

CHAPITRE 3 LE POUVOIR JURIDICTIONNEL

500. Contrairement au pouvoir gouvernemental et au pouvoir parlementaire, le constituant de 1958 n'a pas conçu un « pouvoir » juridictionnel de façon cohérente et rationnelle, ne serait-ce que parce que le mot n'est employé nulle part. Ce refus de hausser le pouvoir de juger au rang d'un authentique organe du pouvoir politique trouve sa raison d'être dans une profonde méfiance des pouvoirs publics, en France, vis-à-vis d'une justice libre. De fait, l'histoire politique et constitutionnelle témoigne d'une subordination du pouvoir de juger au pouvoir politique. Comment ne pas rappeler, à ce propos, la célèbre disposition de la Constitution de 1791 : « Les tribunaux ne peuvent ni s'immiscer dans l'exercice du pouvoir législatif, ou suspendre l'exécution des lois, ni entreprendre sur les fonctions administratives, ou citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions » (titre III, chap. V, art. 3) ?

Au plan des principes, par conséquent, C. 1958 ne se démarque pas de ses devancières en saisissant le pouvoir de juger dans ses fonctions et non pas en tant que tel : est ainsi consacrée une fonction politique du pouvoir de juger (titre IX : La Haute Cour) ; une fonction constitutionnelle, déjà suggérée en 1946, mais qui représente néanmoins la véritable innovation de la V^e République quant au pouvoir de juger avec la création du Conseil constitutionnel (titre VII) ; une fonction judiciaire avec la consécration de « L'autorité judiciaire » (titre VIII). (Voir F. Hourquebie, *Le Pouvoir juridictionnel en France*, LGDJ, « Systèmes Droit », 2010).

501. Mais la fidélité à cette tradition spécifique du droit constitutionnel français quant à l'appréhension du pouvoir de juger s'arrête là. Car les organes ainsi mis en place par le constituant, outre le fait qu'ils participaient d'une conception, sinon novatrice comme le Conseil constitutionnel, du moins quelque peu différente des textes précédents, ont profondément évolué, au point de faire oublier le caractère volontairement disparate de la conception initiale au profit d'un véritable pouvoir constitutionnel de juger.

Cette évolution tient fondamentalement à deux raisons principales : la première est politique et concerne la propre évolution du système politique français. L'émergence du parlementarisme majoritaire après 1962, en effet, entraînant par là même l'unité d'action des pouvoirs gouvernemental et parlementaire, a secrété le besoin d'un contre-pouvoir dont se sera emparé le Conseil constitutionnel, lui-même porté en ce sens par une tendance propre aux démocraties contemporaines (voir à ce sujet L. Hamon, *Les Juges de la loi : naissance et rôle d'un contre-pouvoir*, Fayard, 1987). Ce besoin et cette tendance ont aussi largement contribué à remodeler l'« autorité judiciaire », même si l'évolution en ce sens est encore loin d'être achevée. La seconde raison tient aux bousclements du droit public national et du droit international public par la conception kantienne d'un « droit des citoyens du monde » (sur l'explicitation de cette idée d'un droit cosmopolite, voir notamment J. Habermas, *L'Intégration républicaine*, Fayard, 1998, p. 161). L'on assiste ainsi à l'apparition et au développement d'ordres juridiques international et européens qui, faute d'un pouvoir politique qui reste national, développent une conception procédurale du pouvoir de juger, qui enveloppe les États en saisissant directement les

citoyens dans leurs droits fondamentaux (sur cette tendance, voir U. Beck, *Pouvoir et contre-pouvoir à l'ère de la mondialisation*, Flammarion, « Champs », 2005).

Les organes français du pouvoir de juger, au premier rang desquels le Conseil constitutionnel, ont su et pu largement tirer profit de cette double tendance. Le juge constitutionnel a ainsi développé une jurisprudence volontariste avec l'appui du constituant dérivé. Mais l'on ne saurait oublier qu'ils représentent aujourd'hui les pièces, parmi bien d'autres, d'une « constellation politique post-nationale » (J. Habermas, *Après l'État-nation. Une nouvelle constellation politique*, Fayard, 2000) faite d'imbrications d'ordres juridiques dont il est fort malaisé de découvrir le principe intrinsèque.

L'on examinera, dans l'ordre même du texte constitutionnel, le Conseil constitutionnel,

1 / Le Conseil constitutionnel

502. Il existe désormais sur cette institution une bibliographie considérable. L'on pourra se faire une première idée du Conseil constitutionnel en consultant les deux livraisons que lui a consacrées la revue *Pouvoirs* : « Le Conseil constitutionnel », n° 13-1986 et n° 105-2003 ; voir aussi L. Philip et L. Favoreu, *Le Conseil constitutionnel*, Puf, « Que sais-je ? », n° 1724, 7^e éd., 2005 ; F. Luchaire, *Le Conseil constitutionnel*, 1 : *Organisation et attributions*, Economica, 1997 ; P. Avril et J. Gicquel, *Le Conseil constitutionnel*, Montchrestien, « Clefs politiques », 6^e éd., 2011 ; H. Roussillon et P. Esplugas, *Le Conseil constitutionnel*, Dalloz, « Connaissance du droit », 8^e éd., 2015 ; M. Verpeaux, *Le Conseil constitutionnel*, La Documentation française, 2014.

503. C'est une institution à la fois étrange et originale que met ainsi en place C. 1958 : elle apparaît, en effet, comme une sorte de tribunal constitutionnel suprême (mais aussi comme un organisme consultatif) mais dont les missions sont précisément définies par la Constitution ; elle est également composée de personnes non élues, à l'égard desquelles, de surcroît, aucune qualification professionnelle particulière, ni condition d'âge, n'est exigée. De fait, s'il est bien question de contrôle de constitutionnalité, c'est dans la mesure (voir chapitre précédent) où le Conseil constitutionnel est conçu comme un gardien de la frontière normative que le constituant avait entendu établir au détriment de la loi. « Organisme politico-juridique qui intervient au moment où se forme la loi, avant qu'elle soit parfaite par sa promulgation », le Conseil constitutionnel n'est donc pas une cour suprême et, sur ce point, l'intention des constituants ne fait pas de doute : « Le pouvoir judiciaire n'est pas, dans notre pays, ce qu'il est aux États-Unis et l'opinion n'admettrait pas facilement qu'une loi votée par le Parlement puisse être censurée par des juges une fois qu'elle a été promulguée. D'ailleurs, les juges eux-mêmes se sont toujours refusés à exercer ce contrôle, que la Constitution de 1875, par exemple, ne le leur interdisait pourtant pas » (R. Janot, « Commentaires sur la Constitution », art. cit., p. 189 et 190).

504. Même si le Conseil constitutionnel est conçu comme un organe indépendant des autres pouvoirs constitués, en dépit du fait qu'il est nommé par eux, il est exclusivement un organe en charge de la régulation des pouvoirs publics et, à ce titre, possède deux missions principales : le contrôle des opérations électorales nationales et des relations entre le Parlement et le gouvernement, sans préjuger, toutefois et dans cette dernière hypothèse, de la nature de ces relations : « [...] il est bien certain que la nature des

rapports qui s'instaureront entre les Assemblées, d'une part, entre le législateur et l'exécutif, d'autre part, influera notablement sur l'activité du Conseil constitutionnel, tout au moins sur la partie facultative de cette activité » (*ibid.*, p. 189). C'était dire que le rôle du Conseil constitutionnel ne devait pas être nécessairement figé dans ses missions régulatrices et que, à tout le moins, le contrôle de la constitutionnalité des lois devait étroitement dépendre de la configuration politique des rapports entre le pouvoir gouvernemental et le pouvoir parlementaire. De fait, « le triomphe de l'État partisan sur le mythe de l'État neutre appelait une évolution » (F. Borella, *Les Partis politiques dans la France d'aujourd'hui*, *op. cit.*, p. 63). C'est bien dans ce seul constat que réside l'engagement du Conseil constitutionnel sur la voie du contrôle de la constitutionnalité des lois, c'est-à-dire du contrôle de fond de la loi votée par le Parlement et, partant, de l'établissement des bases matérielles de la Constitution, autrement dit de la Constitution civique. Mais cette « évolution » ne doit pas pour autant faire oublier la qualité de pouvoir institué du Conseil constitutionnel : il ne tient d'autre légitimité que celle qui découle de sa mission, telle que définie par la Constitution même si le droit désormais reconnu à toute personne de soutenir, « à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction [...] qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit » (art. 61-1, issu de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008), confère une tout autre dimension à cette mission initiale.

1 | COMPOSITION ET FONCTIONNEMENT DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL

A . *Les membres du Conseil constitutionnel*

505. Le Conseil constitutionnel comprend théoriquement deux sortes de membres (art. 56 C. et titre I^{er} de l'ord. n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant LO sur le Conseil constitutionnel, modifiée) : les membres de droit et les membres nommés. Les premiers sont les anciens présidents de la République, qui sont donc membres à vie du Conseil constitutionnel. Si le constituant semble ainsi avoir ménagé une sinécure aux anciens présidents de la République, leur situation à cet égard n'en pose pas moins de délicats problèmes politiques et juridiques. (P. Wachsmann : « Sur la composition du Conseil constitutionnel », 2010, n° 5, [<http://www.juspoliticum.com/Sur-la-composition-du-Conseil.html>]).

Sur le plan politique, il s'agit de savoir si les membres de droit du Conseil constitutionnel peuvent poursuivre des activités politiques. La question s'étant plus particulièrement posée à la suite de l'élection de M. Giscard d'Estaing, ancien président de la République de 1974 à 1981, à l'Assemblée nationale, en 1984 (bien que ce dernier se soit toujours abstenu de participer aux délibérations du Conseil). Le Conseil constitutionnel fut saisi à ce propos et constata que, « si l'article 57 C. établit [...] l'incompatibilité des fonctions de membre du Conseil constitutionnel avec celles de membre du Parlement, il n'édicte pas l'inéligibilité d'un membre du Conseil constitutionnel à un mandat parlementaire ; qu'une telle inéligibilité n'est prévue par aucune autre disposition ». La qualité de membre de droit du Conseil constitutionnel emporterait-elle, toutefois, une inéligibilité permanente à tout mandat parlementaire ? Le Conseil constitutionnel a répondu par la négative, tout en privilégiant un régime uniforme des incompatibilités, quelle que soit la qualité de membre du Conseil (CC, déc. n° 84-983 AN du 7 novembre 1984, *Rec.*, p. 117). Mais la question demeure de savoir ce qu'il faut entendre par le fait que la qualité de parlementaire « fait obstacle » à ce qu'il siége au Conseil. À tout le moins, cela ne semble pas mettre fin à sa qualité de membre de droit. Tout dépend, en réalité, de l'attitude des personnes concernées. Au début de la V^e République, les deux anciens présidents de la IV^e ont siégé quelque temps au Conseil : Vincent Auriol jusqu'au 25 mai 1960, sauf à l'occasion de la célèbre décision du 6 novembre 1962 ;

René Coty jusqu'à sa mort, en novembre 1962. De son côté, le général de Gaulle refusa de siéger au Conseil. M. Giscard d'Estaing a décidé, quant à lui, après avoir échoué à conserver la présidence du Conseil régional d'Auvergne lors des élections régionales du printemps 2004, d'exercer la fonction que lui attribue la Constitution. M. Jacques Chirac a également siégé, de façon épisodique au Conseil constitutionnel, tout comme M. Nicolas Sarkozy. Mais ce dernier ne siège plus au Conseil depuis le rejet, par celui-ci, de son compte de campagne présidentielle (déc. n° 2013-156 PDR préc.). Sur le plan juridique, les membres de droit ont voix délibérative et peuvent être choisis comme président du Conseil constitutionnel (art. 1^{er}, al. 2, de l'ord. du 7 novembre 1958). Certes, ils ne prêtent pas serment et ne peuvent évidemment pas être remplacés (CC, déc. n° 94-354 DC du 11 janvier 1995, *Rec.*, p. 163), mais cela procède bien plus d'un argument logique que d'une quelconque volonté d'en faire des membres privilégiés, comme l'atteste, au demeurant, leur soumission au droit commun des incompatibilités. Plus largement, ils sont soumis aux mêmes obligations (voir ainsi le décret n° 59-1292 du 13 novembre 1959 sur les obligations des membres du Conseil constitutionnel), notamment quant à l'interdiction des prises de position publique.

506. La deuxième catégorie de membres est celle des membres nommés. Ceux-ci sont au nombre de neuf, trois étant nommés par le président de la République et, parmi eux, le président du Conseil constitutionnel, qui a voix prépondérante en cas de partage des voix au sein du Conseil, trois par le président de l'Assemblée nationale et trois par le président du Sénat. Ces nominations sont soumises à la procédure de l'art. 13, dernier al., C. (art. 56 C., rédaction issue de la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 ; *supra* § 400). Les membres sont nommés pour neuf ans, le Conseil étant renouvelé par tiers tous les trois ans. Mais on ne peut pas être nommé deux fois au Conseil constitutionnel : « Le constituant a voulu éviter l'un des vices souvent reprochés à la Cour suprême des États-Unis : la permanence des juges leur confère une autorité excessive et finit par scléroser leur jurisprudence » (J. Boitreaud, J. Foyer, F. Luchaire, « Le Conseil constitutionnel », art. cit., p. 285).

Ce mode de désignation s'est vu reprocher son caractère « politique », en raison de la qualité des autorités de désignation et de l'absence de critère à cet égard. Si ce caractère est indéniable, il ne l'est ni plus, ni moins qu'ailleurs : l'on ne saurait, en effet, oublier que le président de la République lui-même « veille au respect de la Constitution » (art. 5), mission à laquelle il convient de rapporter son pouvoir de nomination ; quant à la désignation par les présidents des assemblées parlementaires, celle-ci est préférable à l'élection par le Parlement, solution bien plus « politique », d'autant que le Conseil constitutionnel a en charge le contentieux électoral. Enfin, un mandat de longue durée, non renouvelable, donne aux membres nommés toute indépendance par rapport aux autorités de désignation.

Une autre critique de ce mode de désignation a porté sur l'absence d'exigence d'une qualification professionnelle, notamment juridique. L'argument reposerait sur « l'idée que l'interprétation de la Constitution est par nature une opération juridique qui exige une compétence technique de haut niveau », ce qui n'est certainement pas le cas : « L'interprétation constitutionnelle est le produit d'une démarche complexe qui, à raison même de la nature du texte à interpréter, conjugue des considérations qui ne relèvent pas toutes exclusivement de la technique juridique » (M. Prélot et J. Boulouis, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Dalloz, 11^e éd., 1990, p. 904). L'interprétation de la Constitution ne saurait effectivement se ramener à une pure question d'expertise juridique. De fait, si les professionnels du droit (notamment les professeurs de droit) ont toujours été représentés au Conseil, une expérience politique, ne serait-ce qu'au titre d'un mandat parlementaire, est aussi un gage d'équilibre et de compréhension des enjeux politiques et sociaux qui sous-tendent l'interprétation constitutionnelle. Néanmoins, l'attribution au Conseil constitutionnel du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* au titre de la protection des droits et liberté (art. 61-1 C.) vient tempérer la pertinence de ces arguments. Il apparaît, en effet, que cette composition du Conseil constitutionnel est peu adaptée à cette nouvelle compétence (*infra*).

En cas d'interruption du mandat en cours pour cause de démission (volontaire ou d'office, dans ce dernier cas constatée par le Conseil lui-même en cas d'incompatibilité, de déchéance des droits civils et politiques ou d'incapacité permanente), ou de décès, l'autorité de désignation désignera un remplaçant pour la durée restante du mandat. Ce dernier pourra ensuite être nommé membre du Conseil constitutionnel pour un mandat de neuf ans, à la condition qu'il ait assuré son remplacement depuis moins de trois ans (art. 12 de l'ord. du 7 novembre 1958).

B . Le statut des membres du Conseil constitutionnel

507. Celui-ci n'a d'autre objet, compte tenu des missions du Conseil constitutionnel, que de garantir une complète indépendance de ses membres. Trois séries de dispositions opèrent en ce sens. La première concerne le régime des incompatibilités des membres du Conseil constitutionnel. Depuis la LO n° 95-63 du 19 janvier 1995, l'incompatibilité des fonctions de membre du Conseil constitutionnel avec l'exercice d'une fonction publique, élective et non élective, est totale. Auparavant, en effet, celles-ci demeuraient compatibles avec un mandat municipal. Désormais, outre les traditionnelles incompatibilités avec les fonctions ministérielles et de membre du Conseil économique, social et environnemental, « elles sont également incompatibles avec l'exercice de tout mandat électoral », qu'il soit national ou européen (art. 4 de l'ord. du 7 novembre 1958 modifiée). Les intéressés ont alors huit jours pour renoncer à leurs fonctions sus-indiquées suivant la publication de leur nomination, faute de quoi ils sont réputés avoir opté pour ces fonctions. En outre et pendant la durée de leurs fonctions, les membres du Conseil constitutionnel « ne peuvent être nommés à aucun emploi public ni, s'ils sont fonctionnaires publics, recevoir une promotion au choix » (art. 5 de l'ord. du 7 novembre 1958 modifiée). En ce qui concerne les fonctions privées, la LO du 19 janvier 1995 étend aux membres du Conseil constitutionnel le régime des incompatibilités professionnelles des parlementaires : le cumul demeure donc possible dans cette limite, les indemnités de fonction de membre du Conseil constitutionnel étant alors réduites de moitié pour les membres qui continuent d'exercer une activité compatible avec leur fonction (art. 6, al. 2, de l'ord. du 7 novembre 1958 modifiée).

La deuxième est d'ordre matériel et se rapporte, en effet, à l'indemnité de fonction des membres du Conseil constitutionnel, équivalente au traitement des plus hauts magistrats de l'ordre judiciaire et administratif, puisqu'elle est égale aux traitements afférents aux deux catégories supérieures des emplois de l'État classés hors échelle (art. 6, al. 1^{er} de l'ord. du 7 novembre 1958 modifiée).

La troisième, enfin, concerne les obligations des membres du Conseil constitutionnel, objet, notamment, du décret n° 59-1292 du 13 novembre 1959. Les unes ne sont pas séparables de l'exercice des fonctions de membre du Conseil constitutionnel et sont exprimées dans la formule même du serment (partiellement transposée du serment des magistrats) qu'ils doivent prononcer avant d'entrer en fonctions (art. 3, al. 2, de l'ord. du 7 novembre 1958 modifiée). Les autres s'énoncent en une « obligation générale de s'abstenir de tout ce qui pourrait compromettre l'indépendance et la dignité de leurs fonctions » (art. 1^{er} du décret du 13 novembre 1959), en particulier « d'occuper au sein

d'un parti ou groupement politique tout poste de responsabilité ou de direction et, de façon plus générale, d'y exercer une activité inconciliable » avec leurs obligations (art. 2 du décret du 13 novembre 1959).

C . L'organisation et le fonctionnement du Conseil constitutionnel

508. La Constitution de 1958 fait du Conseil constitutionnel à la fois un juge et un donneur d'avis, avis et décisions exigeant au moins la présence de sept conseillers. En tant que juge, il fonctionne comme un tribunal : il est saisi, il instruit et étudie le « litige » d'une manière contradictoire, mais pas de la même manière selon qu'il s'agit du contentieux électoral ou du contrôle de constitutionnalité de la loi.

Dans le premier cas, le Conseil se constitue en sections composées de trois membres désignés par tirage au sort, mais à la condition que chaque membre ait été désigné par une autorité différente. Dans le second cas, une distinction doit être opérée entre la procédure applicable au contrôle de constitutionnalité *a priori* et celle applicable au contrôle de constitutionnalité *a posteriori*.

Pour ce qui est du contrôle *a priori*, la procédure demeure, pour l'essentiel, écrite, les délibérations et les votes secrets : le Conseil constitutionnel apparaît ainsi comme un organisme collégial ne faisant pas état d'opinions dissidentes. Sauf pour le contentieux électoral, il rend une « décision » juridictionnelle dans le délai d'un mois, laquelle est publiée au *JO* et, désormais, immédiatement disponible sur le site internet du Conseil, revêtue de l'autorité de chose jugée (art. 62 C., al. 3). La procédure applicable au contrôle *a posteriori* est différente, dans la mesure où celui-ci participe d'un litige juridictionnel opposant des parties à un procès ordinaire (*infra*). En tant que tel, il est alors soumis aux règles du procès équitable au sens de l'art. 6, § 1 CEDH. Selon le règlement de procédure adopté par le Conseil constitutionnel le 4 février 2010 sur la base, notamment, de l'art. 23-10 de l'ord. du 7 novembre 1958 portant LO sur le Conseil constitutionnel (issu de la LO n° 2009- 1523 du 10 décembre 2009), cette procédure est à la fois contradictoire, orale et publique, le Conseil constitutionnel statuant alors dans un délai de trois mois à compter de sa saisine.

Il n'y a donc pas de recours possible contre une décision du Conseil constitutionnel, ce qui lui confère apparemment le caractère d'une juridiction suprême, mais seulement dans le cadre de ses missions constitutionnelles. C'est dire, aussi, que la portée de cette autorité est indifférente aux juridictions européennes dans l'exercice de leur propre compétence. S'agissant plus particulièrement de la Cour EDH, l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel se trouve circonscrite à un double titre, outre l'application des règles du procès équitable au contrôle de constitutionnalité *a posteriori* : en tant que juge électoral tout d'abord, le Conseil constitutionnel apparaît comme une véritable juridiction et, comme telle, ses décisions peuvent faire l'objet d'une requête devant les instances de Strasbourg. Certes, celles-ci se refusent à connaître du contentieux électoral national en raison de son caractère politique, sauf, toutefois, à ce que celui-ci ait révélé l'imposition de sanctions pénales au sens de l'article 6, § 1 de la CEDH (Cour EDH, 21 octobre 1997, *Pierre Bloch*, req. 24/94/93). En tant que juge de la constitutionnalité des lois, ensuite, le Conseil constitutionnel s'est trouvé démenti par la Cour européenne des droits de l'homme, en ce qu'il avait accepté des validations législatives pour des motifs étrangers à

l'intérêt général (Cour EDH, 28 octobre 1999, *Zielinski et autres c. France*, n° 24846/94 et 34165/96 à 34173/96, *LPA*, n° 114, 8 juin 2000, p. 21). Peu importe, en l'occurrence, que la Cour EDH ait avant tout condamné certains aspects de la politique gouvernementale française des validations législatives, il n'en demeure pas moins qu'elle « conclut à la violation des stipulations de l'article 6, § 1, de la CEDH, alors même que le Conseil constitutionnel avait admis la conformité à la Constitution de la disposition en cause » (X. Prétot, « Le Conseil constitutionnel, la Cour européenne de Strasbourg et les validations législatives », *Mélanges Gérard Conac*, Economica, 2001, p. 220 ; voir également, de façon plus générale : J. Le Gloan, « L'influence croissante de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur les droits nationaux », *RDP*, 1999, p. 1765).

En tant que donneur d'avis, dans le cadre des actes préparatoires aux élections et de la mise en œuvre de l'art. 16 C., le fonctionnement du Conseil est plus informel : saisi d'une demande d'avis par l'autorité compétente, il délibère en secret et formule son avis, généralement très court et qui ne s'impose jamais.

509. Les services administratifs (service juridique, auquel est rattaché le service du greffe, service administratif et financier, service documentation, bibliothèque, Internet, service des relations internationales) du Conseil constitutionnel se trouvent placés sous l'autorité d'un secrétaire général, nommé par décret du président de la République sur proposition du président de Conseil constitutionnel.

Plus largement, le secrétaire général assure la coordination des travaux du Conseil, pour laquelle il prend toutes les mesures nécessaires (art. 1^{er} du décret n° 59-1293 du 13 novembre 1959 relatif à l'organisation du secrétariat général du Conseil constitutionnel). Le secrétaire général du Conseil constitutionnel (traditionnellement un d'État, sauf pour la période 1983-1986, où la fonction fut dévolue à un magistrat de l'ordre judiciaire), en est peu à peu devenu l'« homme-orchestre » : « Toutes les décisions passent à un moment donné, et pas seulement celui de leur relecture ou de leur signature, dans son bureau. C'est lui qui rassemble et fournit au conseiller-rapporteur tous les éléments d'information sur l'affaire, lui qui organise et anime les rencontres avec les représentants du ministère concerné et/ou du secrétariat général du gouvernement ; c'est encore, autour, à partir et en relation avec lui que le conseiller élabore son rapport et rédige son projet de décision » (D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, Montchrestien, 9^e éd., 2010, p. 82).

2 | LES MISSIONS DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL

510. Comme il a déjà été indiqué, celles-ci se rapportent, à l'origine, au contrôle des opérations électorales nationales et des relations entre le Parlement et le gouvernement. Mais l'on sait aussi que cette dernière mission a profondément évolué vers un contrôle de constitutionnalité, au sens d'un contrôle de fond, des lois votées par le Parlement, que le nouvel art. 61-1 remet aussi, désormais, à la vigilance des justiciables. À ces missions originelles et sans préjudice d'autres compétences évoquées par ailleurs (*supra* notamment § 493 à propos de l'art. 37 C., al. 2), le Conseil constitutionnel s'est vu attribuer, dans le cadre des relations entre l'État central et certaines collectivités d'outre-mer, une compétence proche de celle d'une Cour suprême fédérale : le « déclassement Outre-mer » (*infra* chap. 4).

A . Le Conseil constitutionnel, juge électoral

511. « Les attributions conférées au Conseil constitutionnel par les art. 58, 59 et 60 [de la Constitution] ont entre elles d'étroites relations logiques. Elles font du Conseil le juge de la régularité des expressions du suffrage, lorsque le corps électoral est consulté, à un seul degré ou à plusieurs degrés, pour l'élection des organes de l'État, ou sur une disposition constitutionnelle ou législative. Il exerce, à l'égard des opérations électorales *lato sensu* qui se déroulent à l'échelon de la nation entière, la compétence qu'exerce la juridiction administrative en matière d'élections aux assemblées locales » (J. Boitreaud, J. Foyer, F. Luchaire, *Le Conseil constitutionnel, op. cit.*, p. 294 ; voir aussi J.-P. Camby, *Le Conseil constitutionnel, juge électoral*, Dalloz, « Thèmes et commentaires », 6^e éd., 2013). À ce titre, le Conseil constitutionnel contrôle l'élection présidentielle, le référendum, les élections législatives et sénatoriales.

1 . Le contrôle de l'élection présidentielle

512. (Voir le n° spécial des *Petites Affiches* du 5 décembre 2012, «Regards du Conseil constitutionnel sur l'élection présidentielle»). C'est le contrôle le plus important. L'art. 58 C. confie au Conseil constitutionnel le soin de veiller « à la régularité de l'élection du président de la République » ; à ce titre, « il examine les réclamations et proclame les résultats du scrutin ». De son côté, l'art. 30 de l'ord. du 7 novembre 1958 renvoie à la LO relative à l'élection du président de la République le soin de préciser les attributions du Conseil en cette matière. De fait, l'art. 3-III de la LO du 6 novembre 1962 indique que le « Conseil constitutionnel veille à la régularité des opérations et examine les réclamations dans les mêmes conditions que celles fixées pour les opérations de référendum » (chap. VII de l'ord. du 7 novembre 1958). C'est donc l'art. 50 de ladite ordonnance qui s'applique en l'occurrence. Celui-ci dispose : « Le Conseil examine et tranche définitivement toutes les réclamations [...]. Dans le cas où le Conseil constitutionnel constate l'existence d'irrégularités dans le déroulement des opérations, il lui appartient d'apprécier si, eu égard à la nature et à la gravité de ces irrégularités, il y a lieu soit de maintenir lesdites opérations, soit de prononcer leur annulation totale ou partielle ».

À partir de là, le contrôle de l'élection présidentielle par le Conseil constitutionnel s'effectue à trois niveaux : en premier lieu, il recueille les présentations de candidatures (parrainages), établit la liste des candidats quinze jours avant le scrutin et vérifie si les candidatures, dont il examine le contentieux et, de façon générale, celui relatif aux actes préparatoires à l'élection, remplissent les conditions légales. Auparavant, le Conseil constitutionnel aura été consulté par le gouvernement quant à l'organisation de l'élection (il examine pour avis les textes s'y rapportant). En second lieu, il contrôle le déroulement de l'opération électorale et, à ce titre, désigne des délégués chargés de suivre sur place ce déroulement. Ces délégués sont choisis parmi les magistrats de l'ordre judiciaire ou administratif (art. 48 de l'ord. du 7 novembre 1958 ; leur nombre est compris entre 1000 et 2000). En troisième lieu, il proclame les résultats de l'élection, contrôle les comptes de campagne des candidats et juge les réclamations introduites par des électeurs ou des candidats malheureux.

Le nombre de réclamations varie d'une élection à l'autre, mais elles ont à ce jour toutes été rejetées par le Conseil constitutionnel comme irrecevables ou mal fondées. Cela tient à la nature même de cette élection dans le système politique français : encore faudrait-il que les irrégularités, pour le cas où elles seraient avérées, aient une

réelle incidence sur le déroulement même du processus électoral. S'agissant par exemple, de l'élection présidentielle des 22 avril et 6 mai 2012, on trouvera au *Recueil des décisions du Conseil constitutionnel* la liste des décisions rendues par le Conseil en application de l'art. 58 C. et autres documents relatifs à l'élection présidentielle. En outre, le Conseil constitutionnel, au terme de sa mission de contrôle de l'élection présidentielle publie des « observations » en suggérant, notamment, de perfectionner le dispositif législatif et réglementaire relatif à l'élection présidentielle, compte tenu du déroulement de la dernière élection. Le Conseil constitutionnel justifie lui-même cette démarche par le fait qu'il « a toujours considéré qu'il entraînait dans sa mission de suggérer aux pouvoirs publics toutes mesures propres à concourir à un meilleur déroulement de cette consultation » (« Observations du Conseil constitutionnel sur l'élection présidentielle des 22 avril et 6 mai 2012 », déc. n° 2012-155 PDR du 21 juin 2012).

2 . *Le contrôle du référendum*

513. L'art. 60 C., dans sa rédaction issue de la loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003, donne compétence au Conseil constitutionnel pour veiller « à la régularité des opérations de référendum prévues aux art. 11 et 89 » et en proclamer les résultats, cette mission étant précisée au chapitre VII de l'ord. du 7 novembre 1958.

La mention, au titre de la nouvelle rédaction de l'art. 60 C., des référendums législatifs et constitutionnels prévus aux art. 11, 89 et 88-5 (ceux par lesquels le peuple français exerce sa souveraineté) exclut donc du contrôle juridictionnel les référendums d'autodétermination de l'art. 53 C., al. 3 (*infra* chap. 4). Elle trouve son origine dans une jurisprudence du CE (CE, Ass., 30 octobre 1998, *Sarran et Levacher, Rec.*, p. 369). On rappellera également qu'il convient de ne pas confondre le contrôle de la régularité du référendum avec celui de sa constitutionnalité, pour lequel le Conseil constitutionnel s'est déclaré incompétent (CC, déc. n° 62-20 DC du 6 novembre 1962, *Rec.*, p. 27).

Sur ce plan, la compétence du Conseil constitutionnel est moins étendue qu'à l'occasion du contrôle de l'élection présidentielle, puisqu'il ne dispose, en principe et s'agissant des actes préparatoires au référendum, que d'une compétence consultative (art. 46 de l'ord. du 7 novembre 1958), sa compétence juridictionnelle ne s'exerçant, conformément à l'art. 50 de ladite ord., que « lorsqu'il statue sur les réclamations afférentes au déroulement des opérations de référendum », en tout état de cause à propos des « contestations formulées à l'issue du scrutin à l'encontre des opérations effectuées » (CC, 25 octobre 1988, *Diémert et Bannel, Rec.*, p. 191). Sans revenir sur cette jurisprudence, le Conseil constitutionnel a, toutefois, amorcé une prudente évolution vers un contrôle juridictionnel de l'organisation des opérations référendaires. Se fondant, en effet, sur la « mission générale de contrôle de la régularité des opérations référendaires » que lui confère l'art. 60 C., il a estimé qu'il lui appartenait « de statuer sur les requêtes mettant en cause la régularité d'opérations à venir dans le cas où l'irrecevabilité qui serait opposée à ces requêtes risquerait de compromettre gravement l'efficacité de son contrôle des opérations référendaires, vicierait le déroulement général du vote ou porterait atteinte au fonctionnement normal des pouvoirs publics » (CC, 25 juillet 2000, *Hauchemaille, Rec.*, p. 117). Cette jurisprudence est fondée sur une démarche préventive, liée à l'efficacité du contrôle juridictionnel du référendum en amont.

3 . *Le contrôle des élections législatives et sénatoriales*

514. « Une Assemblée n'existe et ne peut délibérer que lorsqu'il a été constaté que chacun de ses membres est muni d'un mandat régulier, inattaquable [...]. Il faut une autorité

investie du droit de dire si la conscience des électeurs et les prescriptions de la loi ont été complètement respectées » (E. Pierre, *Traité de droit politique, électoral et parlementaire*, op. cit., t. 1, p. 404). De fait, si le contrôle juridictionnel des élections législatives et sénatoriales est plus restreint (le Conseil constitutionnel ne contrôle pas les candidatures, tâche dévolue aux tribunaux administratifs, ni les opérations électorales, qui sont organisées et contrôlées par les préfetures), il n'en représente pas moins l'une des grandes innovations de la C. 1958 (art. 59). Celle-ci mettait fin, en effet, à une tradition ininterrompue remontant aux états généraux, en vertu de laquelle les assemblées parlementaires étaient seules juges de l'éligibilité de leurs membres et de la régularité de leur élection. Si cette règle pouvait se comprendre au sein des états généraux, dont le mandat des députés était quasiment impératif, l'on aurait pu penser que la proclamation du mandat représentatif (art. 7, sect. 3, titre III, C. de 1791) y mit rapidement fin. Mais il n'en fut rien : non seulement les assemblées n'ont cessé de revendiquer ce droit au nom de la souveraineté parlementaire, mais les textes constitutionnels (lois constitutionnelles de 1875 et C. 1946) faisaient de chacune des deux chambres le seul juge de l'éligibilité de ses membres et de la régularité de leur élection, pour lesquelles elles disposaient d'un pouvoir discrétionnaire.

La pratique du contentieux des élections législatives, loin de restituer dans sa plénitude l'expression du suffrage universel, aura toujours tendance à privilégier des considérations bien plus politiques. Le point culminant sera atteint sous la IV^e République, notamment à l'issue des élections législatives du 2 janvier 1956, lorsque la procédure parlementaire de « vérification des pouvoirs » permettra de réduire le nombre des députés poujadistes à l'Assemblée nationale au profit de candidats des partis majoritaires pour-tant écartés par le suffrage universel.

515. C'est ce qui aura justifié que fût désormais confié, en 1958, au Conseil constitutionnel de statuer, « en cas de contestation, sur la régularité de l'élection des députés et des sénateurs » (art. 59 C. ; art. 32 à 45 de l'ord. 7 novembre 1958, repris aux art. LO 179 à LO 189 du Code électoral ; voir aussi le Règlement du 31 mai 1959 applicable à la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour le contentieux de l'élection des députés et des sénateurs, pris en application de l'art. 56 de l'ord.). Le Conseil a, en outre, accepté l'examen d'une QPC en tant que juge électoral (déc. n° 2011-4538 SEN du 12 janvier 2012, *Rec.*, p. 67).

L'élection d'un député peut être contestée dans les dix jours qui suivent la proclamation des résultats du scrutin par toute personne inscrite sur les listes électorales de la circonscription concernée, et/ou par tout candidat à l'élection (art. LO 180 du Code électoral), qu'il ait été ou non présent au second tour. La requête ne peut porter que sur la contestation d'un candidat élu (CC, 1^{er} juillet 1993, *AN Ain*, 1^{re}, *Rec.*, p. 172). La procédure devant le Conseil est à la fois écrite, non publique et contradictoire.

L'on sait aussi que le Conseil constitutionnel forme, en cette matière, trois sections de trois membres. Celles-ci sont assistées de dix rapporteurs adjoints, dont la liste est établie chaque année par le Conseil parmi les maîtres des requêtes au Conseil d'État et les conseillers référendaires à la Cour des comptes. Dès sa réception, la requête est transmise à l'une des sections par le président du Conseil constitutionnel, qui désigne également son rapporteur. Les sections instruisent les requêtes, qui sont ensuite rapportées devant le

Conseil, lequel statue par une décision motivée revêtue de l'autorité de chose jugée (art. 62 C.). Cela n'empêche cependant pas de présenter une requête à la Cour EDH.

Si les textes limitent la compétence du Conseil constitutionnel au contrôle de la régularité de l'élection, son intervention en amont n'est pas pour autant exclue : d'une part, en effet, le Conseil constitutionnel connaît des contestations des jugements des tribunaux administratifs quant au respect des règles de candidature, même si, en l'occurrence, ses interventions sont rares (essentiellement en ce qui concerne les suppléants et les incompatibilités entre les fonctions ministérielles et le mandat parlementaire). D'autre part, le Conseil constitutionnel étend désormais sa jurisprudence *Hauchemaille* du 25 juillet 2000 aux élections législatives et sénatoriales : « Considérant qu'en vertu de la mission de contrôle de la régularité des élections des députés et des sénateurs qui lui est conférée par l'article 59 C., le Conseil constitutionnel peut exceptionnellement statuer sur les requêtes mettant en cause des élections à venir, dans les cas où l'irrecevabilité qui serait opposée à ces requêtes risquerait de compromettre gravement l'efficacité de son contrôle de l'élection des députés et des sénateurs, vicierait le déroulement général des opérations électorales ou porterait atteinte au fonctionnement normal des pouvoirs publics » (CC, 22 mai 2002, *Hauchemaille et ass. Déclit*, *Rec.*, p. 127 ; il est vrai que cette jurisprudence avait été esquissée par la décision *Delmas* du 11 juin 1981, *Rec.*, p. 97).

Le contentieux de la régularité des élections législatives et sénatoriales est un contentieux de pleine juridiction, le Conseil constitutionnel étant compétent pour connaître de toute question ou exception posée à l'occasion de la requête. Il peut rejeter les recours, ce qu'il fera presque automatiquement lorsque l'élection a été acquise avec un grand nombre de voix d'avance. Il peut, en revanche et dans le cas contraire, annuler l'élection contestée ou réformer la proclamation faite par la commission de recensement. Il peut aussi l'annuler en proclamant élu le candidat suivant, ce qu'il n'a jamais fait jusqu'à présent. C'est dire que si le Conseil constitutionnel est abondamment saisi de recours de ce genre, il fait preuve d'une grande prudence en la matière.

B . Le Conseil constitutionnel, juge de la constitutionnalité des lois

516. Dans la mesure où le Conseil constitutionnel est conçu, en 1958, comme un organe de contrôle de l'activité du Parlement, eu égard, en particulier, au domaine législatif (*supra* chap. 2), le contrôle des lois votées par le Parlement s'entend alors d'un contrôle essentiellement formel au titre de la répartition constitutionnelle des compétences normatives entre la loi et le règlement, laissant une faible place au contrôle de leur contenu. Sur ce plan, le constituant de 1958 s'inscrit dans une solution de continuité par rapport à C. 1946, en concevant, au premier abord, le Conseil constitutionnel comme une réformation du Comité constitutionnel créé par cette dernière.

Mais la comparaison s'arrête là, dans la mesure où le Conseil constitutionnel de 1958 participe aussi d'un nouvel ordonnancement juridique que préfigurent la répartition des compétences normatives et l'agencement hiérarchique des règles de droit qui en découlent. En réalité, le constituant entendait aussi faire du Conseil constitutionnel la clef

de voûte de l'ensemble du dispositif normatif et de son ordonnancement. Cependant, dans la mesure où « la loi est l'expression de la volonté générale » et que « les citoyens ont le droit de concourir, personnellement ou par leurs représentants, à sa formation » (art. 6 DDHC de 1789), le contrôle du contenu de la loi apparaissait comme une atteinte à la volonté même du peuple et à la démocratie. Il ne représentait donc pas le cœur de la mission conférée au Conseil constitutionnel.

Mais le Conseil constitutionnel sut lui-même puiser dans ses missions constitutionnelles, telles que définies par le constituant, une légitimité suffisante pour opérer, à compter de 1971, un contrôle complet de constitutionnalité de la loi votée par le Parlement. À vrai dire, la célèbre décision du 16 juillet 1971, qui marque l'affirmation de ce contrôle, constitue bien plus le point d'orgue d'une évolution dont les linéaments étaient perceptibles dès les premières années de la V^e République, avant que la configuration politique (le parlementarisme majoritaire) que devait provoquer l'introduction, en 1962, dans le texte de la Constitution, du principe de l'élection du président de la République au suffrage universel direct, ne mît le Conseil constitutionnel *en situation* d'étendre la portée du contrôle de constitutionnalité des lois. La loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 élargit le champ de ce contrôle en introduisant dans le droit constitutionnel français le contrôle *a posteriori* sous la forme de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC) (art. 61-1 C.), à l'instar de ce que pratiquent la plupart des juridictions constitutionnelles européennes. C'est cette évolution qu'il importe d'abord d'évoquer avant d'analyser les modalités mêmes de ce contrôle.

1 . Le renforcement prétorien du contrôle a priori

517. C'est dans sa décision du 16 juillet 1971, rendue sur saisine du président du Sénat à la suite de l'affaire de la loi sur les associations, que le Conseil constitutionnel devait développer le contrôle de fond de la loi votée par le Parlement, en déclarant non conforme à la Constitution une partie de la loi complétant certaines dispositions de la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association (CC, déc. n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, *Rec.*, p. 29 ; voir aussi P. Gaïa, R. Ghevoantian, F. Mélin-Soucramanien, E. Oliva, A. Roux, *Les Grandes Décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 17^e éd., 2013). Le président du Sénat estimait ce texte, qui prévoyait un contrôle administratif préalable à la Constitution des associations, contraire au Préambule C. 1958, en particulier à la tradition républicaine des libertés que perpétue l'actuelle Constitution par son Préambule : très bref, ce dernier rappelle, dans son premier al., que « le Peuple français proclame solennellement son attachement aux Droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils sont définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le Préambule de la Constitution de 1946 ».

La V^e République entendait ainsi s'inscrire dans la continuité du constitutionnalisme français en maintenant les principes démocratiques qui, sans avoir valeur de règles de droit positif, devaient inspirer le législateur. Ces principes démocratiques étaient tout d'abord ceux de la première étape de la Révolution française (l'étape juridique) : la DDHC et les principes de la souveraineté nationale. En affirmant ensuite la continuité avec les principes C. 1946, la V^e République signifiait, par là même, que la rupture avec sa devancière n'était pas totale et se situait sur le seul plan institutionnel.

Or le Conseil constitutionnel va donner une tout autre portée à cette signification du Préambule, en inscrivant dans le droit positif cette continuité constitutionnelle de l'héritage démocratique et républicain, autrement dit en faisant application de la DDHC de 1789 et du Préambule C. 1946 aux lois adoptées par le Parlement de la V^e République. La décision du 16 juillet 1971, en effet, vise tout d'abord « la Constitution, et notamment son préambule », ce qu'une précédente décision avait déjà fait, mais dans le cadre du contrôle de la compatibilité des traités avec la Constitution (art. 54), ce qui paraissait aller de soi (CC, déc. n° 70-39 DC du 19 juin 1970, *Rec.*, p. 15). Elle constate, ensuite, « qu'au nombre des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République et solennellement réaffirmés par le Préambule de la Constitution, il y a lieu de ranger le principe de la liberté d'association [...] ». Le raisonnement n'est pas seulement audacieux en ce qu'il confère valeur constitutionnelle au Préambule de la Constitution et, partant, aux deux textes auxquels celui-ci se réfère (CC, déc. n° 73-51 DC du 27 décembre 1973, *Rec.*, p. 25, pour la reconnaissance explicite de la valeur constitutionnelle de la DDHC de 1789 ; n° 74-54 DC du 15 janvier 1975, *Rec.*, p. 19, pour celle du Préambule C. 1946). Il l'est aussi par son caractère très constructif, le Conseil constitutionnel opérant une série de déductions lui permettant de conférer valeur constitutionnelle à une liberté (la liberté d'association, que le corpus constitutionnel ne mentionne nulle part). Cette dernière est érigée pour la circonstance en un « principe fondamental reconnu par les lois de la République », notion que mentionne, sans autre précision, le Préambule C. 1946. Ce type de raisonnement témoigne bien, de surcroît, de l'indispensable effort d'interprétation que requiert l'adaptation des textes de 1789 et 1946 aux lois en cours et, par là même, du pouvoir normatif du Conseil constitutionnel, même si celui-ci, par la suite, saura aussi n'en point abuser. Mais pour être certes fondatrice, la décision du 16 juillet 1971 n'en était pas moins prévisible, cela pour deux raisons essentielles :

En premier lieu, le constituant de 1958 n'avait pas réitéré l'interdiction faite au Comité constitutionnel de 1946 de sanctionner la violation par le législateur des principes du Préambule de la Constitution d'alors. Même s'il est vrai que le contexte était bien différent et que l'on était loin d'imaginer, en 1958, que le Préambule de la Constitution pourrait s'afficher tel un « menu déroulant » sur le mode informatique, il n'en demeure pas moins que le contrôle des lois par rapport à celui-ci, faute d'être explicitement inter-dit, pouvait apparaître comme une de règles juridiques susceptibles d'appuyer un contrôle de fond d'une loi qui ne porterait pas atteinte aux organes et compétences qu'elle institue : art. 2 (égalité devant la loi) ; art. 4 (liberté de formation des partis politiques) ; art. 66 (liberté individuelle). Au reste, le CE, juge de la légalité des actes administratifs, n'avait lui-même pas hésité à reconnaître la valeur juridique du Préambule C. 1946 en se fondant notamment sur l'art. 81 de cette Constitution : « Tous les nationaux français et les ressortissants de l'Union française ont la qualité de citoyen de l'Union française qui leur assure la jouissance des droits et libertés garantis par le Préambule de la présente Constitution » (voir ainsi, à propos de la reconnaissance du droit de grève par le Préambule : CE, Ass., 7 juillet 1950, *Dehaene, Rec.*, p. 426). C'est en vertu de cette jurisprudence que le CE avait déjà reconnu la liberté d'association comme un principe fondamental reconnu par les lois de la République au sens du Préambule (CE, Ass., 11 juillet 1956, *Amicale des Annamites de Paris, Rec.*, p. 317). Par ailleurs, le juge administratif voit dans le Préambule C. 1946 la source de « principes généraux du droit », lesquels s'inscrivaient eux-mêmes dans une « tradition républicaine » amorcée par la Déclaration de 1789. La promulgation C. 1958 ne modifia pas l'attitude du CE, qui reconnut également la valeur juridique de son Préambule (CE, 12 février 1960, *Soc. Eky, Rec.*, p. 101). L'on peut donc considérer que le CE a, en l'occurrence, fait œuvre de précurseur. De fait, les perspectives ouvertes par la décision du 16 juillet 1971 tiennent surtout à la nature même de la mission du Conseil constitutionnel au sens de l'art. 61 C. Cette décision « modifie profondément la valeur des textes au regard desquels une loi peut être appréciée » en les haussant au niveau constitutionnel (D. Rousseau, « La place du juge constitutionnel », *Les Cahiers français*, n° 300, janvier-février 2001, p. 40). En revanche, le CE, juge de

la légalité, se trouve dépourvu face à un acte administratif suspecté d'inconstitutionnalité pris sur le fondement d'une loi elle-même inconstitutionnelle, mais qui fait écran entre le juge et la Constitution. En conséquence, le juge administratif rejettera tout moyen tendant à soulever l'inconstitutionnalité de la loi (CE, sect., 2 octobre 1996, *Commune de Bourg-Charente, Rec.*, p. 361), sauf à en faire une question prioritaire de constitutionnalité sur la base du nouvel art. 61-1 C.

En second lieu, le Conseil constitutionnel n'avait pas attendu la décision du 16 juillet 1971 pour manifester son intention de pratiquer un véritable contrôle interne de la constitutionnalité des lois. Cette intention était perceptible dès les débuts de la V^e République : une lecture attentive, en effet, de la non moins célèbre décision du 6 novembre 1962, déjà citée, permet de deviner cette intention, nonobstant le fait qu'il n'en a été retenu que le Conseil constitutionnel s'était déclaré incompétent pour connaître des lois qui, « adoptées par le peuple à la suite d'un référendum, constituent l'expression directe de la souveraineté nationale ». *A contrario* et en dépit des précautions de langage, le juge constitutionnel n'en revendiquait pas moins à demi-mot sa compétence pour contrôler la conformité à la Constitution des lois votées par le Parlement sans se limiter à un simple contrôle externe. Il a d'ailleurs plusieurs fois pratiqué un contrôle complet de lois ordinaires ou organiques entre 1960 et 1970 réalisant ainsi la compétence que lui conférait la Constitution. Partant, la véritable nouveauté de la décision du 16 juillet 1971 tient à ce que le Conseil constitutionnel a trouvé dans les textes mentionnés par le Préambule la base constitutionnelle lui permettant d'étendre un contrôle dont le principe était esquissé dès 1962. Entre-temps, l'introduction du principe de l'élection du président de la République au suffrage universel direct dans le système politique de la V^e République aura transformé cette dernière en un « État partisan » et consacré l'avènement du parlementarisme majoritaire, renvoyant à des perspectives plus lointaines l'avènement du phénomène de l'alternance politique. La concentration du pouvoir politique au profit du pouvoir gouvernemental et la Constitution et l'orientation de la majorité parlementaire par rapport au chef de l'État créaient un vide politique que le Conseil constitutionnel s'estima bientôt en mesure de combler en affirmant la nécessité d'un contre-pouvoir qui, à défaut du Parlement, ne pouvait être désormais que juridictionnel. Telle est aussi la signification politique de la décision du 16 juillet 1971.

L'élargissement des modalités de la saisine du juge constitutionnel ne tarda pas, peu après, à confirmer cette démarche.

2 . *L'élargissement des modalités de la saisine a priori du Conseil constitutionnel*

518. « Organe régulateur de l'activité des pouvoirs publics » (déc. du 6 novembre 1962, préc.), le Conseil constitutionnel ne pouvait guère être saisi, à ce titre, que par un nombre restreint de personnes, précisé- ment par les « pouvoirs publics » les plus éminents de l'État, étant aussi précisé que cette saisine par voie d'action est facultative en matière législative ordinaire, le Conseil étant alors saisi après le vote définitif de la loi, mais avant sa promulgation par le président de la République (contrôle *a priori* et abstrait des lois). Il s'agit du président de la République (pouvoir dispensé de contreseing) du Premier ministre, du président de l'Assemblée nationale et du président du Sénat.

Ces modalités originaires de saisine ont fait l'objet de débats, lors des travaux préparatoires de la Constitution, au sein du Comité consultatif constitutionnel, certains membres plaidant pour une plus grande ouverture de la saisine, notamment à un certain nombre de parlementaires. Si cette idée ne fut finalement pas retenue, c'est parce qu'elle « recelait un risque grave, celui que le contrôle constitutionnel fût détourné de son rôle et ne servît, à tort et à travers, de moyen pour l'opposition de retarder la promulgation des lois » (J. Boitreaud, J. Foyer, F. Luchaire, « Le Conseil constitutionnel », art. cit., p. 291). À vrai dire, cette objection tenait surtout à la crainte, à l'époque, que le gouverne- ment ne disposât pas d'une majorité à l'Assemblée nationale et que, de ce fait, une saisine élargie du Conseil constitutionnel représentât une entrave supplémentaire à l'action gouvernementale. C'est dire, aussi, la prégnance de la volonté de limiter la portée de l'intervention du Conseil constitutionnel.

Non seulement ces préventions n'avaient plus de raison d'être après la décision du 16 juillet 1971 et le contexte politique dans lequel celle-ci s'était inscrite, mais encore

devenait-il nécessaire d'en tirer les conséquences en élargissant les modalités de saisine du Conseil constitutionnel. Il n'était guère satisfaisant, en effet, de compter sur la seule opposition du président du Sénat (les autres autorités étant alors l'expression même de l'« État partisan ») du soin de mettre en œuvre la procédure de contrôle de constitutionnalité des lois. C'est pourquoi la loi constitutionnelle n° 74-904 du 29 octobre 1974 ouvre désormais la saisine du Conseil constitutionnel, en sus des autorités antérieures, à 60. Cette révision constitutionnelle était conçue comme les prémices d'un statut de l'opposition que M. Giscard d'Estaing, président de la République nouvellement élu au printemps 1974, se proposait d'édifier. À défaut, le Conseil constitutionnel allait connaître une irrésistible montée en puissance et devenir « une sorte de tribunal d'appel des décisions de la majorité parlementaire sur saisine de l'opposition », comme on pourra le vérifier lorsqu'interviendra la première alternance politique de la V^e République, le 10 mai 1981, puis la première cohabitation, en 1986, le Conseil se voyant alors confier la « charge de fixer les limites juridiques de la liberté des majorités politiques » (F. Borella, *Les Partis politiques dans la France d'aujourd'hui*, *op. cit.*, respectivement p. 63 et 64).

La promulgation de la loi ne peut donc intervenir que si le Conseil constitutionnel n'a pas été préalablement saisi. Il convient de s'en assurer et c'est dans ce but qu'un système de vérification a été instauré entre le Secrétariat général du gouvernement et le Conseil constitutionnel, la saisine du Conseil constitutionnel suspendant le délai de promulgation de la loi. S'agissant plus particulièrement de la saisine par les parlementaires, l'art. 18 de l'ord. du 7 novembre 1958 indique : « Lorsqu'une loi est déférée au Conseil constitutionnel à l'initiative de parlementaires, le Conseil est saisi par une ou plusieurs lettres comportant au total les signatures d'au moins 60 députés ou 60 sénateurs. » Le Conseil constitutionnel a lui-même précisé la portée et les effets de cette disposition, en « considérant [que] la saisine du Conseil constitutionnel par les membres du Parlement résulte indivisiblement d'une ou plusieurs lettres signées par au moins 60 députés ou 60 sénateurs ; que l'effet de cette saisine est de mettre en œuvre, avant la clôture de la procédure législative, la vérification par le Conseil constitutionnel de toutes les dispositions de la loi déférée y compris de celles qui n'ont fait l'objet d'aucune critique de la part des auteurs de la saisine » (CC, déc. n° 96-386 DC du 30 décembre 1996, *Rec.*, p. 154).

L'on notera également que le projet de révision constitutionnelle de 1974 élargissant la saisine du Conseil constitutionnel à l'opposition parlementaire prévoyait aussi une possibilité d'auto-saisine du juge constitutionnel des lois qui lui « paraîtraient porter atteinte aux libertés publiques garanties par la Constitution ». Mais cette faculté se heurta alors à l'opposition résolue des membres du Parlement et ne fut finalement pas retenue.

3 . *Le contrôle a posteriori* :

la question prioritaire de constitutionnalité

519. Si l'élargissement de la saisine du Conseil constitutionnel à l'opposition parlementaire se situe dans la logique de l'évolution de l'institution, depuis 1971, compte tenu de ses compétences constitutionnelles d'attribution, il n'en va pas de même de l'introduction d'un contrôle *a posteriori*, portant sur les lois promulguées. Si la question fut bien évoquée, en 1958, au sein du groupe de travail chargé de dresser un avant-projet de ce qui allait devenir C. 4 octobre 1958, il faudra attendre 1990 pour qu'elle fasse à nouveau débat. En avril 1990, en effet, le président de la République engagea une procédure de révision de la Constitution sur la base d'un projet de loi constitutionnelle préparé par le président du Conseil constitutionnel de l'époque, M. Badinter. Il s'agissait de permettre à tout justiciable de soulever, à l'occasion d'un procès devant une juridiction, l'inconstitutionnalité des dispositions d'une loi concernant les droits

fondamentaux reconnus à toute personne par la Constitution. Cependant, et en vue de prévenir une *actio popularis* qui aurait inévitablement paralysé le juge constitutionnel, ce dernier ne pouvait être saisi d'une telle question portant sur la constitutionnalité d'une loi en vigueur et soulevée devant une juridiction que par le CE, la C. cass. ou « toute autre juridiction française ne relevant ni de l'un ni de l'autre » et dans la mesure où ces derniers estimaient sérieuse la question d'inconstitutionnalité.

Mais le gouvernement retira le projet à la suite du refus du Sénat de voter à son tour le texte de révision préalablement adopté par une Assemblée nationale qui avait pourtant accepté une partie des amendements sénatoriaux (Projet de loi constitutionnelle du 29 mars 1990 portant révision des art. 61, 62 et 63 C. ; on trouvera un dossier sur l'exception d'inconstitutionnalité et ce projet de réforme de la saisine du Conseil constitutionnel dans la *RFDC*, n° 4-1990 ; voir aussi F. Luchaire, « Le contrôle de la loi promulguée sur renvoi des juridictions : une réforme constitutionnelle différée », *RDP*, 1990, p. 1625).

Le débat ne tarda pas à resurgir dès 1993, le Comité consultatif pour la révision de la Constitution reprenant à son compte l'essentiel du dispositif présenté en 1990 au Parlement dans son Rapport du 15 février, avant que celui-ci ne fasse l'objet d'un nouveau projet de loi constitutionnelle le 10 mars suivant, qu'abandonna le gouvernement issu des élections législatives.

Pourtant, les arguments en faveur d'une telle réforme ne manquaient pas : ils se fondaient d'abord sur les insuffisances du système de contrôle en vigueur, malgré les progrès accomplis depuis la révision constitutionnelle de 1974. Celles-ci tiennent, pour l'essentiel, au caractère facultatif d'une saisine du Conseil constitutionnel des lois votées par le Parlement, cette saisine ne portant sur le contrôle de fond de la loi que depuis 1971, le refus de saisine pouvant même être volontairement et politiquement organisé par les parlementaires eux-mêmes, majorité et opposition confondues. En outre, le contrôle préventif et abstrait de constitutionnalité, même portant sur l'ensemble de la loi déférée et en dépit de son caractère minutieux, peut fort bien ne déceler aucune constitutionnalité, celle-ci n'apparaissant qu'une fois la loi appliquée et insérée dans un environnement juridique lui-même soumis au changement.

Mais les arguments en faveur de l'exception d'inconstitutionnalité ne sont pas pour autant irrésistibles : d'une part, le mécanisme retenu ne garantit nullement qu'une loi présumée inconstitutionnelle soit systématiquement évoquée, pour cette raison, devant une juridiction. D'autre part, les justiciables connaissent déjà un système analogue, certes au profit d'une juridiction européenne, la Cour EDH, qui intervient à deux titres au sein de l'ordre juridique français : celui de l'exception de non-conformité de la loi appliquée à la CEDH, qui peut être soulevée devant le juge administratif et judiciaire et qui se développe ; celui du recours individuel fondé sur l'art. 25 de la CEDH, qui admet la saisine de la Cour EDH par « toute personne physique, toute organisation non gouvernemen- mentale ou tout groupe de particuliers, qui se prétend victime d'une violation par l'une des Hautes Parties Contractantes des droits reconnus dans la présente Convention ».

Mais justement, l'exclusion des particuliers du contrôle de constitutionnalité apparaissait peu démocratique, notamment par rapport aux nombreux pays européens dont la Constitution ouvre aux particuliers l'accès au contrôle de constitutionnalité. Elle apparaissait aussi peu cohérente avec le développement du contrôle de «conventionnalité » visant les lois en vigueur, contrôle dont les particuliers peuvent saisir les juges ordinaires.

520. La loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 met fin à cette « exception française », en organisant une procédure spécifique et indirecte d'accès des particuliers à la justice constitutionnelle. En effet, l'art. 61-1 C. introduit un nouveau mode de saisine du Conseil constitutionnel : la « question prioritaire de constitutionnalité » (QPC), ainsi nommée par la LO n° 2009-1523 du 10 décembre 2009, déclarée conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2009-595 DC du 2 décembre 2009. La LO insère un chapitre II *bis* (« De la question prioritaire de constitutionnalité », art. 23-1 à

23-12) dans l'ord. n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant LO sur le Conseil constitutionnel.

La bibliographie relative à la QPC est d'ores et déjà considérable. Voir notamment le dossier qu'y consacrent les *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 29-2010 et n° 40-2013, la *RFDC*, n° 84-2010 et la revue *Pouvoirs*, n° 137-2011 ; M. Verpeaux, *La QPC*, Hachette, 2013 ; J. Bonnet, P.-Y. Gahdoun, *La QPC*, Puf, « Que sais-je ? », 2014.

Il ne s'agit pas d'un mécanisme d'exception d'inconstitutionnalité, mais d'une question posée par un justiciable à une juridiction ordinaire, mettant en doute la constitutionnalité d'une loi. La question est dite « prioritaire », selon la qualification introduite par la LO du 10 décembre 2009, parce que le juge saisi doit l'examiner en premier lieu, avant même d'aborder, si elle est invoquée à propos de la même loi, la question de sa « conventionnalité ». Toute partie à un litige (personne physique ou morale, publique ou privée, française ou étrangère) se voit reconnaître le droit de soutenir, à l'occasion d'une instance en cours, qu'une disposition législative « porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit » (art. 61-1 C.).

Les « dispositions législatives », que le justiciable peut contester, englobent (LO du 10 décembre 2009) les LO elles-mêmes (notamment les ordonnances organiques prises sur la base de l'art. 92 C.), les lois ordinaires, y compris les lois antérieures à la Constitution (lois pré-constitutionnelles), les lois de pays de la Nouvelle-Calédonie (art. 23-8 de l'ord. organique relative au Conseil constitutionnel modifiée), mais non les lois référendaires, pour lesquelles le Conseil constitutionnel s'est déjà reconnu incompétent au titre de son contrôle préventif, incompétence qu'il a étendue au contrôle *a posteriori* (déc. n° 2014-392 QPC du 25 avril 2014, *Province Sud de Nouvelle-Calédonie, Rec.*, p. 261). Les « dispositions législatives » ainsi entendues englobent l'interprétation qui en est faite par le juge (CC, déc. n° 2010-39 QPC du 6 octobre 2010 : « en posant une question prioritaire de constitutionnalité, tout justiciable a le droit de contester la constitutionnalité de la portée effective qu'une interprétation jurisprudentielle constante confère à cette disposition »). Ces « dispositions législatives » seront donc mises en cause au motif qu'elles « portent atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit » (art. 61-1), ce qui définit, plus étroitement qu'un simple renvoi à la Constitution, les normes de référence par rapport auxquelles la loi sera contrôlée dans le cadre de la question prioritaire de constitutionnalité.

Cette périphrase, « droits et libertés que la Constitution garantit », pour large qu'elle soit, exclut de mettre directement en cause la régularité de la procédure législative (CC, déc. n° 2010-417 QPC du 22 juillet 2010), ou le respect par le législateur de la délimitation entre la loi et le règlement. C'est ce qu'a jugé le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 5 QPC du 18 juin 2010, *SNC Kimberly Clark* (JO 19 juin 2010, p. 11149) à propos de l'« incompétence négative » du législateur (*supra* § 464) : la méconnaissance de sa propre compétence par le législateur ne peut être invoquée, en principe, au titre d'une QPC, sauf « dans le cas où est affecté un droit ou une liberté que la Constitution garantit (cons. 3 ; voir aussi déc. n° 2012-254 QPC du 18 juin 2012, *Rec.*, p. 292). En revanche, pourront y

figurer (voir plus précisément *infra* § 522 *sq.* pour le contenu du corpus constitutionnel, c'est-à-dire les normes de référence du contrôle de constitutionnalité des lois) :

- les droits, peu nombreux, présents dans la Constitution même (l'art. 1^{er} : le principe d'égalité devant la loi, le respect des croyances, la parité ; l'art. 4 : liberté, pluralisme et indépendance des médias ; l'art. 66 : « l'autorité judiciaire gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi ». S'agissant, en revanche, de l'art. 75-1 (« les langues régionales appartiennent au patrimoine de la France »), le Conseil constitutionnel a dénié à cette disposition le caractère de droit ou de liberté que la C. garantit (CC, déc. n° 2011-130 QPC du 20 mai 2011, M^{me} Cécile L. et a.), déc. surprenante au regard de la reconnaissance, par le juge constitutionnel, de la liberté linguistique dans l'espace privé (*infra* § 558) ;
- les droits reconnus par la Charte de l'environnement (CC, déc. n° 2011-116 QPC du 8 avril 2011, *Rec.*, p. 183 et n° 2011-183/184 QPC du 14 octobre 2011, *Rec.*, p. 508) ;
- les droits figurant dans la DDHC ;
- les « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » (Préambule C. 1946), tels que le Conseil constitutionnel les a reconnus ;
- les « principes politiques, économiques et sociaux particulièrement nécessaires à notre temps » (Préambule C. 1946) ;
- les « principes de valeur constitutionnelle », déduits par le Conseil constitutionnel de la Constitution : respect de la vie privée, continuité du service public, liberté d'entreprendre, dignité de la personne humaine, liberté contractuelle ;
- s'agissant des « objectifs de valeur constitutionnelle », dont les individus ne sont pas les destinataires, le Conseil constitutionnel fait preuve d'une grande réserve : dans sa déc. n° 2010-4/17 QPC du 22 juillet 2010, *M. Alain C. et autres* (JO, 23 juillet 2010, p. 13615), il a ainsi estimé que : « si l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, qui découle des art. 4, 5, 6 et 16 de la DDHC de 1789, impose au législateur d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques, sa méconnaissance ne peut, en elle-même, être invoquée à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité sur le fondement de l'art. 61-1 C. »

Le juge ordinaire ne peut pas lui-même soulever d'office une question prioritaire de constitutionnalité (ce qui contredit ce caractère « prioritaire » de la question). Il lui appartient d'opérer un premier « filtrage » de la QPC, en vérifiant qu'elle satisfait aux trois conditions de fond posées par la LO du 10 décembre 2009 : l'applicabilité de la loi mise en cause au litige en cours (art. 23-2, 2^o, ord. 7 novembre 1958), l'absence de déclaration antérieure de conformité à la C., « sauf changement des circonstances » de droit et de fait. Dans le cas contraire, il se prononcera sur le bien-fondé de la question, en appréciant son caractère sérieux, avant de la transmettre à la cour suprême dont il relève, CE ou C. cass. Les cours suprêmes opéreront alors un deuxième « filtrage » et vérifieront à leur tour, en sus du caractère nouveau et sérieux de la question, les conditions de

recevabilité déjà évoquées par le juge de renvoi, avant d'en saisir, dans un délai de trois mois, le Conseil constitutionnel, auquel appartient seul la vérification de la conformité de la loi à la Constitution. Le Conseil doit statuer dans un délai de trois mois.

Une éventuelle décision d'inconstitutionnalité entraînera l'abrogation de la disposition législative en cause, c'est-à-dire la suppression de ses effets pour le futur, le Conseil pouvant en moduler les effets dans le temps, compte tenu du principe de sécurité juridique (art. 62, al. 2 C.).

Ce mécanisme, tout indirect qu'il soit, présente l'appréciable nouveauté d'ouvrir à tout justiciable le droit de demander l'abrogation d'une loi qu'il estimerait contraire à la Constitution. La question prioritaire de constitutionnalité vient donc compléter le contrôle *a priori* de constitutionnalité des lois par un contrôle *a posteriori*. Elle réduit l'écart qui séparait le Conseil constitutionnel des juridictions constitutionnelles européennes, en reposant sur l'initiative des justiciables. Le Conseil s'est doté d'un Règlement intérieur sur la procédure suivie devant lui pour les QPC (déc. du 4 février 2010, *supra* § 508). Les juges administratif et judiciaire suprêmes deviennent désormais des acteurs majeurs du contrôle de constitutionnalité : le nouveau dispositif aboutit à leur conférer une véritable compétence en matière de contrôle de constitutionnalité de la loi, jusque-là exclue, dans le cas où ils décideraient de ne pas saisir le Conseil constitutionnel, alors qu'ils étaient déjà en charge du contrôle de conventionnalité. En effet, les refus de renvoi au Conseil constitutionnel sont davantage motivés et s'apparentent, pour cette raison, à un contrôle diffus de constitutionnalité de la part des cours suprêmes. En outre, le caractère prioritaire de la question de constitutionnalité est entendu de manière absolue, la LO n'ayant pas retenu la « sur-priorité » que le projet initial conférait au droit de l'UE et au droit de la CEDH, qui en fait partie et dont la garantie des droits fondamentaux recoupe largement celle de la Constitution. Au reste, le Conseil constitutionnel a rappelé, dans sa décision n° 2009-595 DC, *LO relative à l'application de l'art. 61-1 C.*, que cette priorité n'avait d'autre objet, outre sa dimension proprement procédurale, que d'assurer la suprématie normative de la Constitution : « en imposant l'examen par priorité des moyens de constitutionnalité avant les moyens tirés du défaut de conformité d'une disposition législative aux engagements internationaux de la France, le législateur organique a entendu garantir le respect de la Constitution et rappeler sa place au sommet de l'ordre juridique interne » (cons. 14).

521. Toutefois, cette raison d'être du caractère prioritaire de la question de constitutionnalité se heurte à la réalité de l'imbrication normative du droit constitutionnel français et du droit européen (droit de l'UE et droit de la CEDH). La principale difficulté de la QPC tient davantage à son articulation avec le contrôle, existant et éprouvé, de conventionnalité (*supra* § 496 *sq.*), eu égard, notamment, au droit de l'UE, comme l'a montré le complexe épisode juridictionnel du printemps 2010. Celui-ci, en effet, mit aux prises outre le Conseil constitutionnel, les cours suprêmes françaises et la CJUE, quant à la conformité de la QPC au droit de l'UE. Plus exactement, le caractère prioritaire de la question de constitutionnalité ne heurte-t-il pas l'applicabilité du droit de l'UE en France sur le fondement de l'art. 88-1 C. ?

C'est cette question que la Cour de cassation posa à la CJUE le 16 avril 2010 (*Abdeli*, n° 10-40002), estimant que le mécanisme de la priorité l'empêchait de poser au juge de Luxembourg une question préjudicielle (art. 267 TFUE). Sans attendre la réponse de la CJUE, le Conseil constitutionnel (déc. n° 2010-605 DC du 12 mai 2010), bien que saisi dans le cadre de son contrôle *a priori*, tint à rappeler son incompetence à opérer lui-même un contrôle de conventionnalité de la loi (cons. 10 ; voir aussi CC, déc. n° 2010-4/17 QPC du 22 juillet 2010, *M. Alain C. et autres*, préc., cons. 11), spécifiant ainsi les deux modes de contrôle juridictionnel de la loi en France et préservant, à ce titre, la compétence des juridictions administratives et judiciaires quant à l'exercice du contrôle de conventionnalité. De là découle, selon le juge constitutionnel, la compatibilité de la QPC et du droit de l'UE, telle qu'organisée par l'al. 5 de l'art. 23-2 et l'al. 2 de l'art. 23-5 de l'ord. du 7 novembre 1958 préc. : « Considérant, en premier lieu, que l'autorité qui s'attache aux décisions du Conseil constitutionnel en vertu de l'art. 62 de la C. ne limite pas la compétence des juridictions administratives et judiciaires pour faire prévaloir ces engagements sur une disposition législative incompatible avec eux, même lorsque cette dernière a été déclarée conforme à la Constitution ; 14. Considérant, en deuxième lieu, qu'il ressort des termes mêmes de l'art. 23-3 de l'ord. du 7 novembre 1958 susvisée que le juge qui transmet une question prioritaire de constitutionnalité, dont la durée d'examen est strictement encadrée, peut, d'une part, statuer sans attendre la décision relative à la question prioritaire de constitutionnalité si la loi ou le règlement prévoit qu'il statue dans un délai déterminé ou en urgence et, d'autre part, prendre toutes les mesures provisoires ou conservatoires nécessaires ; qu'il peut ainsi suspendre immédiatement tout éventuel effet de la loi incompatible avec le droit de l'Union, assurer la préservation des droits que les justiciables tiennent des engagements internationaux et européens de la France et garantir la pleine efficacité de la décision juridictionnelle à intervenir ; que l'art. 61-1 C. pas plus que les art. 23-1 et suivants de l'ord. du 7 novembre 1958 susvisée ne font obstacle à ce que le juge saisi d'un litige dans lequel est invoquée l'incompatibilité d'une loi avec le droit de l'Union européenne fasse, à tout moment, ce qui est nécessaire pour empêcher que des dispositions législatives qui feraient obstacle à la pleine efficacité des normes de l'Union soient appliquées dans ce litige ; 15. Considérant, en dernier lieu, que l'art. 61-1 C. et les art. 23-1 et suivants de l'ord. du 7 novembre 1958 susvisée ne privent pas davantage les juridictions administratives et judiciaires, y compris lorsqu'elles transmettent une question prioritaire de constitutionnalité, de la faculté ou, lorsque leurs décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne, de l'obligation de saisir la CJUE d'une question préjudicielle en application de l'art. 267 du TFUE ». De son côté, le CE, dans un arrêt du 14 mai 2010, *Rujovic* (n° 312305) abonda dans le même sens, en précisant que les dispositions de la LO du 10 décembre 2009 « ne font pas obstacle à ce que le juge administratif, juge de droit commun de l'application du droit de l'UE, en assure l'effectivité, soit en l'absence de question prioritaire de constitutionnalité, soit au terme de la procédure d'examen d'une telle question, soit à tout moment de cette procédure, lorsque l'urgence le commande, pour faire cesser immédiatement tout effet éventuel de la loi contraire au droit de l'Union ; que, d'autre part, le juge administratif dispose de la possibilité de poser à tout instant, dès qu'il y a lieu de procéder à un tel renvoi, en application de l'art. 267 du TFUE, une question préjudicielle à la CJUE ». À tout le moins cette convergence de vue entre le juge constitutionnel et le juge

administratif tend à relativiser le caractère prioritaire de la question de constitutionnalité, sans pour autant remettre en question la suprématie de la Constitution qui en est la cause justificative.

C'est à une conclusion analogue, quoique par un cheminement différent parce que se réclamant du droit de l'UE, que parvint la CJUE dans son arrêt *Melki et Abdeli* du 22 juin 2010 (aff. C.188/10 et C.189/10). Tout en rappelant « qu'il incombe à la juridiction de renvoi de déterminer, dans les affaires dont elle est saisie, quelle est l'interprétation correcte du droit national » (§ 49), la CJUE accepta le caractère prioritaire de la question française de constitutionnalité, tout en s'efforçant de préserver le droit de l'UE : « l'art. 267 TFUE ne s'oppose pas à une telle législation nationale, pour autant que les autres juridictions nationales restent libres : – de saisir, à tout moment de la procédure qu'elles jugent approprié, et même à l'issue de la procédure incidente de contrôle de constitutionnalité, la Cour de toute question préjudicielle qu'elles jugent nécessaire ; – d'adopter toute mesure nécessaire afin d'assurer la protection juridictionnelle provisoire des droits conférés par l'ordre juridique de l'Union, et ; – de laisser inappliquée, à l'issue d'une telle procédure incidente, la disposition législative nationale en cause si elles la jugent contraire au droit de l'Union » (§ 57). Cette dernière réserve n'en est pas moins tributaire de l'intervention du juge constitutionnel français, sauf à ce que le juge concerné fasse céder la question de constitutionnalité devant la question de conventionnalité. Or, c'est précisément ce à quoi s'oppose le caractère prioritaire de la question de constitutionnalité.

Ces interprétations juridictionnelles rendent la tâche du juge saisi d'une QPC très malaisée lorsqu'est en cause le droit de l'UE. De son côté, « le justiciable ne maîtrise pas nécessairement la subtilité des interprétations livrées dans ce va-et-vient jurisprudentiel trop rapide et peu enclin à assurer la sécurité juridique » (P.-Y. Gadhoum, « Repenser la priorité de la QPC », *RDP*, 2010, p. 1724). On en aura une preuve supplémentaire avec l'arrêt QPC de la Cour de cassation du 29 juin 2010, *Melki et Abdeli* (n° 10-40-002), décidant, sur le fondement du droit de l'UE, de laisser inappliquée la LO du 10 décembre 2009 : « Attendu que, dans l'hypothèse particulière où le juge est saisi d'une question portant à la fois sur la constitutionnalité et la conventionnalité d'une disposition législative, il lui appartient de mettre en œuvre, le cas échéant, les mesures provisoires ou conservatoires propres à assurer la protection juridictionnelle des droits conférés par l'ordre juridique européen ; qu'en cas d'impossibilité de satisfaire à cette exigence, comme c'est le cas de la Cour de cassation, devant laquelle la procédure ne permet pas de recourir à de telles mesures, le juge doit se prononcer sur la conformité de la disposition critiquée au regard du droit de l'Union en laissant alors inappliquées les dispositions de l'ord. du 7 novembre 1958 modifiée prévoyant une priorité d'examen de la question de constitutionnalité ». La LO du 10 décembre 2009 ne prévoit pas en effet, contrairement au juge de renvoi (art. 23-3, al. 1), la possibilité pour les cours suprêmes de prendre des mesures provisoires ou conservatoires nécessaires.

Si le caractère prioritaire de la question de constitutionnalité précède bien de la volonté du législateur organique de garantir la suprématie de la Constitution, cette suprématie ne peut évidemment pas s'apprécier indépendamment de cet ordre juridique englobant que

constitue le droit de l'UE. Il n'en va pas différemment du droit de la CEDH, qui tend, pour ce qui le concerne, à soumettre la QPC à la garantie du procès équitable au sens de l'art. 6, § 1 CEDH. Dans la mesure où l'insertion du mécanisme de la QPC dans le droit constitutionnel français est aussi tributaire de l'interprétation juridictionnelle, la pratique aura à trancher certaines questions encore ouvertes, notamment celle de savoir si la question prioritaire de constitutionnalité sera considérée comme une « voie de recours interne », au sens de l'art. 35 CEDH, à épuiser avant de pouvoir saisir la Cour EDH. (Voir F. Sudre, « QPC et CEDH », *RDP*, 2009, p. 671).

En tout état de cause, la jurisprudence ultérieure se caractérise désormais par la préoccupation de concilier les exigences des ordres juridiques en présence, en adoptant une interprétation plus souple du caractère prioritaire de la QPC. Ainsi le Conseil constitutionnel se refuse-t-il à contrôler, au titre de la QPC, les dispositions législatives qui tirent les conséquences nécessaires de dispositions inconditionnelles et précises d'une directive de l'UE, ce qu'il faisait déjà dans le cadre du contrôle *a priori* (*supra* § 470 ; déc. n° 2010-79 QPC du 17 décembre 2010). Il préserve en cela la propre compétence de la CJUE. Surtout, le Conseil constitutionnel a saisi, pour la première fois, la CJUE, seule compétente pour se prononcer à titre préjudiciel, de l'interprétation de la décision-cadre du 13 juin 2002 instituant le mandat d'arrêt européen, afin de pouvoir exercer son contrôle sur une disposition législative du Code de procédure pénale (déc. n° 2013-314 QPC du 4 avril 2013, *Jérémy F., Rec.*, p. 523).

On ne manquera pas de suivre sur le site Internet du Conseil constitutionnel, l'actualité de la QPC au fil des décisions rendues par le Conseil. On y trouvera un bilan, au 1^{er} mars 2016, de la QPC. Voir aussi B. Mathieu et D. Rousseau, *Les Grandes décisions de la QPC*, LGDJ, 2013, et, pour un point de vue critique : E. Dubout, « L'efficacité structurelle de la question prioritaire de constitutionnalité en question », *RDP*, n° 1- 2013, p. 107.

On confrontera ces développements relatifs à la QPC avec l'état des normes de référence du contrôle de constitutionnalité, tel qu'il résulte de la jurisprudence du Conseil relative à la conception initiale de ce contrôle.

4 . *Le magistère du Conseil constitutionnel*

522. « La loi n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution » (CC, déc. n° 85-197 DC du 23 août 1985, *Rec.*, p. 70) : c'est bien dans cette périphrase que s'exprime le magistère du Conseil constitutionnel. Au surplus affirme-t-il sa propre légitimité quant au principe, théoriquement présumé porter atteinte à la volonté du peuple, d'un contrôle de la constitutionnalité des lois. Il précise et s'approprie, sous cet aspect, l'art. 6 préc. de la DDHC, en signifiant qu'une loi contraire à la Constitution l'est *ipso facto* à la volonté générale, dont il se fait, par là même, le garant. Par ce propos aussi subtil qu'habile, le juge constitutionnel retourne contre ses détracteurs le soupçon d'illégitimité dont ils ont toujours accablé le principe même d'un contrôle de fond de la loi votée.

Ainsi « s'affirme dans notre pays un pouvoir suprême de préservation et d'adaptation des principes juridiques qui fondent l'État et la société qu'il gouverne » (F. Borella, *Les Partis politiques dans la France d'aujourd'hui*, *op. cit.*, p. 62). Encore convient-il de savoir où se trouvent ces « principes juridiques » qui éprouvent le contrôle de la constitutionnalité

des lois et dont la garantie révèle, en fin de compte, l'authentique « volonté générale ». De fait, si le Conseil constitutionnel se réfère au « respect de la Constitution », cette dernière apparaît désormais, au regard du contrôle de constitutionnalité, comme une notion générique. En ce sens, la Constitution est faite d'un ensemble de textes d'origine et de portée disparates, dont le seul dénominateur commun est de servir de base à l'exercice même du contrôle de constitutionnalité, à défaut de pouvoir être réunis sous un principe commun. C'est donc à cette notion de Constitution, dilatée et enrichie sous l'effet de la jurisprudence constitutionnelle, qu'il convient de s'attacher.

523. La notion classique de Constitution, telle qu'elle se fixe à la fin du XVIII^e siècle, s'entend d'une technique juridique de limitation du pouvoir politique, c'est ce que l'on appelle aussi la Constitution politique (voir partie I). C'est dire qu'elle contient avant tout des règles relatives aux organes du pouvoir politique et aux procédures d'investiture et de désinvestiture de ces organes. Pour cette raison, elle ignore aussi largement ces règles de fond que le doyen Hauriou appelait la « Constitution sociale », en ce qu'elle avait pour base les droits individuels (M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, Sirey, 1929, p. 612-637). En France, la « séparation historique de la Constitution sociale et de la Constitution politique [...] s'est dessinée et accentuée depuis 1789 » (*ibid.*, p. 626). Cette « séparation », du reste, a favorisé la permanence de la Constitution sociale, notamment de la DDHC, alors même que la Constitution politique subissait de fréquents changements. Toujours est-il que la Constitution française de 1958 demeure avant tout une Constitution politique, contrairement à la tendance des Constitutions européennes postérieures à la Seconde Guerre mondiale à incorporer la Constitution sociale, à l'exemple de l'Allemagne, dont la première partie de la loi fondamentale du 23 mai 1949 est consacrée aux « droits fondamentaux » ou, encore, de l'Italie (Constitution du 27 décembre 1947). Comme on l'a vu, cette situation a contraint le Conseil constitutionnel à trouver dans les textes de référence du Préambule de la Constitution la source et la justification du contrôle de fond des lois votées par le Parlement.

Or les textes en question renvoient à des règles et principes qui ne sont homogènes, ni du point de vue de leur apparition, ni du point de vue de leur signification. Il serait donc vain de prétendre les ramener à un seul et unique ensemble sous le prétexte qu'ils constituent la pierre de touche du contrôle de constitutionnalité et font l'objet d'un travail jurisprudentiel d'adaptation au temps présent, les détachant ainsi de leur contexte d'origine pour figurer désormais la base matérielle de la Constitution.

Ainsi, la tâche du Conseil constitutionnel, après 1971, consiste à mettre à jour les bases matérielles de son action de contrôle au sein de ce vaste ensemble que forme aujourd'hui la Constitution sociale française. À propos de cette dernière, l'on pourrait plus justement parler de « collection », au sens scolastique de réunion de parties, ou encore de « corpus » au sens de répertoire de règles et principes constitutionnels par rapport auxquels s'éprouve le contrôle de fond des lois votées par le Parlement. Dans ces conditions, si le caractère structurant de ce corpus constitutionnel réside précisément dans sa valeur normative (il est formé de règles de valeur constitutionnelle) ce caractère ne saurait à lui seul fonder l'unité de cette Constitution matérielle. Il importe, en effet, de prendre en compte la nature du droit ou de la liberté en cause, sa dimension propre. Seule cette

considération, dont l'importance se trouve désormais rehaussée par le contrôle de constitutionnalité *a posteriori* au titre de la QPC, permet de mettre en évidence la valeur intrinsèque d'un droit ou d'une liberté et, de fait, son importance ou sa nécessité pour la vie sociale. C'est donc cette valeur intrinsèque du droit ou de la liberté en cause qui justifie son insertion et sa place dans le corpus constitutionnel de référence et non pas l'inverse, c'est-à-dire le rang constitutionnel de ce droit ou de cette liberté qui en déterminerait la valeur intrinsèque.

524. Mais ces réflexions ne se comprennent que si l'on identifie, d'une part, les éléments de ce *corpus constitutionnel* de référence, en ce qu'ils constituent *la base matérielle du contrôle de constitutionnalité*, avant de situer, d'autre part, *l'étendue de la compétence du Conseil constitutionnel*.

Si l'apport essentiel de la décision du 16 juillet 1971 réside dans l'insertion du Préambule C. 1958 dans ce corpus constitutionnel, le Conseil constitutionnel n'en a pas pour autant délaissé le texte même de la Constitution. Bien au contraire et lorsque l'exercice de son contrôle lui en fournissait l'occasion, il n'a pas manqué de s'appuyer sur différents art. de la Constitution. Outre l'art. 66 qui, il est vrai constitue l'une des rares règles de fond mentionnées par la Constitution (CC, déc. n° 79-109 DC du 9 janvier 1980, *Rec.*, p. 29), l'on peut citer, à titre d'exemple, l'art. 1^{er} (principe d'égalité : CC, déc. n° 96-387 DC du 21 janvier 1997, *Rec.*, p. 23) ; ou, encore, l'art. 3 (égalité du suffrage interdisant le vote plural : CC, déc. n° 78-101 du 17 janvier 1979, *Rec.*, p. 23).

Mais ce sont surtout les trois textes auxquels renvoie le Préambule de la Constitution, la DDHC, le Préambule C. 1946 et la Charte de l'environnement de 2004, qui forment *la référence matérielle du contrôle de constitutionnalité des lois*. La première possède une valeur constitutionnelle dans toutes ses dispositions, comme le Conseil constitutionnel l'a lui-même précisé : « Considérant [que] par les référendums du 13 octobre 1946 et du 28 septembre 1958, le peuple français a approuvé des textes conférant valeur constitutionnelle aux principes et aux droits proclamés en 1789 [Préambules des Constitutions respectives] » (CC, déc. n° 81-132 DC du 16 janvier 1982, *Rec.*, p. 18).

De son côté, le Préambule C. 1946 évoque deux notions principales : la première, les « principes politiques, économiques et sociaux » proclamés « comme particulièrement nécessaires à notre temps », fait l'objet d'une énumération suffisamment précise pour que le Conseil constitutionnel ait pu rapidement leur reconnaître pleine valeur constitutionnelle dans sa décision du 15 janvier 1975 à propos de la loi relative à l'interruption volontaire de grossesse : « Considérant qu'aucune des dérogations prévues par cette loi [...] ne méconnaît le principe énoncé dans le Préambule C. 27 octobre 1946, selon lequel la nation garantit à l'enfant la protection de la santé, non plus qu'aucune des autres dispositions ayant valeur constitutionnelle édictées par le même texte » (CC, déc. n° 74-54 DC du 15 janvier 1975 précitée, *Rec.*, p. 19). La seconde, les « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République », a été insérée dans le corpus constitutionnel par la décision du 16 juillet 1971.

Mais la nature même du raisonnement développé par le juge constitutionnel dans cette décision, compte tenu de l'absence de précision du Préambule C. 1946 quant à la notion de principe fondamental reconnu par les lois de la République, a nourri une suspicion à l'égard du Conseil constitutionnel, accusé par ce biais d'établir lui-même les bases matérielles de son propre contrôle et de développer un pouvoir normatif excédant ses compétences constitutionnelles d'attribution. Coupant court à ces critiques, le Conseil constitutionnel a apporté d'utiles précisions quant à cette notion dans une décision du 20 juillet 1988 : aux auteurs de la saisine invoquant une violation de la « tradition républicaine », le Conseil constitutionnel a répondu que celle-ci « ne saurait être utilement invoquée pour soutenir qu'un texte législatif qui la contredit serait contraire à la Constitution qu'autant que cette tradition aurait donné naissance à un principe fondamental reconnu par les lois de la République » ; et de préciser que cette dernière notion doit être inscrite « dans la législation républicaine intervenue avant l'entrée en vigueur du Préambule C. 1946 », laquelle ne doit pas avoir été contredite par une autre législation (CC, déc. n° 88-244 DC du 20 juillet 1988, *Rec.*, p. 119). En réalité, cette précision fait des grands textes législatifs de la III^e République la source quasi exclusive des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République que va ainsi recueillir le juge constitutionnel, en une démarche semblable à celle que le CE avait lui-même accomplie, sous la IV^e République, à propos des principes généraux du droit. Par la suite, le juge constitutionnel enrichira la notion de principe fondamental reconnu par les lois de la République d'autres précisions, comme celle relative à son degré d'importance, en mettant donc l'accent sur son caractère fondamental : « [...] la règle invoquée ne revêt pas une importance telle qu'elle puisse être regardée comme figurant au nombre des "principes fondamentaux reconnus par les lois de la République" mentionnés par le 1^{er} al. du Préambule C. 1946 », confirmant ainsi le caractère constructif de l'approche juridictionnelle de la notion (CC, déc. n° 98-407 DC du 14 janvier 1999, *Rec.*, p. 21).

Compte tenu de ces indications et précisions, le Conseil constitutionnel a ainsi érigé en principe fondamental reconnu par les lois de la République la liberté d'association (déc. précitée du 16 juillet 1971), le respect des droits de la défense (déc. n° 76-70 DC du 2 décembre 1976, *Rec.*, p. 39), la liberté individuelle (déc. n° 76-75 DC du 12 janvier 1977, *Rec.*, p. 33), la liberté de l'enseignement et la liberté de conscience (déc. n° 77-87 DC du 23 novembre 1977, *Rec.*, p. 42), l'indépendance de la justice administrative (déc. n° 80-119 DC du 22 juillet 1980, *Rec.*, p. 46), l'indépendance des professeurs d'université (déc. n° 83-165 DC du 20 janvier 1984, *Rec.*, p. 30) ou, encore, la compétence exclusive du juge administratif pour l'annulation des actes de la puissance publique (déc. n° 86-224 DC du 23 janvier 1987, *Rec.*, p. 31), le rôle de l'autorité judiciaire dans la protection de la propriété immobilière (déc. n° 89-256 DC du 25 juillet 1989, *Rec.*, p. 53) et la spécificité de la justice des mineurs (déc. n° 2002-461 DC du 29 août 2002) ; citons aussi le droit local d'Alsace-Moselle (déc. n° 2011-157 QPC du 5 août 2011, *Société Somodia*, *Rec.*, p. 430).

Mais le Conseil constitutionnel s'est refusé à céder aux demandes réitérées des auteurs des saisines en vue de la création de nouveaux principes fondamentaux reconnus par les lois de la République et, par conséquent, à faire de la notion une source privilégiée du corpus constitutionnel. Cette prudence a alimenté bien des conjectures sur le devenir d'une notion plutôt délaissée par le Conseil constitutionnel depuis 1989, mais dont s'est emparé le juge administratif en créant de son propre chef un principe fondamental reconnu par les lois de la République, en l'occurrence le principe « selon lequel l'État doit refuser l'extradition d'un étranger lorsqu'elle est demandée dans un but politique » (CE, Ass., 3 juillet 1996, *Moussa Koné*, *Rec.*, p. 255). Si cette notion a été préférée à celle de principe général du droit, c'est parce qu'elle seule permettait aussi au juge administratif d'interpréter un accord international (en l'espèce l'accord franco-malien de coopération judiciaire) au regard d'une règle de valeur constitutionnelle. L'utilisation, par le juge administratif, de la notion de principe fondamental reconnu par les lois de la République aurait ainsi avant tout une fonction instrumentale. Quoi qu'il en soit, ce *self-restraint* du juge constitutionnel repose aussi sur les critères d'identification des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République auxquels il s'est lui-même lié.

La Charte de l'environnement a également valeur constitutionnelle (CC, déc. n° 2005-514 DC du 28 avril 2005, *Loi relative à la création du registre international français*, *Rec.*, p. 78 ; n° 2005-516 DC du 7 juillet 2005, *Loi de programme fixant les orientations de la politique énergétique*, *Rec.*, p. 102 ; surtout, n° 2008-564 DC du 19 juin 2008, *Loi relative*

aux OGM, JO, 26 juin 2008, p. 10228, dans laquelle le Conseil vise la Constitution et en particulier la Charte de l'environnement de 2004).

Enfin, le corpus constitutionnel est également constitué de « principes ou objectifs de valeur constitutionnelle ». C'est à propos de ceux-ci que s'affirme un véritable pouvoir normatif du juge constitutionnel, dans la mesure où ils ne participent pas expressément d'un texte écrit, mais procèdent d'une démarche interprétative large qui embrasse l'ensemble du corpus constitutionnel. Certes, il serait abusif de considérer que le Conseil constitutionnel crée *ex nihilo* ces principes ou objectifs de valeur constitutionnelle. Il s'agit bien plutôt d'une réflexion juridictionnelle sur l'« esprit de la Constitution », au sens de ce que Montesquieu appelait l'« esprit des lois », en ce qu'elles « ont des rapports entre elles : elles en ont avec leurs origines, avec l'objet du législateur, avec l'ordre des choses sur lesquelles elles sont établies » (*De l'esprit des lois*, I, 3).

La notion de « principe » ou d'« objectif » à valeur constitutionnelle apparaît lorsque le législateur est amené à opérer une conciliation entre plusieurs libertés. Dans ces circonstances, le juge constitutionnel apprécie cette conciliation par cet instrument de mesure que constitue le « principe » ou l'« objectif » de valeur constitutionnelle. Ainsi, dans sa décision du 25 juillet 1979 (*Continuité du service public de la radio et de la télévision en cas de cessation concertée du travail*), il considère « qu'aux termes du Préambule C. 27 octobre 1946, confirmé par celui de C. 4 octobre 1958 : “le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent” ; qu'en édictant cette disposition les constituants ont entendu marquer que le droit de grève est un principe de valeur constitutionnelle, mais qu'il a des limites et ont habilité le législateur à tracer celles-ci en opérant la conciliation nécessaire entre la défense des intérêts professionnels, dont la grève est un moyen, et la sauvegarde de l'intérêt général auquel la grève peut être de nature à porter atteinte ; que, notamment en ce qui concerne les services publics, la reconnaissance du droit de grève ne saurait avoir pour effet de faire obstacle au pouvoir du législateur d'apporter à ce droit les limitations nécessaires en vue d'assurer la continuité du service public qui, tout comme le droit de grève, a le caractère d'un principe de valeur constitutionnelle » (CC, déc. n° 79-105 DC du 25 juillet 1979, *Rec.*, p. 33). Dans une décision du 27 juillet 1982 (*loi sur la communication audiovisuelle*), le Conseil constitutionnel précise qu'il « appartient au législateur de concilier, en l'état actuel des techniques et de leur maîtrise, l'exercice de la liberté de communication telle qu'elle résulte de l'art. 11 DDHC, avec d'une part, les contraintes techniques inhérentes aux moyens de la communication audiovisuelle et, d'autre part, les objectifs de valeur constitutionnelle que sont la sauvegarde de l'ordre public, le respect de la liberté d'autrui et la préservation du caractère pluraliste des courants d'expression socioculturels auquel ces modes de communication, par leur influence considérable, sont susceptibles de porter atteinte » (CC, déc. n° 82- 141 DC du 27 juillet 1982, *Rec.*, p. 48).

Il s'agit alors, pour le juge constitutionnel d'une part, de vérifier que le législateur opère bien cette conciliation : « Considérant qu'en vertu de l'article 34 C. la loi fixe les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ; que, dans le cadre de cette mission, il appartient au législateur d'opérer la conciliation nécessaire entre le respect des libertés et la sauvegarde de l'ordre public sans lequel l'exercice des libertés ne saurait être assuré (CC, déc. n° 85-187 DC du 25 janvier 1985, *Rec.*, p. 43) ; d'autre part, d'apprécier cette conciliation, en ce qu'elle “ne doit pas excéder ce qui est nécessaire à

garantir l'exercice d'une liberté" » (déc. n° 82- 141 DC préc.). Juge de cette conciliation, le Conseil constitutionnel tend à rechercher ce qu'il appelle lui-même un « équilibre » entre la liberté et le principe en cause : « Considérant qu'en portant de dix à douze semaines le délai pendant lequel peut être pratiquée une interruption volontaire de grossesse lorsque la femme enceinte se trouve, du fait de son état, dans une situation de détresse, la loi n'a pas, en l'état des connaissances et des techniques, rompu l'équilibre que le respect de la Constitution impose entre, d'une part, la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme de dégradation et, d'autre part, la liberté de la femme qui découle de l'art. 2 de la DDHC » (CC, déc. n° 2001-446 DC du 27 juin 2001, *Rec.*, p. 74). L'on notera également que l'appréciation de cet « équilibre » est elle-même susceptible d'évoluer, dans la mesure où il dépend du progrès social et de « l'état des connaissances et des techniques », ce qui montre bien la lecture adaptative et en perpétuel renouvellement du corpus constitutionnel opérée par le Conseil. C'est bien dans cette démarche qu'il puise l'essentiel de son pouvoir d'interprétation, parfois proche d'un véritable pouvoir normatif.

525. Le traitement jurisprudentiel du corpus constitutionnel devait poser *ipso facto* la question de *l'étendue de la compétence du Conseil constitutionnel*. Pour nombre d'auteurs, en effet, l'affirmation et le développement du contrôle de la constitutionnalité des lois votées par le Parlement auraient secrété un « nouveau droit constitutionnel ». Le Conseil constitutionnel serait ainsi à l'origine d'une transformation profonde de la notion de Constitution, et par suite, de la représentation de la Démocratie (D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, LGDJ, 10^e éd., 2013). Plus précisément, « le phénomène de la juridicisation du droit constitutionnel est inséparable de celui de l'expansion de la justice constitutionnelle » ; il ferait du droit constitutionnel tout à la fois le « droit de la Constitution » et la « Constitution du droit », ouvrant par là même la voie à un processus de « constitutionnalisation progressive des diverses branches du droit » (L. Favoreu, « Le droit constitutionnel, droit de la Constitution et Constitution du droit », *RFDC*, n° 1-1990, p. 72, p. 73 et p. 85).

D'autres, en revanche, stigmatisent un organe ainsi érigé en parangon de la démocratie française : « Faire l'apologie du Conseil constitutionnel conduit à se contenter des garanties libérales et d'un gouvernement des sages en lieu et place de démocratie » (M.-J. Redor, « La démocratie dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et dans ses représentations », in *La Légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, op. cit.*, p. 361).

Assurément, le Conseil constitutionnel ne mérite ni cet excès d'honneurs, ni cette indignité. Pouvoir institué par la Constitution, le juge constitutionnel a toujours pris soin de souligner qu'il ne tenait ses missions que de cette dernière et dans le cadre des compétences qu'elle lui impartissait. En ce sens et de façon récurrente, il considère que sa compétence « est strictement délimitée par la Constitution ; qu'elle n'est susceptible d'être précisée et complétée par voie de LO que dans le respect des principes posés par le texte constitutionnel ; qu'[il] ne saurait être appelé à se prononcer dans d'autres cas que ceux qui sont expressément prévus par ces textes » (CC, déc. n° 2003-469 DC du 26 mars 2003, *cit.*). Autrement dit, ce n'est pas tant dans sa jurisprudence que se donne à voir la figure du Conseil constitutionnel, mais dans ce que tolère la Constitution quant au déploiement de cette jurisprudence : même si le juge constitutionnel a considérablement enrichi le corpus constitutionnel, il ne « dit » pas la Constitution, dans la mesure où il tient lui-même son existence de cette dernière. C'est-à-dire que le contentieux constitutionnel, même englobant désormais la QPC (art. 61-1 C.), ne se soumet pas pour

autant l'ensemble de la Constitution, notamment la Constitution politique, puisque l'art. 5 confie aussi au président de la République le soin de veiller à son respect.

Le juge constitutionnel en est d'ailleurs bien conscient, qui rappelle régulièrement « que l'article 61 C. ne [lui] confère pas un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement, mais lui donne seulement compétence pour se prononcer sur la conformité à la Constitution des lois déférées à son examen ; [...] que, dans le cadre de cette mission, il [ne lui] appartient pas de substituer sa propre appréciation à celle du législateur » (CC, déc. n° 80-127 DC du 19 janvier 1981, *Rec.*, p. 15) ; et, par conséquent, il ne saurait procéder à un contrôle d'opportunité de la loi. Il a ainsi fait application de ce raisonnement dans sa déc. n° 2010-92 QPC du 28 janvier 2011, où il était soutenu que l'interdiction du mariage entre personnes de même sexe était contraire à l'art. 66 C., à la liberté du mariage, au droit de mener une vie familiale normale et au principe d'égalité devant la loi.

Au reste, l'exercice du contrôle de fond de la loi votée témoigne d'une volonté de modération et de modulation de la part du Conseil constitutionnel, en ce que la déclaration d'inconstitutionnalité peut aussi porter sur une partie seulement de la loi déférée, voire sur un ou plusieurs art., parfois un membre de phrase ou, même, quelques mots. Auquel cas, il s'agira de savoir si les dispositions inconstitutionnelles sont ou non séparables de la loi déférée. C'est le Conseil lui-même qui en décide, ce qui représente un enjeu considérable, tout à la fois pour la politique législative et pour l'insertion de la loi dans la vie sociale. Cette démarche implique souvent que le juge constitutionnel recoure à la technique des « réserves d'interprétation ». C'est, d'ailleurs, par ce biais qu'il se reconnaît une compétence d'interprétation : « Considérant qu'en vertu du deuxième al. de l'art. 61 C., le Conseil constitutionnel a compétence pour se prononcer sur la conformité à la Constitution d'une loi soumise à son examen ; qu'il ne lui appartient de procéder à l'interprétation du texte qui lui est déféré que dans la mesure où cette interprétation est nécessaire à l'appréciation de sa constitutionnalité » (CC, déc. n° 91-298 DC du 24 juillet 1991, *Rec.*, p. 82).

Les réserves d'interprétation peuvent être de plusieurs sortes : elles sont « limitatives » lorsqu'elles écartent les interprétations contraires à la Constitution ; « neutralisantes », lorsqu'elles purgent les dispositions interprétées de leurs effets juridiques potentiellement inconstitutionnels ; « constructives », lorsqu'elles en précisent le sens ou la portée ; « protectrices », lorsqu'elles leur apportent une garantie ou protection supplémentaires (voir A. Viala, *Les Réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, LGDJ, « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », t. XCII, 1999).

526. Au reste, ce n'est pas seulement le droit constitutionnel lui-même qui s'est construit antérieurement et en dehors même de l'intervention du juge constitutionnel, mais aussi l'ensemble des autres branches du droit public et privé : la « constitutionnalisation » du droit par le juge constitutionnel est démentie par les faits et, sous cet aspect, il convient de se garder d'un « impérialisme constitutionnaliste », fût-il jurisprudentiel (G. Vedel, « Propos d'ouverture », in B. Mathieu et M. Verpeaux (dir.), *La Constitutionnalisation des branches du droit*, Economica, 1998, p. 14) : « Les règles écrites ou jurisprudentielles qui composent le droit civil, le droit pénal, le droit commercial, etc., ne sont, ni dans leur existence, ni dans leur essence, les produits de déductions juridiques à partir de l'axiomatique constitutionnelle. La vision qu'il faut ainsi exorciser ne ressemblerait en rien à la réalité historique et sociologique ; elle serait une totale méprise sur ce que l'on pourrait appeler le paysage juridique français et le terroir de notre droit » (G. Vedel, « Excès de pouvoir législatif et excès de pouvoir administratif », I, cit., p. 57).

C'est donc dans le texte même de la Constitution, mais aussi dans des sources qui lui sont extérieures, comme le droit administratif et la jurisprudence du CE, que s'esquisse la place et le rôle du Conseil constitutionnel et que s'apprécie l'interprétation qu'il en a lui-même faite. À ce titre est-il responsable du respect de la hiérarchie des règles de droit au sein d'un ordonnancement juridique d'une nature particulière, puisqu'il s'agit de la Constitution.

527. Le Conseil constitutionnel a ainsi apporté à la Constitution sociale française la garantie juridique qui lui faisait défaut jusqu'en 1971. Ce faisant, il est aussi apparu comme un instrument efficace de pacification des rapports politiques et sociaux dans un pays qui aura particulièrement connu d'intenses et violents conflits politiques. C'est aussi ce qui a permis au Conseil constitutionnel de faire accepter les évolutions dont il fut largement l'instigateur. Mais c'est précisément là que réside la faiblesse du juge constitutionnel, dans l'usage qu'il peut être amené à faire d'un pouvoir d'interprétation qu'il s'est lui-même découvert, mais qui est aussi le corollaire de ses missions constitutionnelles. Car le Conseil constitutionnel demeure un pouvoir institué, qui plus est au titre d'un pouvoir de contrôle et de sanction de la Constitution, et non pas d'un pouvoir d'action à l'exemple du gouvernement et du Parlement. Et l'on ne saurait, en effet, oublier que, davantage qu'un juge, dans l'esprit d'un peuple ou d'une nation que réside la garantie véritable de la Constitution.

Défenseur de la Constitution, l'on ne saurait ainsi confondre le Conseil constitutionnel avec le Défenseur des Droits (Titre XI bis C., issu de la Loi constitutionnelle du 23 juillet 2008, LO n° 2011-333 du 29 mars 2011 *relative au Défenseur des Droits*), inspiré de l'exemple du *Defensor del pueblo* espagnol (article 54 C. espagnole). Nommé par le président de la République pour un mandat de 6 ans non renouvelable, suivant la procédure de l'art. 13, dernier al. C., le Défenseur des Droits est une « autorité constitutionnelle indépendante » (LO du 29 mars 2011), chargée de veiller « au respect des droits et libertés par les administrations de l'État, les collectivités territoriales, les établissements publics ainsi que par tout organisme investi d'une mission de service public » (art. 71-1 C.). La LO du 29 mars 2011 ajoute d'autres missions : défendre et promouvoir l'intérêt supérieur et les droits de l'enfant consacrés par la loi ou par un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France ; lutter contre les discriminations, directes ou indirectes, prohibées par la loi ou par un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France ainsi que promouvoir l'égalité ; veiller au respect de la déontologie par les personnes exerçant des activités de sécurité sur le territoire de la République. (art. 4). Il est saisi directement par la personne physique ou morale qui s'estime lésée ou qui demande une protection. Il rend compte de son activité au président de la République et au Parlement. Sans nier l'intérêt d'une telle institution, qui a aussi pour but de remédier à la prolifération des autorités administratives indépendantes en charge de la protection des droits, elle n'a d'autre objet que de permettre une intervention a posteriori des citoyens, et ne peut, par conséquent, peser sur le processus même de l'action publique.

2 / L'autorité judiciaire

528. La revue *Pouvoirs* a consacré un numéro (n° 74-1995) aux juges. L'on y consul- tera notamment : R. Badinter, « Une si longue défiance », p. 7-12 ; M.-L. Rassat, *La Justice en France*, Puf, « Que sais-je ? », n° 612, 8^e éd., 2008.

529. La loi constitutionnelle du 3 juin 1958 faisait de la garantie de l'indépendance de l'autorité judiciaire l'une des cinq conditions de fond que devaient respecter les rédacteurs de la nouvelle Constitution : « L'autorité judiciaire doit demeurer indépendante pour être à même d'assurer le respect des libertés essentielles telles qu'elles sont définies par le Préambule C. 1946 et par la Déclaration des droits de l'homme à laquelle il se réfère ». Les trois articles qui composent le titre VIII C. (art. 64, 65 et 66) tendent donc à satisfaire à cette condition.

Le titre VIII C. s'intitule « De l'autorité judiciaire » et non « Du pouvoir judiciaire »... L'expression marque bien l'ancienne et profonde défiance des constituants français envers une justice que l'on regimbe à soumettre pleinement au principe de séparation des pouvoirs, puisqu'en l'occurrence elle ne constitue pas un « pouvoir » à l'égal des pouvoirs gouvernemental et parlementaire. Il existe, sur ce plan, une continuité entre l'Ancien Régime et la Révolution : qu'il suffise de rappeler le propos de Montesquieu, estimant « invisible et nulle » cette « puissance de juger, si terrible parmi les hommes » (*De l'esprit des lois*, XI, 6).

Au reste, les travaux préparatoires de la Constitution attestent bien de cette défiance quant à l'intitulé du titre VIII : le texte soumis au Comité consultatif constitutionnel était sobrement intitulé : « De la justice ». Le Comité le transforma en « De l'indépendance de la magistrature », avant que le gouvernement, conforté par le CE, ne lui substituât la formulation déjà présente dans la loi constitutionnelle du 3 juin 1958. Celle-ci exclut donc de son champ d'application la justice administrative et concerne exclusivement la justice civile et la justice pénale, aussi bien au titre des actes que des personnes. Dans ce dernier cas, le statut des magistrats fait l'objet d'une LO (ord. n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant LO relative au statut de la magistrature). Enfin l'art. 66 introduit l'*habeas corpus* dans la Constitution et érige l'autorité judiciaire en « gardienne de la liberté individuelle ».

1 | L’AFFIRMATION DE L’INDÉPENDANCE DE L’AUTORITÉ JUDICIAIRE

A . *L'indépendance de l'autorité judiciaire*

530. L'art. 64 C. affirme le principe de l'indépendance de l'autorité judiciaire et pose la règle de l'inamovibilité des magistrats du siège, règle dont l'ord. du 22 décembre 1958 précise la portée : « [...] le magistrat du siège ne peut recevoir, sans son consentement, une affectation nouvelle, même en avancement. » Cette règle ne cède qu'en cas de sanction disciplinaire, le magistrat concerné pouvant alors être déplacé d'office (art. 45, 2^o de l'ord.) ; et de suppression de la juridiction au sein de laquelle siège le magistrat. De fait, la règle de l'inamovibilité des magistrats du siège est le corollaire de l'indépendance de l'autorité judiciaire : un magistrat ne peut donc pas être déplacé sans son consentement. Si le Conseil constitutionnel considère que « l'autorité judiciaire qui, en vertu de l'art. 66 C., assure le respect de la liberté individuelle, comprend à la fois les magistrats du siège et ceux du parquet » (CC, déc. n° 93- 326 DC du 11 août 1993, *Rec.*, p. 217), les bénéficiaires de l'inamovibilité sont les seuls magistrats du siège, c'est-à-dire les magistrats qui jugent. Si les magistrats du parquet ne bénéficient pas de la règle constitutionnelle de l'inamovibilité, c'est en raison de la spécificité de leurs fonctions et de leur organisation : ils appliquent la politique criminelle définie par le gouvernement et requièrent au nom de la société ; leur organisation de carrière est très hiérarchisée et ils se trouvent placés sous l'autorité du ministre de la Justice (art. 5 de l'ord. du 22 décembre

1958). Cette spécificité a, d'ailleurs, été avalisée par le Conseil constitutionnel (déc. n° 92-305 DC du 21 février 1992, *Rec.*, p. 27). Toutefois, la Cour EDH, dans un arrêt du 23 novembre 2010 (*Moulin c. France*, req. 37104/06), a jugé qu'en raison de cette spécificité, un procureur adjoint ne peut être qualifié, au sens de la CEDH, « de juge ou autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires », du fait de son lien de subordination au pouvoir gouvernemental (§ 59). La Cour de cassation, dans un arrêt du 15 décembre 2010, a confirmé cette jurisprudence européenne en déniaut aux magistrats du parquet la qualité d'« autorité judiciaire » faute d'être indépendants à l'égard du pouvoir gouvernemental (C. cass., Crim., n° 7177, 10-83.674).

Mais la règle de l'inamovibilité des magistrats du siège n'est pas à elle seule une garantie suffisante, parce que la magistrature française est hiérarchisée. Autrement dit, l'inamovibilité peut aussi empêcher la montée dans la hiérarchie, contrairement au souhait des magistrats eux-mêmes, ce qui explique que très peu invoquent l'inamovibilité. Par conséquent, si l'on veut déplacer un magistrat, il suffira de le nommer à un échelon supérieur. D'autres garanties sont donc nécessaires, notamment au niveau de la nomination des magistrats, qui est proposée par le Conseil supérieur de la magistrature (*infra*). Il existe également des garanties disciplinaires, telles que l'appréciation des fautes disciplinaires et les sanctions prononcées ne peuvent être prises que par le Conseil supérieur de la magistrature.

B . Les garanties de l'indépendance de l'autorité judiciaire

531. L'art. 64 C. prévoit deux sortes de garanties : d'une part, « le président de la République est garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire », dans la mesure où il « veille au respect de la Constitution » (art. 5). À ce titre, « il est assisté par le Conseil supérieur de la magistrature ».

La première phrase est une phrase sibylline, qui contient une contradiction : l'indépendance des tribunaux a toujours été considérée par rapport au pouvoir politique, c'est-à-dire par rapport au gouvernement et au Parlement. Or le président de la République est le garant d'une indépendance de l'autorité judiciaire, qui doit pourtant être aussi garantie par rapport à lui. Si cette garantie pouvait se comprendre dans la conception d'un pouvoir présidentiel neutre qui était espérée par les rédacteurs de la Constitution, l'on sait que cette conception céda rapidement la place à celle d'un président partisan, par rapport auquel s'est aussi orientée la majorité politique parlementaire. C'est dire que la contradiction ci-dessus soulignée gagnerait à être désormais dissipée.

Il est vrai que le Conseil constitutionnel a conforté cette indépendance de l'autorité judiciaire en affirmant le principe de l'indépendance des juridictions qui, comme celui de l'indépendance des magistrats, découle de la séparation des pouvoirs. Il doit donc s'appliquer à l'ensemble des juridictions : « Il résulte des dispositions de l'art. 64 C. en ce qui concerne l'autorité judiciaire et des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République en ce qui concerne, depuis la loi du 24 mai 1872, la juridiction administrative, que l'indépendance des juridictions est garantie ainsi que le caractère spécifique de leurs fonctions sur lesquelles ne peuvent empiéter ni le législateur ni le gouvernement ; qu'ainsi, il n'appartient ni au législateur ni au gouvernement de censurer les décisions des juridictions, d'adresser à celles-ci des injonctions et de se substituer à elles dans le jugement des litiges relevant de leur compétence » (CC, déc. n° 80-119 DC du 22 juillet 1980, *Rec.*, p. 46).

532. D'autre part, la seconde garantie prévue par l'art. 64 C. est celle d'un statut des magistrats, qui sera fixé par une LO, déjà citée. C'est bien ce statut qui, selon l'intention

des constituants, devait représenter la garantie essentielle de l'indépendance de l'autorité judiciaire. Ils étaient, en effet, les seuls fonctionnaires dont le statut devait être établi par une LO, les autres catégories de fonctionnaires civils et militaires ne bénéficiant que de « garanties fondamentales » du législateur ordinaire au titre de l'art. 34 C., leur statut à proprement parler ayant un caractère réglementaire.

Garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire, le président de la République est « assisté par le Conseil supérieur de la magistrature », organe auquel il convient maintenant de s'attacher.

2 | LE CONSEIL SUPÉRIEUR DE LA MAGISTRATURE (CSM)

533. Voir J. Gicquel, « Le Conseil supérieur de la magistrature : une création continue de la République », *Mélanges Philippe Ardant*, LGDJ, 1999, p. 289. M. Le Pogam, *Le Conseil supérieur de la magistrature*, Lexis Nexis, 2014.

534. Dans la mesure où le Conseil supérieur de la magistrature participe de l'indépendance de l'autorité judiciaire, il n'est pas étonnant de constater qu'il s'est toujours trouvé sous les feux croisés des relations tumultueuses de la justice et du pouvoir politique sous la V^e République. Pour la même raison, il aura fait l'objet d'un réformisme récurrent, dont le dernier état est la réécriture de l'art. 65 C. par la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 et que complète la LO n° 2010-830 du 22 juillet 2010 *relative à l'application de l'art. 65*.

A . L'organisation et les attributions initiales du Conseil supérieur de la magistrature

535. Si l'institution existait déjà sous C. 1946, elle avait aussi manifesté des dysfonctionnements et suscité des critiques qui sont largement à l'origine de la réformation apportée par C. 1958.

Selon l'art. 83 C. 1946, le CSM comprenait 14 membres : outre le président de la République, qui en assurait la présidence, le garde des Sceaux en était le vice-président ; 6 personnalités étaient élues par l'Assemblée nationale en dehors de ses membres, 4 magistrats par leurs pairs et 2 membres désignés par le président de la République au sein des professions judiciaires. La compétence du CSM englobait la nomination et la discipline des magistrats du siège, ainsi que l'administration des tribunaux (art. 84 C. 1946). Si, en fait, les membres élus par l'Assemblée nationale appartenaient au corps judiciaire, il n'en demeurait pas moins qu'en droit les magistrats étaient sous-représentés. De plus, « le système de l'élection, soit à l'intérieur du corps, soit par l'Assemblée, entraînait jusqu'au sein de la magistrature, des campagnes électorales de mauvais aloi et tendait à créer des clientèles que les élus pouvaient difficilement négliger » (Y. Guéna, « De l'autorité judiciaire et des LO relatives au statut de la magistrature et au CSM », *DPS*, IV, art. cit., p. 307).

Les constituants de 1958 optèrent néanmoins pour le maintien d'une institution pourtant décriée, mais sans aller, toutefois, jusqu'à la réduire à un rôle purement consultatif. L'art. 65 C. témoigne, dans sa première rédaction, de cette solution de compromis : le CSM est toujours présidé par le président de la République, son vice-président étant le garde des Sceaux ; il comprend désormais 9 membres, qui ne sont plus élus, mais tous désignés par le président de la République : 3 sur proposition de la Cour de cassation, 3 magistrats du siège sur proposition des cours et tribunaux, 1 conseiller d'État et 2 personnalités compétentes. On a donc privilégié les qualifications professionnelles, la magistrature devenant majoritaire dans la composition du Conseil (6 membres sur 11 au total).

Dans cette nouvelle configuration, le CSM possédait quatre sortes d'attributions : il faisait des « propositions » pour les nominations de magistrats du siège à la Cour de cassation et pour celles de Premier président de cour

d'appel et donnait un avis sur les nominations des magistrats du siège proposées par le garde des Sceaux ; il décidait sur les questions disciplinaires des magistrats du siège, dans ce cas hors la présence du président de la République et du garde des Sceaux (il était alors présidé par le premier président de la Cour de cassation). L'on notera qu'il avait été suggéré, lors des travaux préparatoires de la Constitution, de confier cette attribution à la Cour de cassation. Il pouvait être consulté par le président de la République sur tout problème intéressant l'indépendance de la magistrature et, enfin, donnait son avis en matière de grâces.

Mais la réforme du CSM, liée au renforcement de l'indépendance de la magistrature, allait être posée avec la première alternance politique, en 1981.

B . La réforme du Conseil supérieur de la magistrature

536. Dans cette perspective, le Comité consultatif pour la révision de la Constitution, dans son rapport du 15 février 1993, suggéra une réforme du CSM en vue de conforter l'indépendance des magistrats, conformément aux vœux du président de la République. Sans remettre en cause la présidence, par le chef de l'État, de l'institution, le Comité proposa, « dans le souci de donner au CSM une composition équilibrée », de ménager une place égale à des magistrats élus par leurs pairs et à des personnalités choisies par les présidents des deux Assemblées et par deux hautes juridictions. Le nouveau Conseil se verrait confier le pouvoir de nommer les magistrats du siège autres que ceux de la Cour de cassation et que les premiers présidents de cour d'appel. Il serait également compétent pour connaître « des conditions de fonctionnement de la justice et des problèmes tant individuels que généraux qui s'y rencontrent » et pourrait, à cette fin, « recevoir les plaintes et doléances tant des justiciables que des membres du corps judiciaire ». Ces propositions ont été partiellement reprises par la loi constitutionnelle n° 93-952 du 27 juillet 1993 révisant notamment l'art. 65 C.

Le CSM demeurait ainsi présidé par le président de la République, le garde des Sceaux en restant le vice-président, ce qui tendait à perpétuer l'ambiguïté initiale quant aux rapports du pouvoir gouvernemental avec l'autorité judiciaire. En revanche, la structure et la composition du CSM témoignaient désormais d'une « institution quasi émancipée » (J. Gicquel, « Le Conseil supérieur de la magistrature : une création continue de la République », art. cit., p. 294). Il comprenait deux formations, « l'une compétente à l'égard des magistrats du siège, l'autre à l'égard des magistrats du parquet » (art. 65 C.), dont le mandat des membres était de quatre ans, non renouvelable immédiatement : la formation compétente à l'égard des magistrats du siège comprenait, outre le président de la République et le garde des Sceaux, cinq magistrats du siège et un magistrat du parquet, un conseiller d'État et trois personnalités « n'appartenant ni au Parlement ni à l'ordre judiciaire » désignées respectivement par le président de la République, le président de l'Assemblée nationale et le président du Sénat. Cette formation examinait tous les dossiers de nomination et d'avancement. Elle faisait des propositions pour les nominations des magistrats du siège à la Cour de cassation, les premiers présidents de cour d'appel et les présidents de tribunal de grande instance, les autres magistrats du siège ne pouvant être nommés que sur son avis conforme. La même formation statuait aussi comme Conseil de discipline, mais elle était alors présidée par le premier président de la Cour de cassation.

La formation compétente à l'égard des magistrats du parquet comprenait cinq magistrats du parquet et un magistrat du siège, ainsi que toutes les autres personnalités précitées. Cette seconde formation était également compétente en matière de nomination et d'avancement, mais sous la forme d'un simple avis, et de discipline, cette fois sous la présidence du procureur général près la Cour de cassation.

537. Mais le CSM allait une fois de plus se trouver l'objet d'« un enjeu politique de la cohabitation de législature » après 1997 (J. Gicquel, « La justice. Un enjeu politique de la cohabitation de législature (1997- 2002) », *Mélanges Pierre Pactet*, Dalloz, 2003, p. 652 ; voir aussi P. Avril, « À propos de la réforme avortée du CSM », *Mélanges Pierre Pactet*, art. cit., p. 473).

Soucieux de renforcer, s'il en était besoin, l'indépendance de l'autorité judiciaire, plus particulièrement en vue de rendre effectif le principe de la présomption d'innocence et de garantir l'indépendance du parquet vis-à-vis du pouvoir gouvernemental, le président de la République installa, en janvier 1997, une commission de réflexion présidée par le premier président de la Cour de cassation. De son côté, le Premier ministre issu de la nouvelle majorité parlementaire, au printemps 1997, avançait l'idée d'une nouvelle réforme du CSM. À peine esquissée, cette nouvelle réforme constitutionnelle allait révéler des enjeux politiques contradictoires : « L'équivoque de l'inspiration se manifeste à la lecture de l'exposé des motifs du projet. Pour écarter les soupçons d'ingérences partisans, l'indépendance des magistrats doit être renforcée, symboliquement : c'est l'ensemble d'entre eux, y compris les procureurs généraux pour lesquels le CSM n'intervient pas, qui devaient être désormais nommés sur l'avis conforme de celui-ci. Mais, dans le même temps, les inquiétudes manifestées par les parlementaires devant la montée en puissance du corps judiciaire et face à l'aspiration à constituer un pouvoir dans l'État qui s'y exprime çà et là, ont incité à réviser la composition du CSM pour que, tout aussi symboliquement, les magistrats s'y trouvent minoritaires (10 sur 21 membres) » (P. Avril, « À propos de la réforme avortée du Conseil supérieur de la magistrature », art. cit., p. 474-475).

De fait et selon le projet de loi constitutionnelle adopté par l'Assemblée nationale en deuxième lecture, le 6 octobre 1998, la structure du CSM en deux formations distinctes de 15 membres chacune était conservée, contrairement à l'unicité voulue par le projet gouvernemental initial afin de mieux signifier l'unité du corps judiciaire. Le Conseil devait alors être composé de 23 membres, dont 10 magistrats élus seulement (5 du siège, 5 du parquet) 10 personnalités extérieures à la magistrature (le chef de l'État, les présidents des assemblées parlementaires et du CES en désignant 2 (les deux autres étant choisis conjointement par le vice-président du CE, le premier président de la C. cass et le premier président de la Cour des comptes) et 1 conseiller d'État. Le Conseil devait être toujours présidé par le président de la République, le garde des Sceaux en demeurant le vice-président.

Mais l'enjeu véritable, quant aux attributions du CSM, tenait à la question de la nomination des procureurs généraux, le gouvernement étant parvenu à vaincre les réticences du Sénat en donnant compétence au Conseil sous la forme d'un avis conforme. Or, « par-delà le geste médiatique, la nomination des procureurs généraux soulevait en effet des problèmes d'une tout autre ampleur. Comment, chargé de l'action publique et donc de l'application de la politique pénale du gouvernement, le parquet pourrait-il être indépendant de celui-ci ? » (P. Avril, art. cit., p. 476).

C'est cette contradiction qui aura expliqué que, le temps passant et les divergences entre les deux assemblées s'exacerbant, le président de la République, après avoir pour-tant convoqué le Parlement en Congrès pour le 24 janvier 2000, préféra finalement l'ajourner *sine die* le 19 janvier.

538. Il n'est donc pas étonnant que, compte tenu des velléités antérieures, la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 se soit à nouveau attachée à la rénovation du CSM., tant dans sa composition que dans ses attributions (nouvel art. 65 C. LO n° 2010-830 du 22 juillet 2010, Cons. Const., déc. n° 2010-611 DC du 19 juillet 2010). Il est ainsi mis fin

à la présidence de droit du président de la République et à la vice-présidence de droit du ministre de la Justice, mais ce dernier peut participer aux séances des formations du CSM, sauf en matière disciplinaire. Le nombre de membres extérieurs à la magistrature est porté à 7 dans chacune des deux formations du CSM, soit un avocat et 6 personnes n'appartenant pas non plus au Parlement, 2 étant nommées par le chef de l'État, et 2, respectivement, par les présidents des assemblées parlementaires, ces nominations étant soumises à la procédure de l'art. 13 C., dernier al. Le nombre de magistrats, quant à lui, demeure inchangé (6, outre un conseiller d'État). L'indépendance du CSM se trouve donc renforcée, dans la mesure où la présidence de la formation du siège est assurée par le Premier président de la Cour de cassation et celle du parquet par le Procureur général près la Cour de cassation. Il apparaît ainsi que les magistrats ne sont plus majoritaires dans cette nouvelle composition du CSM. Sur ce plan, le soupçon de corporatisme pesant sur l'institution judiciaire est venu contrebalancer l'argument tenant à sa nécessaire indépendance.

Si les attributions du CSM demeurent inchangées en ce qui concerne les magistrats du siège, la formation compétente à l'égard des magistrats du parquet est désormais compétente pour donner un avis sur l'ensemble des nominations qui les concernent, y compris celles auxquelles il est pourvu en Conseil des ministres, c'est-à-dire les plus hauts magistrats. Sur ce point, la révision de l'art. 65 C. ne va pas aussi loin que le projet d'avril 1998, qui prévoyait un avis conforme du CSM quant aux nominations de l'ensemble des magistrats du parquet. Les deux formations statuent également comme conseil de discipline. En outre, le nouvel art. 65 C. constitutionnalise l'existence de la formation plénière du CSM qui, jusqu'à présent, adoptait les rapports d'activité annuels et le recueil des obligations déontologiques des magistrats. Désormais, la formation plénière répondra aux demandes d'avis du chef de l'État au titre de l'art. 64 C., mais se prononcera aussi sur les questions relatives à la déontologie des magistrats et, sur saisine du ministre de la justice, au fonctionnement de la justice. Présidée par le Premier président de la Cour de cassation, elle comprendra alors six magistrats (trois du siège et trois du parquet), le conseiller d'État et l'avocat, ainsi que les six personnes qualifiées. Le nouvel art. 65 C., enfin, reconnaît à tout justiciable la possibilité de saisir le CSM dans les conditions fixées par l'art. 14 de la LO du 22 juillet 2010.

3 | L'AUTORITÉ JUDICIAIRE, GARDIENNE DES LIBERTÉS INDIVIDUELLES

539. L'art. 66 C., apparu tardivement dans le processus d'élaboration de C. 1958, « pose pour la première fois dans un texte constitutionnel français le principe de l'*habeas corpus* » (Y. Guéna, art. cit., p. 304).

C'est l'une des rares règles de fond que contient le texte de la Constitution.

Évoquer cependant le principe d'*habeas corpus* à propos de l'art. 66 ne doit pas induire en erreur, dans la mesure où la tradition judiciaire française a peu à voir avec le système britannique : si, en France, l'autorité judiciaire joue un rôle important, c'est en tant qu'elle apparaît comme un véritable service public et non pas comme une autorité politique ; les magistrats sont trop nombreux pour prétendre jouer un rôle politique, ils n'ont pas le même prestige qu'au Royaume-Uni.

L'art. 66 n'en évoque pas moins un principe déjà inscrit dans la DDHC de 1789, mentionnée par le Préambule : « Nul homme ne peut être accusé, arrêté ni détenu que dans les cas déterminés par la loi et selon les formes qu'elle a prescrites » (art. 7). De fait, l'apport essentiel de l'art. 66 tient à ce qu'il confie à l'autorité judiciaire le soin d'assurer le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi (art. 34 C.). Pour cela, l'autorité judiciaire est érigée en « gardienne de la liberté individuelle ».

Cette mission dévolue à l'autorité judiciaire a été précisée par le Conseil constitutionnel : « Considérant [...] qu'il appartient aux autorités judiciaires et administratives de veiller au respect intégral des règles et garanties prévues par le législateur, ainsi qu'aux juridictions compétentes de censurer et de réprimer, le cas échéant, les illégalités qui seraient commises et de pourvoir éventuellement à la réparation de leurs conséquences dommageables » (CC, déc. n° 86-211 DC du 26 août 1986, *Rec.*, p. 120). À partir de là, le juge constitutionnel a lui-même précisé, au fil de sa jurisprudence, le principe, le contenu et les modalités d'application de l'interdiction de la détention arbitraire et de la protection de la liberté individuelle.

S'agissant tout d'abord du principe de l'interdiction de la détention arbitraire, le Conseil constitutionnel a adopté une conception élargie de la détention, laquelle inclut la rétention administrative (CC, déc. n° 92-307 DC du 25 février 1992, *Rec.*, p. 48) ou judiciaire (CC, déc. n° 93-325 DC du 13 août 1993, *Rec.*, p. 224).

S'agissant, ensuite, de la protection de la liberté individuelle, le Conseil constitutionnel a préféré, sur ce plan, faire de l'art. 66 C. la réitération d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République, celui de la liberté individuelle (CC, déc. n° 76-75 DC du 12 janvier 1977 ; CC, déc. n° 76-75 DC du 12 janvier 1977, *Rec.*, p. 33), dont la sauvegarde, sous tous ses aspects, appartient à l'autorité judiciaire (CC, déc. n° 83-164 DC du 29 décembre 1983, *Rec.*, p. 67).

ORIENTATIONS BIBLIOGRAPHIQUES

540. L'affirmation d'un pouvoir juridictionnel sous la V^e République, sous l'impulsion, notamment, de la justice constitutionnelle, n'a pas seulement été saluée comme un progrès de l'État de droit, dans la mesure où la Constitution se trouvait enfin garantie en même temps qu'était établie la séparation des pouvoirs, donnant finalement tout son sens à l'art. 16 DDHC. Elle a aussi donné naissance à un courant doctrinal qui a cru voir dans la jurisprudence constitutionnelle la matrice d'un renouvellement du droit constitutionnel, pour ne pas dire d'un nouveau droit constitutionnel fondé sur la consécration d'un système harmonieux et ordonné de droits et libertés fondamentaux. Mais cette conception se nourrit d'une profonde confusion et dissimule une grande ambiguïté : celles-ci tiennent, en effet, à la notion même de justice. La justice n'est pas seulement une valeur et, à ce titre attachée à la condition naturelle de l'homme, elle est aussi une institution humaine. Le danger est alors de projeter sur l'institution la soif d'absolu que renferme l'idéal de justice. Ainsi érigée en idole, l'institution devient alors un pouvoir sacralisé, absolu et sans limite : « La justice absolue [...] détruit la liberté » (A. Camus, *L'Homme révolté*, Gallimard, 1951, p. 355).

Bien sûr, nul ne songerait à nier les mutations du droit constitutionnel contemporain, en France et ailleurs, dues à la généralisation de la justice constitutionnelle, et la fonction de pacification des sociétés politiques que ce phénomène a entraînée. Mais ce qui paraît inquiétant, selon le propos du doyen Vedel, « c'est qu'à partir de constatations exactes, on construise un univers juridique [...] dont la Constitution, son juge et ses commentateurs détiendraient toutes les clés et garderaient toutes les voies » (G. Vedel, « Propos d'ouverture », in *La Constitutionnalisation des branches du droit*, *op. cit.*, p. 14). Et d'ajouter que la Constitution n'est ni « une axiomatique génératrice de rigidités », ni un « livre sacré » (*ibid.*, p. 17) ; que, par conséquent, « le juge constitutionnel n'est pas un prophète ou un guide, il est un censeur » (*id.*), autrement dit un pouvoir institué par

la Constitution et soumis, pour cette raison, au pouvoir constituant. Mais il semble bien que ces remarques soient aujourd'hui très en deçà de la réalité. Si, en effet, la démocratie constitutionnelle contemporaine est synonyme d'État de droit là où est instituée une garantie juridictionnelle des droits et libertés fondamentaux, il apparaît aussi que celui-ci soit en passe de céder à « l'État des droits », la multiplication juridictionnelle des droits fondamentaux se nourrissant de leurs « revendications sans fin » (S. Goyard-Fabre, *L'État, figure moderne de la politique*, Armand Colin, « Cursus », 1999, p. 95). S'il y a bien, à cet égard, un « mythe de l'État de droit » (B. Luisin, « Le mythe de l'État de droit », *Mélanges François Borella*, Nancy, PUN, 1999, p. 249-266), celui-ci tient surtout à ce paradoxe qui voit « l'objectivisme du droit constitutionnel » contemporain sécréter « le subjectivisme des droits » (S. Goyard-Fabre, *L'État, figure moderne de la politique, op. cit.*, p. 97). En ce sens, les mutations des droits de l'homme en un « droit aux droits » provoquent d'autant plus une saturation de la démocratie constitutionnelle que celle-ci a elle-même perdu le monopole des droits de l'homme et se trouve concurrencée, sur ce plan, par des organisations internationales plus proches de l'universelle condition de l'homme (sur cette question de la prolifération des droits, voir Y. Attal-Galy, *Droits de l'homme et catégories d'individus*, LGDJ, « Bibliothèque de droit public », 2003, t. 237).

Ces propos sont autant de précautions que les étudiants doivent confronter aux lectures complémentaires au présent chapitre. Sous cet aspect, l'appréhension de la justice constitutionnelle a consacré une nouvelle discipline, que structurent à la fois le déroulement du « procès » en constitutionnalité et son objet, le contentieux des droits fondamentaux. Voir à ce sujet G. Drago, *Contentieux constitutionnel français*, Puf, « Thémis-Droit public », 3^e éd., 2011 ; D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, Montchrestien, 10^e éd., 2013. La consultation du site Internet du Conseil constitutionnel est indispensable (www.conseil-constitutionnel.fr) : l'on y trouvera en ligne le texte intégral des décisions du Conseil. Celles-ci sont publiées annuellement par les Éditions Dalloz dans le *Recueil des décisions du Conseil constitutionnel* ; les plus importantes ont été rassemblées dans *Les Grandes décisions du Conseil constitutionnel* (dir. L. Favoreu et P. Gaïa), Dalloz, 17^e éd., 2013. Il convient également de souligner l'importance que revêt la publication de l'ouvrage consacré aux *Grandes délibérations du Conseil constitutionnel 1958- 1983* (dir. B. Mathieu, J.-P. Machelon, F. Mélin-Soucramanien, D. Rousseau, X. Phi-lippe), Dalloz, 2^e éd., 2014. Véritable innovation du contentieux constitutionnel, menée à partir d'un considérable travail d'archives, dont le contenu permet de situer les événements fondateurs du magistère du Conseil (1971, 1974, 1981). Depuis 1996, le Conseil constitutionnel publie sa propre revue semestrielle, *Les Cahiers du Conseil constitutionnel* devenus, depuis 2010, *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*. Voir également les *Mélanges Louis Favoreu*, plus particulièrement les contributions rassemblées dans la première partie, « La justice constitutionnelle » (Dalloz, p. 39-510) ; revue *Constitutions* (trimestrielle, depuis 2010), Dalloz.

541. Enfin et pour prolonger les controverses à propos de l'institution : J. Robert, « Le Conseil constitutionnel a-t-il démérité ? », *Mélanges Pierre Pactet*, Dalloz, 2003, p. 861-881 ; M. Troper, « La logique de la justification du contrôle de la constitutionnalité des lois », *Mélanges Pierre Pactet*, Dalloz, 2003, p. 913-935 ; G. Braibant, « Le contrôle de la constitutionnalité des lois par le Conseil d'État », *Mélanges Gérard Conac*, Economica, 2001, p. 185-192. Mais ces controverses doivent aussi être replacées dans la perspective d'un système européen et international de protection des droits fondamentaux qui semble de plus en plus circonscrire le rôle du Conseil constitutionnel en la matière : P. Tavernier, « Le Conseil constitutionnel français peut-il échapper au contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme ? », *Mélanges Gérard Conac*, Economica, 2001, p. 255- 273 ; M.-F. Verdier, « Le Conseil constitutionnel face au droit supranational. Une fragilisation inéluctable ? », *Mélanges Dimitri Lavroff*, Dalloz, 2005, p. 297-327.