

Elina Lemaire

DANS LES COULISSES DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL.
COMMENT LE RÔLE DE GARDIEN DES DROITS ET LIBERTÉS
CONSTITUTIONNELLEMENT GARANTIS EST-IL CONÇU
PAR LES MEMBRES DE L'INSTITUTION ?

Si l'affirmation d'après laquelle le Conseil constitutionnel représente, dans l'équilibre institutionnel mis en place par la Constitution de 1958, le gardien privilégié des droits et libertés fondamentales est récurrente dans les médias et assez largement répandue dans la doctrine, elle est aussi un élément essentiel de la stratégie de communication de l'institution elle-même. Le discours officiel du Conseil en matière de protection des droits et libertés constitutionnellement garantis est, en effet, entendu : se faisant l'écho de la doctrine, des médias et de l'opinion publique, ses membres n'ont de cesse de marteler le rôle fondamental joué par leur institution dans ce domaine.

À lire ou entendre leurs témoignages, il est aisé de mesurer l'importance de cette dimension du rôle du juge constitutionnel à leurs yeux. C'est ainsi que, dès 1977, le président Roger Frey, dans un discours prononcé à l'occasion d'une visite du Président de la République rue de Montpensier, déclarait que « si l'histoire du Conseil constitutionnel est encore brève, elle n'en constitue pas moins un éloquent témoignage de la continuité et de l'efficacité de l'action qu'il a exercée, depuis sa création, *en faveur de la défense des libertés et de la protection des droits des citoyens* dans les différents domaines assignés à son contrôle par la Constitution »¹. Invité, en 1987, à participer à un colloque organisé à l'Université de Nanterre, le doyen Georges Vedel, qui siégeait alors au Conseil, affirmait également, dans sa communication, que « le juge constitutionnel est gardien [du] trésor » des droits de l'homme². De la même façon, dans un exposé portant

1. Cité par Gaston Palewski, *Mémoires d'action. 1924-1974*, éd. établie, annotée et présentée par Éric Roussel, Paris, Plon, p. 288. Roger Frey fut président du Conseil constitutionnel de mars 1974 à mars 1983.

2. « Le Conseil constitutionnel, gardien du droit positif ou défenseur de la transcendance des droits de l'homme », communication au colloque des 17-19 septembre 1987 organisé par l'Université de Paris X, *Pouvoirs*, Paris, PUF, n°45-1988, p. 153. Georges Vedel fut membre du Conseil

sur « [l]e rôle du Conseil constitutionnel français » présenté à l'occasion du cent-cinquantième anniversaire de l'État fédéral suisse, le président Yves Guéna déclarait : « je voudrais avancer une idée essentielle, selon laquelle l'influence majeure du Conseil constitutionnel sur le système politique français est précisément *d'avoir permis le passage de la Constitution – séparation des pouvoirs à la Constitution – garantie des droits*. Si la Constitution française est devenue l'acte des droits des gouvernés c'est parce que, décision après décision, *le Conseil utilise la Constitution pour construire une charte jurisprudentielle des droits et libertés, jamais close, qui s'enrichit après chaque décision consacrant un nouveau droit constitutionnel* »³. Trois ans plus tard, à l'occasion d'une communication prononcée dans le cadre d'un colloque organisé à Moscou, le même président du Conseil esquissait le « bilan de [ses] quarante années d'existence » qui ont permis à l'institution « de s'affirmer comme une véritable cour suprême protectrice des droits fondamentaux et actrice majeure de la consolidation de l'État de droit ». Prenant acte de ce « chang[ement] de nature »⁴ (déjà ancien) de l'institution et de l'infléchissement profond de sa mission, l'actuel Président du Conseil constitutionnel faisait quant à lui part à son auditoire de son souhait d'« inscrire [son] action » « dans cette orientation de profond attachement à la protection juridictionnelle des libertés »⁵, de la même manière que ses prédécesseurs : car, déclarait-il encore, « les soixante-dix membres qu'a compté [*sic*] le Conseil constitutionnel depuis l'origine ont été animés du même idéal, celui de la défense des droits et libertés. Tous ont conjugué leur talent et se sont rassemblés au service de valeurs communes, celles de la République et de l'État de droit »⁶.

La mission de gardien des droits et libertés est mise en avant de la même façon sur le site internet de l'institution, dans les pages qui sont consacrées à sa

constitutionnel de février 1980 à février 1989.

3. Communication du 13 juin 1998. Les textes cités des interventions des membres du Conseil constitutionnel peuvent être consultés sur le site Internet de l'institution. Yves Guéna a été membre du Conseil constitutionnel de janvier 1997 à mars 2004, et président du 1^{er} mars 2000 à la fin de son mandat.

4. Allocution du Président Yves Guéna au colloque organisé par le Conseil constitutionnel les 29 et 30 juin 2001 sur « La liberté d'association et le droit ».

5. Intervention de Jean-Louis Debré à l'occasion du colloque du 30 janvier 2009 consacré à l'ouverture des archives du Conseil constitutionnel.

6. Discours prononcé à l'occasion du cinquantième anniversaire de la mise en place du Conseil le 5 mars 2009. On pourrait multiplier les exemples. Un dernier retiendra notre attention : à la fin de son mandat, alors qu'il prenait la plume pour raconter son expérience au Conseil constitutionnel, Jacques Robert écrivait, dans les toutes premières pages de son ouvrage, que la « tâche fondamentale » du Conseil consiste à « défendre la justice et les libertés », *La garde de la République. Le Conseil constitutionnel raconté par l'un de ses membres*, Plon, 2000, p. 45. Jacques Robert fut membre du Conseil constitutionnel de mars 1989 à mars 1998.

présentation. On y lit par exemple qu'en « 1971, à l'occasion d'un jugement [*sic*] sur le droit des associations, le Conseil incorpore aux normes de référence le préambule de la Constitution, et par voie incidente, celui de la Constitution de 1946 et la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789. Cette avancée jurisprudentielle consacre le rôle du Conseil comme garant des droits et libertés »⁷. Dans cette même rubrique de présentation de l'institution, une page du site est même entièrement consacrée à la « mission » de protection des droits et libertés fondamentaux⁸. En revanche, le propos de l'institution qui « juge » – ou fait état de son activité de juge – est moins prolixe sur cette question. On est en peine de citer plus d'un communiqué de presse dans lequel il est expressément fait référence au rôle du Conseil constitutionnel en matière de protection de droits et libertés : il s'agit de celui livré à la presse à propos de la décision se prononçant sur la conformité à la Constitution de la loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet, dite Hadopi I (2009-580 DC du 10 juin 2009), dans lequel il est indiqué (de façon un peu surprenante, la précision étant parfaitement inutile eu égard au contexte et par ailleurs transposable à pratiquement tous les communiqués de presse) que « le Conseil constitutionnel, *gardien des droits et libertés constitutionnellement garantis*, a jugé que plusieurs des dispositions [des] articles 5 et 11 [de la loi] n'étaient pas conformes à la Constitution »⁹. Mais ce type d'affirmations ne se trouve, à notre connaissance, dans aucune des décisions rendues à ce jour par le Conseil constitutionnel, ce qui révèle – au moins – une retenue un peu curieuse.

Il reste que le discours officiel du Conseil constitutionnel et de ses membres est bien rôdé, et que l'affirmation du statut de l'institution en tant que gardien des libertés publiques et des droits fondamentaux en est un élément essentiel.

7. <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/le-conseil-constitutionnel/le-conseil-aujourd-hui/presentation-generale/presentation-generale.206.html>. Dans un document élaboré par les services du Conseil en 2005 et intitulé « Les missions du Conseil constitutionnel », il est encore indiqué qu'en 1958, « nul ne prévoyait [...] qu'à l'instar des Cours constitutionnelles américaines ou européennes, le Conseil constitutionnel serait amené à occuper la place prééminente qui est aujourd'hui la sienne dans l'équilibre institutionnel et dans la protection des libertés fondamentales », p. 1 (<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/le-conseil-constitutionnel/pour-en-savoir-plus/le-role-et-le-fonctionnement-du-conseil-constitutionnel/i-le-role-et-le-fonctionnement-du-conseil-constitutionnel.4714.html>).

8. <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/le-conseil-constitutionnel/pour-en-savoir-plus/la-protection-des-droits-et-libertes-fondamentaux/la-protection-des-droits-et-libertes-fondamentaux.4728.html>.

9. Le texte de ce communiqué peut être consulté sur le site Internet du Conseil constitutionnel, à l'adresse suivante : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2009/2009-580-dc/communiquede-presse.45951.html> (nous soulignons).

Plusieurs questions peuvent, dans ces circonstances, être légitimement posées : n'y a-t-il pas, d'abord, par-delà le discours institutionnel, un certain décalage entre l'image que le Conseil livre de sa fonction de gardien des libertés, fonction qui est officiellement présentée comme l'une de ses préoccupations fondamentales, et la manière dont sont effectivement élaborées ses décisions ? Autrement dit, relève-t-on, en observant le fonctionnement *interne* de l'institution, que la considération ou le souhait de la protection des droits et libertés sont déterminants dans la production de la jurisprudence ? Ou bien faut-il considérer, au contraire, que d'autres arguments, plus prudentiels, pèsent dans l'élaboration des décisions du Conseil au détriment des considérations relatives à la protection des droits et libertés fondamentaux – parfois même contre le souhait de ses membres ? Le propos de cette étude, on l'aura compris, ne sera pas de décrypter tel ou tel aspect de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, mais de tenter de mettre à jour, en plongeant dans les coulisses de l'institution, en analysant notamment le discours de l'institution sur elle-même (c'est-à-dire en se fondant sur un corpus composé de témoignages de membres ou d'anciens membres et des procès-verbaux des délibérations plénières), le poids réel dans l'élaboration des décisions de l'argument de la protection des droits et libertés, par rapport à d'autres considérations, qui ne sont pas toujours officiellement invoquées, mais dont le poids est peut-être encore davantage déterminant.

Une remarque liminaire s'impose : tenter de mettre à jour le fonctionnement interne de l'institution n'est pas chose aisée. Comme le déclarait devant ses collègues le 25 avril 2001 le président Yves Guéna lors du traditionnel dîner de « corps » organisé au Conseil constitutionnel, « il y a tout ce qui se proclame et que l'on sait à l'extérieur, mais aussi ce qui se chuchote et que nous seuls savons ; et l'indicible, enfin, ce trésor caché que même les plus experts dans la doctrine ne peuvent soupçonner. C'est tout cela le Conseil constitutionnel »¹⁰. Au terme de cette enquête, il serait difficile de mieux résumer la situation à laquelle est confronté le chercheur qui tente de percer les mystères de la formation de la jurisprudence constitutionnelle. Car au fond, on ne sait de ce qui se passe réellement au Conseil constitutionnel que ce que les membres et les archives de l'institution (en réalité, principalement les procès-verbaux des délibérations) veulent bien révéler : c'est-à-dire, il faut bien l'avouer, pas grand chose. Bien entendu, le désarroi du chercheur à l'issue de ses recherches ne constitue qu'une demi-surprise. Car il sait d'avance que toute enquête sur le fonctionnement interne du Conseil constitutionnel va se heurter, de façon inévitable, à un obstacle important : celui du secret des délibérations.

10. « Déclaration du président Yves Guéna au dîner du Conseil constitutionnel du 25 avril 2001 », in Yves Guéna, *Écrits et discours, III. 10 années de vie publique 1997/2007*, Périgueux, La Lauze, 2008, p. 45.

Le secret des délibérations, qui est un principe classique de toute procédure juridictionnelle, comporte une double dimension. D'une part, il interdit toute communication de pièces de procédure du Conseil, que la demande de communication soit formulée par un particulier¹¹, ou par une autorité publique : c'est ainsi que par une décision *Perdrix* du 10 novembre 1998¹², le Conseil constitutionnel a refusé de communiquer au juge d'instruction qui lui en faisait la demande un rapport présenté devant la section d'instruction du Conseil statuant comme juge électoral, au motif que ce rapport, qui « ne peut être regardé comme une pièce détachable » des délibérations, était, comme elles, couvert par le secret. D'autre part, le secret impose aux membres de l'institution un devoir de réserve. L'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel prévoit ainsi, dans son article 3, et afin de garantir l'autorité des décisions de l'institution mais aussi l'indépendance et la dignité des fonctions de ses membres, qu'« avant d'entrer en fonction, les membres nommés du Conseil constitutionnel prêtent serment devant le Président de la République. Ils jurent de bien et fidèlement remplir leurs fonctions, de les exercer en toute impartialité dans le respect de la Constitution et de *garder le secret des délibérations et des votes et de ne prendre aucune position publique, de ne donner aucune consultation sur*

11. Hier comme aujourd'hui, la règle de la non-communication des pièces de procédure pouvait être aménagée principalement au profit de chercheurs menant une enquête historique ou juridique sur le Conseil constitutionnel. Ainsi, dans sa décision du 27 juin 2001 portant règlement intérieur sur les archives du Conseil constitutionnel (*Recueil*, p. 205 ; V. Pascale Gonod, « Les archives du Conseil constitutionnel : remarques sur la décision du 27 juin 2001 », *Recueil Dalloz*, 2001, p. 2603), le Conseil, après avoir, dans le premier article du dispositif, fixé à soixante ans le délai au delà duquel pourront être librement consultés les comptes-rendus des séances de délibérations, ouvrait, dans l'article 2, une possibilité de dérogation en permettant à son président, après délibération des autres membres, à autoriser la consultation des documents « dans les conditions qu'il détermine ». Cette possibilité de consultation exceptionnelle et anticipée des archives du Conseil constitutionnel est maintenue par la loi organique n°2008-695 du 15 juillet 2008, relative aux archives du Conseil constitutionnel. Dorénavant, et conformément aux dispositions de l'article L 213-3 du Code du patrimoine (dont l'article 58 modifié de l'ordonnance du 7 novembre 1958 précise qu'il s'applique « aux archives qui procèdent de l'activité du Conseil constitutionnel »), l'autorisation de consultation des archives du Conseil avant l'expiration du délai de libre consultation peut être délivrée par l'administration des archives « après accord de l'autorité dont émanent ces documents ». Pour autant, cette consultation anticipée ne doit, en aucun cas, conduire à une remise en cause du secret du délibéré. C'est pourquoi, comme le rappelait le rapporteur du projet de loi organique relative aux archives du Conseil devant le Sénat, « l'accès aux documents est subordonné à l'engagement préalable de l'intéressé de ne rien révéler des interventions individuelles ni de la répartition des votes et de ne rapporter publiquement aucune autre information confidentielle dont il aurait eu connaissance à l'occasion de cette consultation », <http://www.senat.fr/rap/107-146/107-1465.html#toc200>.

12. *Recueil* p. 300 ; *AJDA*, 1999. 247, note Jean-Pierre Camby.

les questions relevant de la compétence du Conseil ». Cette obligation s'impose à tous les membres du Conseil constitutionnel en fonctions – à l'exception, semble-t-il, des membres de droit, conformément au vœu formulé en 1958 par le président René Coty – et elle ne disparaît pas après l'expiration de leur mandat : les membres et anciens membres du Conseil constitutionnel sont en principe contraints de rester parfaitement muets sur leurs activités au sein de l'institution.

L'obstacle méthodologique est donc de taille, et l'exercice peut s'avérer périlleux pour qui veut étudier le fonctionnement interne de l'institution, par-delà la seule vitrine des décisions, des communiqués de presse et des diverses déclarations publiques des membres du Conseil constitutionnel. Pour autant, une enquête dans ses coulisses ne semblait pas, pour plusieurs raisons, vouée à l'échec. D'une part en effet, la publication récente (en 2009) d'une partie de ses délibérations¹³ couvrant la période 1959-1983, rendue possible par la réduction, en 2008, à vingt-cinq ans du délai au delà duquel les archives de l'institution peuvent être librement consultées, ouvrait un chantier passionnant d'enquête sur les conditions d'élaboration des décisions. D'autre part, la publication l'année suivante et à un mois d'intervalle de deux livres de membres sortants du Conseil constitutionnel, Pierre Joxe¹⁴ et Dominique Schnapper¹⁵, devait, dans une certaine mesure, livrer un éclairage nouveau sur le fonctionnement non visible de l'institution – c'est en tout cas ce que les articles de la presse écrite, relatant ces parutions, laissaient entendre et espérer.

À l'issue de la lecture minutieuse des textes des délibérations publiées, il convient dans un premier temps de noter que, contrairement à la profusion de références au rôle de gardien des libertés que l'on trouve dans le discours institutionnel officiel du Conseil et de ses membres, leurs procès-verbaux sont extrêmement pauvres en assertions de cette sorte, ce qui constitue déjà un élément intéressant¹⁶ – même si, il est vrai, seules douze années de délibérations ont été

13. Bertrand Mathieu, Jean-Pierre Machelon, Ferdinand Melin-Soucramanien, Dominique Rousseau, Xavier Philippe, *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel 1958-1983*, Paris, Dalloz, 2009, 473 p.

14. Membre de mars 2001 à mars 2010.

15. Membre de mars 2001 à mars 2010.

16. C'est ainsi qu'en 1971, François Luchaire déclarait, dans la séance consacrée à l'examen de la loi complétant la loi de 1901, que « lorsque l'on compare le Conseil constitutionnel aux autres juridictions qui, dans le monde, exercent une activité semblable, on dit toujours que le Conseil est l'organe régulateur de l'activité des pouvoirs publics alors que les autres institutions étrangères sont les défenseurs des libertés. Aujourd'hui le Conseil doit donc faire très attention car par l'affaire dont il a à connaître il retrouve cette tâche de défenseur des libertés », *Les grandes délibérations...*, *op. cit.*, p. 215. Deux ans plus tard, au cours de la séance qui devait aboutir à la décision *Taxation d'office* (n° 73-51 DC), le président Gaston Palweski, prenant acte du nouveau rôle endossé par le Conseil constitutionnel, qualifiait ce dernier de « barrière de la défense des droits individuels », *ibid.*, p. 224.

rendues publiques après la décision du 16 juillet 1971, véritablement fondatrice d'une nouvelle dimension du contrôle de constitutionnalité. À cet égard, il convient néanmoins de garder à l'esprit que ce corpus des procès-verbaux des séances des délibérations est tout à fait particulier et qu'il ne peut, de ce fait et à lui seul, révéler avec précision le processus d'élaboration de la jurisprudence constitutionnelle, et ce pour plusieurs raisons. D'abord, parce que *tout ne se dit pas* lors de ces séances : il y a des considérations – autres que juridiques ou même politiques – qui peuvent peser de façon déterminante sur la prise de décision, et dont il est manifestement impossible aux conseillers de faire publiquement part à leurs collègues. Ensuite parce que de façon tout aussi évidente, *tout ne se fait pas* lors des séances plénières. Autrement dit, l'ensemble composé de la décision et du procès-verbal de la séance ayant précédé son adoption ne représente que la partie simplement émergée de « l'iceberg » : comme pour tout organe collégial, les avis et positions de chaque membre sont pour partie façonnés en amont du moment de la prise de décision, à l'occasion d'échanges informels sans doute décisifs mais dont la teneur ne peut, en principe, qu'échapper à l'observateur extérieur¹⁷.

Quant aux informations récoltées dans les écrits, les discours, les interviews ou les biographies¹⁸ de membres et anciens membres du Conseil constitutionnel, elles n'éclaircissent en général que très partiellement le fonctionnement interne de l'institution. Dans leur immense majorité, les conseillers respectent en effet la règle de silence qui leur est imposée, et l'interprètent même de façon extensive. De ce fait, ils ne livrent pratiquement aucun détail sur leur expérience de neuf ans, pas plus qu'ils ne font publiquement part d'éventuelles opinions « différentes » ou « dissidentes » – auxquelles ils sont d'ailleurs, pour la plupart, fermement opposés. Cette réserve ne prend pas fin avec l'achèvement du mandat : même après avoir quitté le Conseil constitutionnel, les anciens conseillers n'émettent pratiquement jamais de réserves publiques sur les décisions de leurs successeurs¹⁹. C'est pourquoi, en général, l'évocation des souvenirs du temps passé rue

17. V. à ce sujet l'ouvrage de Dominique Schnapper, *Une sociologue au Conseil constitutionnel*, Paris, Gallimard, 2010, pp. 28-29.

18. Les mémoires de Léon Noël et, dans une moindre mesure, ceux de Gaston Palewski mis à part, tous les écrits biographiques ou autobiographiques des anciens membres de l'institution sont extrêmement pauvres d'informations sur leur séjour au Conseil.

19. Un contre-exemple récent : il y a deux ans, Robert Badinter et surtout Pierre Mazeaud devaient exprimer leur désaccord avec la décision n° 2008-562 DC du 21 février 2008, *Loi relative à la rétention de sûreté*. Dans un entretien accordé au journal *Le Monde*, Robert Badinter reconnaissait ainsi à demi-mot que si « le Conseil a [...] retiré une partie du venin de la loi », il a également « accepté le principe de la détention pour dangerosité, hors toute commission d'infraction », ce qu'il déplorait (« Une période sombre pour notre justice », *Le Monde*, édition du 24 février 2008). Pierre Mazeaud se montrait quant à lui plus incisif, en déclarant dans un entretien publié au *Nouvel Observateur* que « le Conseil constitutionnel vient de valider une mauvaise loi ». « Le Conseil

de Montpensier est faite d'anecdotes qui ne présentent aucun intérêt pour le juriste²⁰, et qui révèlent à la fois une conception quelque peu idéalisée du mandat, et une vision angélique de l'institution²¹.

Pour être complet, il convient enfin de souligner que ce corpus de textes n'a pu être utilement complété par la fréquentation des archives privées. On trouve, aux Archives Nationales, quatre fonds d'archives d'anciens membres du Conseil constitutionnel : les fonds René Cassin (382 AP), Bernard Chenot (406 AP)²², Gaston Palewski (547 AP)²³ et Vincent Auriol (552 AP)²⁴. L'état sommaire de ces fonds d'archives révèle qu'outre le carton 77 du fonds Palewski, consacré à sa présidence du Conseil constitutionnel (mais consultable uniquement sur autorisation), les autres cartons – qui, au demeurant, ne concernent que la période antérieure à 1974 – ne semblaient pas, *a priori*, contenir de documents susceptibles d'éclairer cette enquête de façon substantielle. C'est pourquoi le parti a été pris de ne pas les consulter.

Bien que relativement épars, les éléments récoltés dans ce corpus ont rapidement révélé que par-delà le discours officiel, la préoccupation de la protection des droits et libertés n'est pas centrale dans les débats. Il est notamment – et très nettement apparu – que les membres du Conseil constitutionnel ne croyaient pas toujours avoir la *faculté* de censurer la loi (I) ; mais aussi qu'ils n'avaient parfois pas, de leur propre aveu, la *volonté* de censurer la loi, alors même qu'un droit ou une liberté constitutionnellement garantis pouvaient être menacés (II).

constitutionnel, précisait-il également plus loin, valide la rétention, en expliquant qu'il ne s'agit pas d'une mesure pénale. Mais en s'opposant à la rétroactivité, il suggère qu'on est quand même dans le pénal : ce n'est qu'en matière pénale que la non-rétroactivité est un principe constitutionnel ! Tout ceci est confus juridiquement » (résumé de l'entretien sur le monde.fr, édition du 28 février 2008).

20. À cet égard, le numéro 25 (2008) des *Cahiers du Conseil constitutionnel* (dossier spécial 50^{ème} anniversaire, qui comprend de nombreux témoignages d'anciens membres), est très révélateur. On y apprend beaucoup de choses sur le sapin de Noël dressé en fin d'année dans le hall du Conseil, sur le déroulement des déjeuners entre conseillers, sur leurs horaires de travail, sur les amitiés qui se lient rue de Montpensier... – et c'est à peu près tout.

21. V. par exemple les textes d'Alain Lancelot « Où il est question de bonheur au sommet de l'État » et de Jean-Claude Colliard, « Neuf ans de bonheur », des *Cahiers du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, n° 25, 2008, pp. 22 et s. et 32 et s. Alain Lancelot a été membre du Conseil constitutionnel d'avril 1996 à mars 2001 ; Jean-Claude Colliard l'a été de mars 1998 à mars 2007.

22. Membre de mai 1962 à juillet 1964.

23. Président de mars 1965 à mars 1974.

24. Membre de droit.

I. Contraintes

Sans doute serait-il ici possible de multiplier les exemples de contraintes, en vérité très diverses (elles peuvent être de nature politique, juridique, institutionnelle, voire psychologique), qui pèsent, de leur propre aveu, sur les membres du Conseil constitutionnel, et qui peuvent fréquemment les conduire à se montrer cléments à l'égard de la loi. Dans un colloque consacré au quarantième anniversaire du Conseil, le doyen Vedel expliquait par exemple que « quand on entre dans un système de logique (que d'autres appelleront simplement une déontologie), toute une série de données vont faire que contre soi-même, contre ce qu'on voudrait faire, contre ce qu'on pourrait faire, qu'on désirerait faire, on fait le contraire. Et on fait le contraire à cause de ce que certains appelleraient le scrupule juridique, d'autres la cohérence, etc. J'ai vécu personnellement ceci au Conseil constitutionnel, non pas dans tous les cas, mais dans un certain nombre de cas »²⁵.

Le propos sera ici limité à deux types de considérations dont il est apparu, par la fréquence de leur invocation dans les divers témoignages d'anciens membres et à la lecture des procès-verbaux publiés des séances plénières, qu'elles occupaient, régulièrement, une place décisive dans la prise de décision : ce sont, d'une part, des contraintes proprement humaines qui pèsent sur le Conseil comme sur tout autre organisme collégial (A) ; et d'autre part, les contraintes juridiques qui relèvent de la politique jurisprudentielle de l'institution (B).

A. La part de l'indicible : les contraintes psychologiques

Les éléments évoqués ici pourront sembler anecdotiques : cela ne signifie pas qu'ils ne sont pas importants. Il y a en effet des considérations extra-politiques et extra-juridiques qui, si elles ne constituent pas forcément des préoccupations fondamentales des membres du Conseil constitutionnel, sont susceptibles de peser de façon parfois significative sur la prise de décision. Certains de ces éléments sont communs à toutes les assemblées, à tous les organismes collégiaux ; d'autres, en revanche, sont propres au Conseil constitutionnel, et tiennent à son histoire, à sa composition, ou à sa mission particulière.

Comme la plupart des institutions, le Conseil est avant tout un être collectif, fait des hommes et des femmes qui l'animent, qui le font parler et agir. De ce simple fait, sa mécanique interne ne peut être celle d'une horloge parfaitement réglée. À cette première insuffisance structurelle s'en ajoute une autre, que l'on

25. *Le Conseil constitutionnel à 40 ans*, Paris, Conseil constitutionnel-LGDJ, 1999, p. 148. Par « cohérence » il faut aussi bien entendu comprendre cohérence et donc stabilité, dans une certaine mesure, de la jurisprudence.

rencontre également dans toute assemblée. La collégialité implique en effet que des facteurs de psychologie, individuelle mais aussi et surtout collective – dont il est extrêmement difficile d’avoir connaissance, puisque la plupart du temps ils ne sont pas évoqués lors des séances plénières – interviennent lors de la prise de décision. On trouve, dans les délibérations publiées, un exemple de ce type de « dysfonctionnements », qui se manifeste dans cette affaire par la pression exercée par le rapporteur sur ses collègues afin de les rallier à sa position. Lors de la séance du 11 août 1960, consacrée à l’examen de la constitutionnalité de la loi de finance rectificative, Jean Gilbert-Jules²⁶, qui rapportait sur le texte, tentait de convaincre ses collègues que le Conseil constitutionnel pouvait (et devait) se prononcer sur la conformité de l’ensemble de la loi par rapport à la Constitution, sans se sentir lié par les termes de la saisine du Premier ministre, qui contestait, pour sa part, la constitutionnalité de seulement deux des articles de la loi. Ce jour-là, la question de savoir si le Conseil pouvait statuer *ultra petita* a donné lieu à de très vifs débats. La proposition du rapporteur ayant finalement été rejetée, ce dernier, nous apprennent les *Grandes délibérations*, « demande à M. le président d’être déchargé de sa fonction ; il déclare qu’il ne pourra pas signer une telle décision. M. le président Léon Noël, lit-on dans le procès-verbal de la séance, est surpris par cette manifestation d’amour-propre ; il précise à M. le rapporteur qu’une décision est celle du Conseil et non celle du rapporteur. M. le rapporteur répète qu’il ne lui sera pas possible de signer. M. le président Coty observe qu’il y a là une question de principe et que ce n’est pas la première fois qu’une décision est rendue contre les conclusions du rapporteur. M. le rapporteur explique que s’il était en désaccord sur un point mineur, son attitude serait différente. M. le président Léon Noël rappelle que l’effet de la signature du rapporteur est d’authentifier la décision rendue par le Conseil ; il estime que l’attitude de M. le rapporteur signifie un blâme adressé aux autres membres. [...] M. le rapporteur répète que la question en litige est à ses yeux capitale. [...] M. le président Léon Noël invoque le devoir de solidarité de M. le rapporteur et lui demande de se souvenir de ses appels à la conciliation au cours de certaines discussions passionnées qui se déroulaient dans d’autres Conseils. Il observe qu’ayant accepté d’être rapporteur, il doit signer la décision. M. le rapporteur remarque qu’il suffit de le remplacer... »²⁷. Comme l’explique Mme Schnapper, les « incidents » de ce type sont assez fréquents rue de Montpensier – ce qui, somme toute, est encore une fois relativement banal. « Les négociations entre conseillers avant la séance plénière font appel, d’abord, à des arguments de droit, note-t-elle ainsi dans son ouvrage. Mais au cours des discussions sont parfois mobilisées des réflexions sur l’opportunité de la décision [...]. Le destin même et le prestige de l’institution peuvent aussi être invoqués [...].

26. Il fut membre du Conseil constitutionnel de mars 1959 à mars 1968.

27. *Les grandes délibérations...*, op. cit., pp. 70-71.

Il peut même arriver qu'on fasse appel aux sentiments et à la solidarité du groupe, même si, dans ce cas, on le fait sur le ton de la plaisanterie en marquant ostensiblement sa distance avec un argument aussi peu juridique : « On ne peut pas faire de peine » au rapporteur, qui peut-être « a de gros ennuis de santé », « on lui a déjà refusé telle décision ». On veut parfois éviter d'imposer deux échecs lors d'une même plénière à un conseiller, surtout s'il est prestigieux. On « n'a pas osé », selon la formule d'un conseiller à la sortie d'une réunion plénière, refuser d'inscrire un visa évidemment indéfendable à un autre conseiller tout auréolé de sa gloire extérieure. Quelle décision n'a pas été adoptée parce que le rapporteur n'en dormait plus depuis des semaines et qu'on ne voulait pas se sentir responsable de son effondrement psychologique ? Ou bien parce qu'un des conseillers ayant permis l'adoption d'une décision lors de la réunion plénière précédente par son revirement pendant le délibéré, il aurait été par trop désobligeant de ne pas se ranger à son avis lors de la séance suivante ? Un conseiller n'a-t-il pas voté contre une décision qu'il approuvait parce qu'il s'était si souvent démarqué d'un de ses amis politiques au cours des séances précédentes qu'il devait, cette fois, manifester sa solidarité avec lui ? [...] Une décision n'a-t-elle pas finalement été adoptée parce que plusieurs conseillers craignaient, si on s'opposait à un rapporteur très engagé dans sa proposition de conformité ou de censure, de susciter des mesures de rétorsion lors d'une décision plus grave qui devait être débattue la semaine suivante ? Ou parce que des conseillers avaient un « compte à régler » avec le ministre responsable de la loi ou même avec le chef du gouvernement ? Ou avec le secrétaire général qui appuyait trop clairement le projet du rapporteur ? [...] Ou parce que le rapporteur avait menacé de donner sa démission du Conseil s'il n'était pas suivi ? (L'aurait-il fait ?...) Ou encore parce qu'un conseiller, devant la passion manifestée par certains de ses collègues, a voulu préserver la bonne atmosphère de la maison ? »²⁸. A cette longue liste de motifs qui peuvent conduire les conseillers à pencher dans tel ou tel sens indépendamment de considérations strictement juridiques, on pourrait encore ajouter le souhait de ne pas déplaire au président de l'institution, celui de ne pas s'opposer, surtout si la nomination est récente, à la décision d'une majorité de membres considérés, à tort ou à raison, comme plus expérimentés, voire plus compétents, ou encore tout simplement le désir de ne pas être en minorité : au Conseil constitutionnel, le vote se fait à main levée, de sorte que tout le monde sait comment chacun a voté²⁹ – ce qui constitue forcément un frein pour certains des conseillers.

28. *Une sociologue...*, op. cit., pp. 276-277.

29. Pierre Joxe note ainsi dans son ouvrage qu'à certaines reprises, tel ou tel conseiller qui partageait son point de vue n'osait pas exprimer son accord au moment du vote, *Cas de conscience*, Genève, Labor et Fidès, 2010, p. 185.

Plus importantes par leur nombre, les contraintes juridiques qui pèsent sur le Conseil constitutionnel le sont aussi par leur poids déterminant dans la prise de décision.

B. Le poids des éléments de politique jurisprudentielle : quelques exemples de contraintes juridiques

Il est certains axes de la politique jurisprudentielle du Conseil constitutionnel qui sont particulièrement saillants à la lecture à la fois des témoignages de ses anciens membres, mais aussi des délibérations publiées. C'est ainsi que depuis plus de cinquante ans et afin, principalement, d'assurer la légitimité et la pérennité d'une institution nouvelle et parfois encore fragile, les « sages » de la rue de Montpensier ont été contraints de tenir compte du contexte dans lequel leurs décisions étaient élaborées et, ce qui est en partie lié, de la façon dont elles seraient reçues. De façon constante, les membres du Conseil constitutionnel se sont ainsi montrés très sensibles aux impératifs liés à la sécurité juridique qui donnent un relief particulier à la jurisprudence antérieure, et aux répercussions de leurs décisions. De ce point de vue, ils ont surtout veillé, de façon constante, à ne pas prêter le flanc à l'accusation de « gouvernement des juges », ce qui les a parfois conduit et les conduit sans doute encore à transiger avec les droits et libertés constitutionnellement garantis.

1) Respecter la jurisprudence

Dans le témoignage qu'elle livrait sur son passage au Conseil constitutionnel à l'occasion du cinquantième anniversaire de l'institution, Monique Pelletier, qui fut membre de mars 2000 à mars 2004 (en remplacement de Roland Dumas, démissionnaire), faisait part à ses lecteurs de l'étonnement qui avait été le sien lorsqu'elle avait constaté le poids de la jurisprudence (celle du Conseil constitutionnel lui-même, bien entendu, mais aussi celle du Conseil d'État³⁰), dans l'élaboration des décisions : « Quelques étonnements, toutefois, de ma part, notait-elle ainsi : – La révérence absolue de la majorité des Sages envers le Conseil d'État. Il ne fallait en aucun cas risquer de le contredire, sous peine de l'offenser. – L'attachement du Conseil à sa propre jurisprudence. Celle des tribunaux et

30. Pour un exemple concret V., lors de la séance du 16 juillet 1971 consacrée à la préparation de la décision n° 71-44 DC, *Liberté d'association*, la référence faite par l'un des membres du Conseil constitutionnel à la jurisprudence du Conseil d'État ayant reconnu valeur constitutionnelle à la liberté d'association, *Les grandes délibérations...*, *op. cit.*, p. 215.

cours judiciaires [*sic*] évolue au fil des ans. Le Conseil tient sa jurisprudence pour immuable »³¹.

Le problème de la continuité et de la stabilité des solutions jurisprudentielles n'est évidemment pas propre au juge et à la jurisprudence constitutionnels : elle concerne tout juge disposant d'une liberté d'interprétation, c'est-à-dire, en réalité, tous les juges. Or, de ce point de vue, et comme l'écrit de façon très percutante le professeur Amssek, « le pouvoir du juge est à la mesure de sa modération »³². C'est ce qu'ont parfaitement compris les membres du Conseil constitutionnel dès la mise en place de l'institution comme le révèlent à la fois les procès-verbaux des séances plénières³³ et les témoignages des conseillers. C'est ainsi que dans ses vœux adressés au Président de la République le 5 janvier 1987, Robert Badinter déclarait : « tout analyste sérieux de nos décisions ne peut que constater qu'elles trouvent leurs racines dans la jurisprudence antérieure du Conseil. La continuité plus que le changement marque notre démarche. Sans doute sommes-nous toujours soucieux de mieux définir et de faire progresser l'État de droit. Mais ces progrès, nous les concevons dans la continuité de notre jurisprudence, car l'harmonie et la sécurité juridiques sont à ce prix »³⁴. La contrainte liée au poids du précédent est également palpable dans le compte-rendu des délibérations du Conseil : il est relativement fréquent, dans les procès-verbaux publiés, de trouver des propos insistant sur le « souci [...] de ne pas faire apparaître de contradiction avec la précédente jurisprudence du Conseil »³⁵, ou des appels à éviter les

31. « Quatre années trop courtes », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, n° 25, 2008, p. 37. Cette information est confirmée par les éditeurs des grandes décisions : le Conseil constitutionnel s'inspirerait « nettement des méthodes du Conseil d'État », *Les grandes délibérations...*, *op. cit.*, pp. 12-13, mais aussi par un ancien membre du Conseil constitutionnel : Georges Vedel, « Réflexions sur quelques apports de la jurisprudence du Conseil d'État à la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Mélanges Chapus. Droit administratif*, Paris, Montchrestien, 1992, pp. 647 et s. V., à ce sujet, l'étude de Séverine Leroyer, *L'apport du Conseil d'État au droit constitutionnel de la Vème République. Essai sur une théorie de l'État*, thèse, Université de Caen, 2010, notamment pp. 586 et 651 et s.

32. « La liberté d'interprétation du juge constitutionnel », in Amssek, Paul (dir.), *Interprétation et droit*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 245.

33. *Les grandes délibérations...*, *op. cit.*, pp. 10-11, pp. 41-42, pp. 339-340, etc.

34. Cité par Paul Cassia, *Robert Badinter : un juriste en politique*, Paris, Fayard, 2009, p. 406. V., dans le même sens, l'interview de Dominique Schnapper publiée par le journal *Le Monde*, édition du 16 février 2010 : Le Conseil, déclare-t-elle, est « tenu [...] par sa jurisprudence qui ne saurait être bousculée, sauf à [le] rendre [...] imprévisible et à le voir perdre toute légitimité. Il ne peut pas dire blanc en 2002 et noir en 2007. Les infléchissements de jurisprudence sont évidemment possibles, mais ils ne peuvent être que progressifs et fondés ».

35. Séance du 26 juin 1969, décision n° 69-55 L, Protection des sites, *Les grandes délibérations...*, *op. cit.*, p. 196.

« revirements » autres « qu'exceptionnels et mûrement réfléchis »³⁶. Comme le déclarait solennellement Louis Gros à ses collègues en les appelant à la prudence lors de la séance du 22 juillet 1980 consacrée à l'examen de la loi portant validation d'actes administratifs, « nous serons les enfants de nos décisions, elles nous lieront pour l'avenir »³⁷.

Comme le rappelle Noëlle Lenoir³⁸ aux yeux de qui « le « culte du précédent » » représente presque « un impératif kantien pour le juge constitutionnel », la plupart du temps, « le respect du précédent est une garantie pour le législateur dont les actes sont contrôlés, une sécurité pour les citoyens dont les droits fondamentaux sont protégés et un facteur de légitimité pour le juge mis ainsi à l'abri du reproche d'arbitraire »³⁹. Mais le souci de continuité et de cohérence jurisprudentielle peut aussi, de l'avis des éditeurs des grandes délibérations, pousser le Conseil à « masquer ses propres contradictions » afin d'éviter de se « discréditer » ou de se « déjuger »⁴⁰ ; car ce sont alors la légitimité et la crédibilité de l'institution qui sont évidemment en cause. Combiné avec la véritable hantise qu'éprouvent les membres du Conseil d'être accusés de gouverner à la place des organes expressément habilités par la Constitution, ce souhait d'assurer une cohérence des solutions jurisprudentielles peut conduire le juge constitutionnel, de l'aveu même de l'un de ses présidents, à faire preuve de « retenue [dans] sa jurisprudence »⁴¹. Dans son ouvrage, Mme Schnapper relate ainsi le désarroi et la déception qu'elle a éprouvés en découvrant cette « religion » du précédent⁴² qui animait les membres de l'institution : « venue dans l'idée de faire triompher

36. Séance du 20 avril 1982, décision *Bernard et autres* (élection des membres du Conseil supérieur des Français de l'étranger), p. 428.

37. *Les grandes délibérations...*, op. cit., p. 341. Louis Gros fut membre du Conseil constitutionnel de mars 1977 à octobre 1984.

38. Qui fut membre de mars 1992 à mars 2001.

39. Un extrait de l'interview de Mme Lenoir peut être consulté sur le site du Conseil constitutionnel à l'adresse suivante : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/le-conseil-constitutionnel/le-conseil-hier/les-membres-depuis-1959/temoignages-d-anciens-membres/le-metier-de-juge-constitutionnel.25704.html>.

40. *Les grandes délibérations...*, op. cit., pp. 340-341.

41. Discours de Pierre Mazeaud du 24 janvier 2007 à l'occasion de la parution d'un ouvrage consacré au Conseil constitutionnel à la Documentation française, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/documentation-publications/discours-et-interventions-des-membres/2007/discours-et-interventions-2007.5154.html>. Pierre Mazeaud fut membre du Conseil constitutionnel de mars 1998 à mars 2007, et président à partir de 2004.

42. Selon l'expression utilisée par l'un des membres du Conseil constitutionnel et rapportée par Dominique Schnapper, *Une sociologue...*, op. cit., p. 175.

la vertu et mes convictions, observe-t-elle, je me retrouvais dans la situation de faire respecter et de poursuivre la jurisprudence du Conseil »⁴³...

Mais davantage peut-être encore que par le culte du précédent, la politique jurisprudentielle du Conseil constitutionnel est marquée par la volonté de ses membres de prendre en compte les répercussions des décisions, sur l'opinion et sur les équilibres institutionnels, pour des motifs tenant tant au souhait de promouvoir et de légitimer l'institution, qu'à la culture politique et constitutionnelle française.

2) Tenir compte des répercussions des décisions sur l'opinion publique

Les considérations relatives aux conséquences d'une déclaration de conformité ou de non-conformité sont absolument décisives au cours des débats qui agitent les membres du Conseil constitutionnel. Comme le déclarait André Ségalat lors de la séance du 24 décembre 1979 consacrée à l'examen de la loi de finances pour 1980 en résumant bien la politique jurisprudentielle du Conseil sur ce point, « on a beaucoup parlé de la mission du Conseil et de la manière dont il doit appliquer la règle constitutionnelle. On a parlé d'une application juridique. Ce terme [me] convient [...] mais il ne faut pas l'entendre d'une façon étroite. Le Conseil, comme d'ailleurs doit le faire tout juge, doit appliquer le droit en interprétant les normes en fonction de toutes les conséquences qu'elles entraînent. L'application du droit ne peut pas ne pas prendre en compte les nécessités des situations qu'elles régissent »⁴⁴. C'est ainsi que le Conseil constitutionnel a pu être amené à attacher une importance particulière aux contraintes pesant sur le travail du législateur, notamment eu égard au calendrier du vote des lois de finances⁴⁵, aux conséquences financières de ses décisions⁴⁶, ou encore, et c'est très net dans les délibérations qui ont fait l'objet d'une publication mais aussi dans les témoignages de membres et d'anciens membres, à leurs répercussions sur l'opinion publique⁴⁷.

43. *Ibid.*, p. 168.

44. *Les grandes délibérations...*, *op. cit.*, p. 320.

45. V. par exemple le procès-verbal de la séance du 24 décembre 1979, consacrée à l'examen de la loi de finances pour 1980, au cours de laquelle le rapporteur, André Ségalat, invite ses collègues à s'« interroger sur les conséquences qu'aurait une annulation [*sic*] » sur les finances de l'État. En raison de « ces considérations » et malgré l'irrégularité de la procédure suivie par le législateur, le rapporteur va « opter pour une décision de conformité », *Les grandes délibérations...*, *op. cit.*, p. 317. Il ne sera finalement pas suivi cette fois-là, mais ce type de considération a pu être déterminant dans d'autres occasions. Comme le révèle Dominique Schnapper dans son livre, « le Conseil évalue les droits des personnes et le coût financier pour la collectivité », *Une sociologue...*, *op. cit.*, p. 246.

46. *Les grandes délibérations...*, *op. cit.*, pp. 163 et 248.

47. V., par exemple, la séance du 19 juin 1970, durant laquelle le président appelle ses collègues à

Dans un discours prononcé lors de la visite des juges de la Cour suprême des États-Unis en France le 16 juillet 2007 et consacré aux « Méthodes de travail du Conseil constitutionnel », Olivier Dutheil de LaMothe, alors membre de l'institution où il siègea de mars 2001 à mars 2010, reconnaissait ainsi que le Conseil, « saisi à chaud [entre l'adoption de la loi par le parlement et sa promulgation], [...] doit statuer en pratique dans les trois semaines qui viennent, c'est-à-dire également à chaud. La motivation de ses décisions [et sans doute leur sens même] en tient nécessairement compte. Statuant sur un recours formé par l'opposition dans un contexte politique conflictuel, la décision du Conseil doit être comprise non seulement par la classe politique mais aussi *par les médias et par l'opinion* »⁴⁸. L'intervention du contrôle de constitutionnalité avant l'entrée en vigueur de la loi implique en effet, surtout pour les textes les plus importants (ceux notamment dont la constitutionnalité par rapport aux droits et libertés fondamentaux pose problème), qu'il se fasse sous le regard vigilant de l'opinion publique « éclairée » et des médias (les décisions les plus sensibles politiquement sont attendues et très largement commentées, dans la presse écrite et parfois même à la télévision), c'est-à-dire dans un contexte social (et politique) dont le Conseil constitutionnel doit inexorablement tenir compte. Or cet attachement aux répercussions des décisions sur l'opinion publique, qui s'explique notamment par le souhait de soigner l'image de l'institution⁴⁹ en ne heurtant pas de front les différents acteurs de la société civile et politique, conduit parfois le Conseil à se montrer clément à l'égard de dispositions législatives dont la constitutionnalité, notamment à l'égard

réfléchir à la solution « avec toutes ses possibilités constructives de façon que la solution retenue puisse être approuvée par l'ensemble de l'opinion », *Les grandes délibérations...*, *op. cit.*, p. 202 ; celle du 26 avril 1979, pendant laquelle André Ségalat s'inquiète de savoir « comment ces deux décisions successives du Conseil constitutionnel seront [...] interprétées par l'opinion ? », *ibid.*, p. 246 ; ou encore la séance consacrée à l'examen de la loi relative à l'interruption volontaire de grossesse, lors de laquelle Pierre Chatenet déclare « qu'il ne lui paraît pas indécent de dire que le Conseil peut faire entrer en ligne de compte le trouble profond que représenterait une déclaration de non-conformité qui, à coup sûr, ferait rebondir le débat. Ce n'est pas suffisant pour déterminer le Conseil mais on ne peut pas ne pas y penser », *ibid.*, p. 279.

48. <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/documentation-publications/discours-et-interventions-des-membres/2007/discours-et-interventions-2007.5154.html>, p. 8 (nous soulignons). Dans son ouvrage, Dominique Schnapper note également que « le Conseil ne néglige pas non plus la manière dont les décisions seront comprises par les médias et l'opinion publique », *Une sociologue...*, *op. cit.*, p. 248.

49. V., à ce sujet, la conclusion de Jacques Robert au colloque *Le Conseil constitutionnel a 40 ans*, *op. cit.*, p. 216 : « Si nous avons été des « boute-feu », si nous avons été les artisans de débordements insensés, on n'aurait pas cherché à nous connaître, on nous aurait blâmés ; on aurait été rejetés [*sic*] par l'opinion. Si s'est constituée toute une culture de constitutionnalité, c'est précisément parce que l'on voyait en nous un organisme prudent, avisé, qui rendait des décisions qui n'étaient pas excessives et qui constituaient un élément fondamental de l'État de droit ».

des droits et libertés protégés par la Constitution, est douteuse. Deux exemples concrets seront ici exposés, mais il serait sans doute possible de les multiplier, notamment pour la période suivant immédiatement les attentats du 11 septembre 2001, marquée par un sensible durcissement de la politique de sécurité publique au nom de la lutte contre le terrorisme. Dans son ouvrage consacré à Robert Badinter, le professeur Dominique Rousseau note par exemple à propos de la décision n° 93-325 DC du 13 août 1993⁵⁰, que « le Président du Conseil cède, parfois, à la pression sécuritaire de l'opinion. A regret sans doute [...] ; mais il cède, ici ou là, dans le souci affirmé de ne pas exposer l'institution qu'il préside aux accusations de « gouvernement des juges » »⁵¹. Quelques mois plus tard, explique encore Dominique Rousseau, le Conseil constitutionnel « valide » la loi Méhaignerie qui institue une peine incompressible de trente ans pour les assassinats de mineurs de quinze ans précédés ou accompagnés de viol, de tortures ou d'actes de barbarie. « Cette politique pénale et la théorie du criminel-né qui la sous-tend implicitement sont diamétralement opposées à la philosophie criminelle de Robert Badinter, note Dominique Rousseau [...]. Mais, parce que l'affaire arrive en jugement le 20 janvier 1994, juste après le viol et le meurtre d'une petite fille de huit ans (septembre 1993), après la crise provoquée par la décision sur le droit d'asile (novembre 1993) et la censure de l'abrogation de la loi Falloux (13 janvier 1994), le Président ne peut convaincre ses collègues de passer d'une condamnation morale à une censure juridictionnelle »⁵². Ces informations

50. *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France.*

51. *Sur le Conseil constitutionnel. La doctrine Badinter et la démocratie*, Paris, Descartes et Cie, 1997, p. 111.

52. *Ibid.*, p. 124, à propos de la décision n°93-334 DC du 20 janvier 1994, *Loi instituant une peine incompressible et relative au nouveau code pénal et à certaines dispositions de procédure pénale*. Dans une intervention prononcée en Arménie en 2005, Pierre Mazeaud reconnaissait également le poids « des considérations de nature non juridique » dans l'élaboration des décisions du Conseil, et mettait (notamment) l'accent sur le regard que l'opinion publique pourrait porter sur l'institution. En évoquant la jurisprudence relative à la rétention administrative des étrangers en situation irrégulière en cours d'éloignement du territoire national, il justifiait la décision du Conseil de valider l'allongement de la durée de la rétention en expliquant que « le réalisme a joué un rôle important dans cette décision. Le fait que la quasi-totalité des pays européens connaissent une durée de rétention qui excédait la durée maximale prévue par la loi nouvelle n'a pu qu'influencer le Conseil dans le sens du changement de jurisprudence. La volonté du législateur de remédier à un état de fait dans lequel une faible proportion seulement des mesures d'éloignement prononcées étaient exécutées, ce que l'opinion publique avait du mal à admettre, a également été déterminant », « La place des considérations extra-juridiques dans l'exercice du contrôle de constitutionnalité », pp. 13-14, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/le-conseil-constitutionnel/pour-en-savoir-plus/techniques-contentieuses-et-portee-des-decisions/iii-techniques-contentieuses-et-portee-des-decisions.4717.html>

seront évidemment appréciées à leur juste valeur si l'on garde à l'esprit qu'il est aujourd'hui notoire que le Président de la République n'est jamais si prompt à exiger le vote de lois que lorsqu'un lugubre fait divers qui agite les médias et secoue vivement l'opinion publique lui en offre l'occasion. Dans ce genre de contexte, la pression (indirecte) sur les membres du Conseil constitutionnel doit, on l'imagine aisément, être importante.

3) Écarter l'accusation de gouvernement des juges

Si ces considérations pèsent assurément sur la prise de décision, c'est pourtant avant tout le problème des équilibres institutionnels qui constitue une préoccupation fondamentale et constante aux yeux des membres de l'institution. Ces derniers sont en effet véritablement hantés par la crainte d'être accusés de gouverner. Cette hantise – « hantise du Conseil, dit le professeur Jacques Robert, d'être une troisième chambre »⁵³ – hantise qu'ils partagent – au moins pour partie – avec leurs collègues des autres cours constitutionnelles à travers le monde, mais qui est davantage encore présente dans un pays de tradition de souveraineté de la loi et de méfiance à l'égard du juge, est palpable à la fois dans les procès-verbaux des séances plénières⁵⁴, dans les témoignages des membres et anciens membres, mais aussi dans les discours officiels des conseillers. Tout récemment encore, et alors que le Conseil constitutionnel venait de fêter ses cinquante ans, dans un discours prononcé le 3 janvier 2011 à la séance de rentrée de l'École du barreau de Paris, l'actuel président du Conseil croyait encore devoir marteler devant les élèves avocats que « la QPC, ce n'est pas le gouvernement des juges ! »⁵⁵.

53. Cité par Jacques Meunier, *Le pouvoir du Conseil constitutionnel. Essai d'analyse stratégique*, Paris, LGDJ, p. 194.

54. V., parmi de nombreux exemples, la séance du 25 juillet 1979 au cours de laquelle, s'interrogeant sur l'opportunité de préciser le sens de la loi qui était l'objet de la saisine (grâce à la technique – qui n'existait pas encore – de la réserve d'interprétation), l'un des membres du Conseil « se déclare inquiet car il craint [...] que le Conseil ne se substitue au législateur », *Les grandes délibérations...*, *op. cit.*, p. 309, et pp. 308 à 311 ; celle du 30 octobre 1981, relatée dans la présentation de la période 1980-1983 des *Grandes délibérations...*, *op. cit.*, p. 338 ; celle du 1^{er} juillet 1980, *ibid.*, p. 356. Dominique Schnapper note aussi dans son ouvrage que « pendant les délibérés, on entend souvent l'appel à la prudence, la crainte d'être accusés de juger au-delà de la saisine, *ultra petita*, la mise en garde contre l'accusation d'adresser des injonctions au gouvernement et de devenir un gouvernement des juges », *Une sociologue...*, *op. cit.*, p. 178.

55. <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/documentation-publications/discours-et-interventions-des-membres/2011/discours-et-interventions-2011.51977.html>.

Les membres du Conseil ne perdent en effet jamais de vue que ce sont les lois votées par les représentants du peuple souverain qu'ils sont amenés à juger, lois dont l'encre est à peine séchée lorsqu'ils en apprécient la conformité par rapport à la Constitution. C'est pourquoi, écrit Mme Schnapper, « l'idée des conséquences politiques est toujours présente [dans les délibérations] ; elle est directement évoquée dans les rapports prônant une censure »⁵⁶. Comme l'expliquait Michel Ameller, « un des grands penseurs français du « siècle des Lumières », Montesquieu, écrivait au début du 18^{ème} siècle que le législateur « devait écrire d'une main tremblante » [*sic*]. [...] La « main tremblante » doit s'imposer *a fortiori* au juge constitutionnel, doté du pouvoir, plus considérable encore, d'invalider sans appel l'œuvre des représentants du peuple »⁵⁷. On trouve la même remarque – et la même hantise – sous la plume de Jacques Robert : « arrêter une loi – ou même seulement certaines de ses dispositions – est un acte « politique » (au sens noble du mot) très grave, surtout quand, *non élu soi-même, on doit censurer ce qu'ont fait des représentants élus de la nation*. Il ne faut donc prendre une telle décision que lorsque l'inconstitutionnalité est patente, une liberté ouvertement violée, une irrégularité manifeste commise... Des censures successives, incomplètement motivées ou contestables, ne seraient point – à la longue – comprises par l'opinion publique et l'institution risquerait de susciter une réaction de rejet. Ce n'est l'intérêt de personne »⁵⁸. Le même Jacques Robert déclarait encore en des termes proches que le Conseil constitutionnel est contraint, avant d'élaborer ses décisions, de prévenir leurs conséquences afin de ne pas prêter le flanc à l'accusation de gouvernement des juges. « En disant cela, ajoutait-il, je vais faire hurler un certain nombre de juristes qui me répondront que l'on ne peut pas à la fois dire que le Conseil n'est pas une juridiction politique et qu'il a une stratégie politique. Mais nous avons une stratégie politique en ce sens qu'il faut quand même que nous fassions très attention à ce que nous faisons. Arrêter une loi c'est autre chose qu'annuler un arrêté municipal. Il faut expliquer au peuple français que neuf personnes non élues vont arrêter ce qui a été fait par

56. Dominique Schnapper, *Une sociologue...*, *op. cit.*, p. 257.

57. « Principes d'interprétation constitutionnelle et autolimitation du juge constitutionnel », exposé présenté à l'occasion d'une rencontre organisée à Istanbul par l'OCDE en mai 1998, disponible sur le site du Conseil : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/le-conseil-constitutionnel/pour-en-savoir-plus/techniques-contentieuses-et-portee-des-decisions/iii-techniques-contentieuses-et-portee-des-decisions.4717.html>. Michel Ameller fut membre du Conseil constitutionnel de mars 1995 à mars 2004.

58. <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/le-conseil-constitutionnel/le-conseil-hier/les-membres-depuis-1959/temoignages-d-anciens-membres/temoignages-d-anciens-membres.25701.html>

la majorité de ceux qu'ils ont eux-mêmes désignés »⁵⁹. Or si, comme le notait le doyen Vedel dans son rapport consacré à l'examen de la loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes (séances des 19 et 20 janvier 1981) « le gouvernement de l'administration par le juge administratif n'est que modérément désirable, le gouvernement du législateur par le Conseil constitutionnel serait inadmissible »⁶⁰.

La crainte que produit cette situation, le souhait, comme l'écrivait un ancien secrétaire général du Conseil constitutionnel, de ne pas « susciter l'irritation des autres institutions » – au premier rang desquelles le Parlement⁶¹ – conduit le Conseil constitutionnel à pratiquer la politique du *self-restraint*, qui se caractérise par une grande prudence dans l'élaboration des décisions. Comme le reconnaissait Pierre Mazeaud lors d'une intervention prononcée en Arménie en 2005, « oui, le contrôle de constitutionnalité repose pour partie sur des considérations extra-juridiques. [...] Juger la loi, c'est se prononcer sur un objet tant juridique que politique, façonné par les représentants du peuple. [...] Le Conseil constitutionnel s'était défini à l'origine, de manière assez modeste, comme un simple « régulateur de l'activité des pouvoirs publics ». Si l'accroissement de son rôle en matière de protection des droits fondamentaux l'a conduit à abandonner rapidement une définition aussi réductrice, il n'en a pas moins multiplié les mécanismes dits « d'autolimitation ». [...] Le Conseil a dégagé de lui-même plusieurs principes qui témoignent d'une volonté aussi ancienne que constante de se détourner du « gouvernement des juges ». Cette attitude a contribué à faire accepter ses décisions. Elle se traduit aussi bien *dans la définition de sa compétence* que *dans le choix des critères généraux de son exercice* »⁶². Ce sont ces deux points qui vont être à présent examinés.

59. « Neuf années au Conseil constitutionnel. Débat entre Jacques Robert et Dominique Rousseau », art. cit., p. 1757.

60. *Les grandes délibérations...*, op. cit., p. 363.

61. Bruno Genevois, « Un universitaire au Conseil constitutionnel : le Doyen Georges Vedel », *RFDA*, 2004, p. 215. V., à ce sujet, les réflexions d'Yves Guéna, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/le-conseil-constitutionnel/pour-en-savoir-plus/le-role-et-le-fonctionnement-du-conseil-constitutionnel/i-le-role-et-le-fonctionnement-du-conseil-constitutionnel.4714.html>, ; de Noëlle Lenoir, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/le-conseil-constitutionnel/le-conseil-hier/les-membres-depuis-1959/temoignages-d-anciens-membres/le-metier-de-juge-constitutionnel.25704.html> ; d'Olivier Dutheillet de Lamothe, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/le-conseil-constitutionnel/pour-en-savoir-plus/le-role-et-le-fonctionnement-du-conseil-constitutionnel/i-le-role-et-le-fonctionnement-du-conseil-constitutionnel.4714.html>; ou enfin de François Luchaire, *Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat, colloque des jeudi 21 et vendredi 22 janvier 1988*, Paris, LGDJ, 1988, Introduction, p. 45.

62. « La place des considérations extra-juridiques dans l'exercice du contrôle de

Le Conseil constitutionnel a d'abord et toujours, depuis sa création, veillé à n'interpréter ses compétences que de façon restrictive, ses membres les plus scrupuleux rappelant sans cesse à l'ordre leurs collègues trop audacieux en martelant que l'institution ne dispose que d'une compétence d'attribution – ce qui le conduit par exemple à refuser systématiquement le contrôle des lois référendaires et des lois constitutionnelles⁶³.

Ensuite, le Conseil a constamment exercé son contrôle avec modération afin de ne pas froisser le législateur « souverain ». Cette politique jurisprudentielle est encore « aggravée » par le fait que le Conseil est d'institution récente et, aux dires mêmes de ses membres, fragile. Comme le déclarait le doyen Vedel lors de la séance consacrée à l'examen de la loi de nationalisation I le 16 janvier 1982, « le Conseil constitutionnel est un juge encore fragile (...). Il a vingt ans seulement. Nous avons été créés par... inadvertance, en 1958 »⁶⁴, avant d'observer que la Cour suprême des États-Unis avait « attendu vingt ans avant de déclarer qu'une loi n'était pas contraire à la Constitution, et quatre-vingt [*sic*] ans pour oser déclarer inconstitutionnelle une loi fédérale »⁶⁵. Plus de cinquante ans après sa création, le bilan que tire Dominique Schnapper après son séjour rue de Montpensier n'est pas fondamentalement différent. L'interview publiée par le quotidien *Le Monde* à l'occasion de la parution de son ouvrage en février 2010 portait significativement pour titre : « Une institution encore fragile »⁶⁶, et le constat est le même dans son livre : « La lente densification de l'institution, son rôle accru n'empêchent pas que, jusqu'à la révision de 2008 en tout cas, dans l'organisation des différents pouvoirs publics, le Conseil reste une institution faible et fragile. C'était, selon le témoignage de Jacques Robert, le sentiment de Robert Badinter [...] lorsqu'il formulait, en 1992, « ses lancinantes inquiétudes

constitutionnalité », pp. 1 et 7, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/le-conseil-constitutionnel/pour-en-savoir-plus/techniques-contentieuses-et-portee-des-decisions/iii-techniques-contentieuses-et-portee-des-decisions.4717.html> (nous soulignons).

63. *Les grandes délibérations*, op. cit., présentation de la période 1965-1974, pp. 152 et s., et de la période 1980-1983, pp. 345 et s. ; séance du 6 novembre 1962, décision 62-20 DC, *Loi référendaire relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel direct*, *ibid.*, pp. 114 et 122 ; séances des 17 et 18 avril 1974, *Liste des candidats à l'élection du Président de la République*, p. 259 ; séances des 14 et 15 janvier 1975, décision 75-54 DC, *Interruption volontaire de grossesse*, pp. 276-277 ; séances des 16 et 20 avril 1982, décision *Bernard et autres*, p. 426, etc. A ce sujet, V. également les Mémoires de Léon Noël, *De Gaulle et les débuts de la Ve République. 1958-1965*, Plon, coll. Espoir, 1976, notamment pp. 37 et 129.

64. *Les grandes délibérations...*, op. cit., p. 347.

65. Propos rapporté par les éditeurs des *Grandes délibérations...*, présentation de la troisième période 1980-1983, p. 347.

66. *Le Monde*, édition du 16 février 2010.

sur la fragilité de l'institution. Intensément pénétré de la mission essentielle qui lui était confiée, il avait la hantise de la mauvaise décision rendue qui viendrait ébrécher la réputation du Conseil et compromettre le long travail mené. Rien n'était acquis. Un faux pas pouvait tout compromettre »⁶⁷. Le poids de la contrainte qui pèse sur les conseillers est palpable dans cet extrait : encore aujourd'hui, le Conseil se doit de ne pas trop brusquer les représentants élus du peuple souverain, ce qui le conduit, régulièrement, et notamment lors de périodes sensibles du point de vue des équilibres politiques et institutionnels, à exercer un contrôle qu'il n'est pas excessif de qualifier de timoré.

Concrètement, cette prudence qu'explique la carence de légitimité (réelle ou supposée) dont souffre l'institution par rapport au législateur se manifeste de plusieurs façons. Il est d'abord entendu que les « sages » de la rue de Montpensier ne souhaitent pas s'illustrer en s'opposant trop brutalement à des représentants du peuple que les urnes viennent tout juste de désigner, ou en sanctionnant les réformes d'un homme qui vient d'être porté à la présidence de la République par le suffrage universel. Durant sa présidence, Robert Badinter s'était par exemple donné pour règle de « ne pas heurter de front une majorité parlementaire nouvellement élue ». Comme l'écrit Dominique Rousseau, le président Badinter invoquait régulièrement cette « règle de comportement juridictionnel [...] pour répondre aux défenseurs des droits de l'homme insatisfaits par certaines décisions »⁶⁸. En réalité, davantage qu'une ligne de conduite simplement imposée par le président Badinter, on tient là un élément fondamental de la politique jurisprudentielle du Conseil : l'examen systématique des décisions rendues lors de la période politiquement sensible qui suit l'installation d'une nouvelle législature ou l'élection d'un Président de la République révèle que ce moment clé de la vie politique est en général assez peu propice à la sanction. Dans les dix-huit mois qui suivent les élections législatives et/ou présidentielles, les décisions de conformité sont en général plus nombreuses. Alors que, sur trente ans (de 1979 à 2009), la proportion des décisions de conformité est de 53,49 %, elle est presque systématiquement plus élevée au lendemain des élections⁶⁹.

67. *Une sociologue...*, *op. cit.*, p. 108.

68. *Sur le Conseil constitutionnel...*, *op. cit.*, pp. 116 et s., où l'on trouve également des exemples concrets de modération du contrôle de constitutionnalité dans la période post-électorale, et alors que des droits fondamentaux étaient affectés par les lois qui étaient l'objet de la saisine.

69. 54,17 % de mai 1981 à décembre 1982 ; 54,54 % de juin 1988 à décembre 1989 ; 54,54 % d'avril 1993 à décembre 1994 ; 73,33 % de mai 1995 à décembre 1996 ; 56,25 % de juin 1997 à décembre 1998 ; 56,67 % de juin 2002 à décembre 2003. N'ont pas été ici mentionnées la période qui suit immédiatement les élections législatives de 1986, et celle qui suit les élections présidentielles et législatives de 2007, pour lesquelles la proportion de décisions de non-conformité est plus élevée que la moyenne (respectivement 48,15 % et 57,9 % au lieu de 46,51 % sur trente ans). Il convient

« Dans le souci de ménager le législateur » et les équilibres institutionnels, selon les propres termes d'un ancien secrétaire général de l'institution⁷⁰, le Conseil constitutionnel peut aussi être régulièrement amené à limiter le nombre de censures prononcées. Dans l'ouvrage relatant son expérience, Mme Schnapper expliquait par exemple qu'« un président avançait parfois, avec humour, que le Conseil avait épuisé son « quota » de censure pour l'année ou pour la session parlementaire en cours, qu'il ne pouvait plus se permettre d'en imposer une nouvelle – on était lors en période de cohabitation et la majorité des membres avait été nommée par l'opposition ; ou bien, autre formule, qu'il avait épuisé ses droits de tirage en censurant trois ou quatre dispositions dans une loi, et qu'il ne devait pas aller plus loin, sauf à susciter à nouveau des projets de réforme drastique. Comme me l'avait dit un autre conseiller proche du type du « politique » quand j'évoquais la possibilité d'une censure : « Il y a des moments où le Conseil doit se faire oublier, on va encore parler du « gouvernement des juges... » »⁷¹. De la même façon, Jacques Robert, interrogé par Dominique Rousseau, insistait sur le fait que pour être « crédible » aux yeux de l'opinion, le Conseil ne pouvait censurer les lois qu'en cas de « violation caractérisée de la Constitution », « dans les cas exemplaires et pas trop souvent ». « Je vous prends comme exemple le fameux été [1993] où nous avons été saisis de nombreuses lois, déclarait Jacques Robert. Nous avons commencé par en annuler [*sic*] quatre et non des moindres [...]. Qu'aurait dit l'opinion si on les avait toutes annulées [*sic*] ? Même si on avait eu de bonnes raisons de le faire, l'opinion ne l'aurait pas accepté. On aurait crié à l'obstruction, à l'émergence d'un « contre-pouvoir » abusif. Ne l'a-t-on d'ailleurs pas spectaculairement fait en haut lieu » ? Au professeur Rousseau qui s'étonnait que l'on puisse faire « souffrir le droit » pour ne pas heurter l'opinion (entendue au sens large ici, à la fois comme l'opinion publique et la classe politique), l'ancien membre du Conseil constitutionnel répliquait : « Vous savez très bien comme moi que tout n'est jamais tout blanc ou tout noir. Tout n'est jamais radicalement inconstitutionnel et tout n'est jamais radicalement constitutionnel ou rarement. Il y a des cas dans lesquels on peut sérieusement hésiter. Ce que je veux simplement dire c'est que quand sur deux ou trois lois successives le Conseil a rendu des décisions de non-conformités [*sic*], une bonne politique doit consister, sauf s'il y a une inconstitutionnalité notoire, à être peut-

néanmoins de préciser immédiatement que la présidence de monsieur Sarkozy est marquée par des taux de censure exceptionnellement élevés : 73,33 % en 2007 (avec cinq décisions de non-conformité sur sept décisions rendues entre mai et décembre 2007), 50 % en 2008 et 69,23 % en 2009). Pour les autres années, V. le tableau figurant en annexe.

70. Bruno Genevois, « Un universitaire au Conseil constitutionnel : le Doyen Georges Vedel », *art. cit.*

71. *Une sociologue...*, *op. cit.*, p. 256.

être plus circonspect sur d'autres afin que l'opinion ne se dise pas que la censure devient systématique et que Conseil bloque le bon fonctionnement de l'État [...]. Nous ne voulons pas trop censurer la loi, je l'ai dit tout à l'heure. Quand il n'y a pas d'inconstitutionnalité manifeste [ce qui évidemment, ne peut avoir aucun sens] nous laissons passer... »⁷².

Mais le Conseil tient également compte, pour se prononcer sur la conformité ou la non-conformité d'une loi par rapport à la Constitution, des circonstances dans lesquelles cette loi a été adoptée. Comme l'expliquent certains de ses anciens membres et comme le révèlent les délibérations publiées, les conseillers sont réticents à censurer les dispositions d'une loi ayant fait l'objet d'un assez large consensus politique. On apprend ainsi, en lisant les procès-verbaux des séances plénières, que « les membres hésitent à se saisir d'office d'une disposition qui n'a pas suscité la moindre contestation durant les débats parlementaires »⁷³. Toujours à propos des moyens soulevés d'office, le président Pierre Mazeaud explique aussi que « le choix d'en faire usage ou non résulte d'un processus dont il est difficile de rendre compte et qui repose sur la combinaison de considérations extra-juridiques qui tiennent, par exemple, au caractère plus ou moins important de la question en cause, à l'intérêt pédagogique que peut présenter la censure, *au caractère consensuel ou non de la disposition dont la constitutionnalité est douteuse* ». Plus loin dans la même communication, il observe encore que le Conseil se montre « très circonspect face à un texte faisant l'objet d'un large accord politique. Il s'efforcera alors – dans la mesure du possible – de limiter les censures et préférera – dans la mesure du possible aussi – les réserves d'interprétation aux déclarations d'inconstitutionnalité. De façon générale, le caractère consensuel ou conflictuel d'une loi est susceptible d'influer sur la décision rendue (sauf bien sûr lorsque la solution s'impose juridiquement) » – c'est-à-dire pratiquement jamais⁷⁴ : voilà comment l'accord de la majorité des acteurs politiques sur l'opportunité d'un texte peut devenir l'un des éléments – on ne saurait dire critères ! – de sa « constitutionnalité ». Évidemment, on comprend bien la position du Conseil constitutionnel à cet endroit : pourrait-elle être autre en démocratie ? Mais les précautions qu'il est contraint de prendre pour éviter l'accusation de gouvernement des juges ne peuvent, une fois encore, que le conduire à transiger sans doute

72. « Neuf années au Conseil constitutionnel. Débat entre Jacques Robert et Dominique Rousseau », *art. cit.*, pp. 1757-1758 et p. 1766. Pour des exemples concrets, V. Dominique Rousseau, *Sur le Conseil constitutionnel...*, *op. cit.*, pp. 176-178.

73. *Les grandes délibérations...*, *op. cit.*, présentation de la période 1980-1983, p. 349.

74. « La place des considérations extra-juridiques dans l'exercice du contrôle de constitutionnalité », <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/le-conseil-constitutionnel/pour-en-savoir-plus/techniques-contentieuses-et-portee-des-decisions/iii-techniques-contentieuses-et-portee-des-decisions.4717.html>.

assez régulièrement avec la norme constitutionnelle et à se montrer frileux lors de l'examen de la conformité des lois par rapport à la Constitution.

Les contraintes qui pèsent sur ses membres ne sont pas seules à expliquer la modération dont fait parfois preuve le juge constitutionnel. Il convient en effet également de tenir compte des réserves à l'égard de la censure de la loi qui s'expriment, régulièrement, à l'intérieur de l'institution.

II. Résistances

Contrairement à ce que l'on pourrait d'abord penser, la circonspection de certains membres du Conseil constitutionnel ne résulte pas, en tous cas en apparence, de calculs strictement partisans (A), mais plutôt de considérations politiques entendues au sens le plus large du terme (B). Bien plus encore, la retenue dont font preuve les conseillers s'explique souvent par un parti pris clairement énoncé, qui trouve principalement son ancrage dans la culture politique et constitutionnelle française (C).

A. L'incidence très marginale des considérations strictement partisans

Les décisions du Conseil constitutionnel seraient-elles dans certains cas dictées, davantage que par le souci de défendre efficacement les droits et libertés fondamentaux, par des considérations partisans ? C'est ce que prétend Pierre Joxe qui, ne ménageant ni l'institution, ni ses anciens collègues, déclarait quelques jours après la parution de son ouvrage que le Conseil « n'est pas une juridiction », mais « une instance politique »⁷⁵. Sans qu'il y ait lieu de revenir ici sur le débat relatif à la nature de l'institution, il est évident que le Conseil constitutionnel, pour des raisons diverses, tenant notamment à la nature et au moment de son contrôle, joue un rôle *éminemment* politique. Pour autant, la lecture attentive des délibérations publiées et les témoignages des anciens membres de l'institution

75. Extrait d'une interview publiée par *Le Nouvel Observateur* dans l'édition du 4 février 2010. On retrouve l'expression à la page 223 de son livre. V., dans le même sens, cette anecdote rapportée par Dominique Schnapper dans son ouvrage : « L'un des conseillers, proche du type « politique », m'avait dit, peu de temps après mon arrivée, sur un ton horrifié : « Vous ne faites tout de même pas partie de ceux qui voudraient transformer le Conseil en Cour ? » Par « Conseil », il entendait un organe politique, par « Cour », une juridiction suprême sur le modèle de la Cour de cassation ou du Conseil d'État. L'idée même de cette « transformation » était à ses yeux un péché capital dont il ne pouvait penser, étant donné ses sentiments d'amitié pour moi, que je pusse être coupable », Une *sociologue...*, *op. cit.*, p. 107.

révèle que, en dehors de la période fondatrice et de certains contentieux particuliers, les considérations purement partisans ne pèsent pas, en tous cas en apparence, de façon fondamentale sur la prise de décision.

Les témoignages des anciens membres du Conseil constitutionnel sont en effet (presque) unanimes sur ce point : les considérations partisans n'auraient aucune incidence sur l'élaboration de la jurisprudence rue de Montpensier. Cela signifie plusieurs choses. D'une part, que les membres du Conseil deviennent et demeurent, une fois qu'ils ont prêté serment, complètement indépendants à l'égard de leur autorité de nomination ; d'autre part, que leurs convictions partisans n'interfèrent pas outre mesure (et notamment lorsqu'ils sont des personnalités politiques de premier plan) dans un débat qui est censé être avant tout un débat juridique.

1) L'indépendance à l'égard de l'autorité de nomination

S'agissant du premier point, il est d'abord constant que les nominations au Conseil sont, très largement, guidées pas des motifs politiques⁷⁶, ce que les anciens membres eux-mêmes reconnaissent d'ailleurs bien volontiers : on nomme au Conseil le proche, l'ami fidèle. Dominique Schnapper relève ainsi dans son livre que sur les soixante six conseillers nommés jusqu'en 2007, plus de la moitié (trente-cinq, exactement, dont vingt-deux anciens membres du gouvernement et treize parlementaires), étaient directement issus du monde politique⁷⁷. Mais malgré le caractère politique des nominations, la plupart des anciens conseillers interrogés à ce sujet insistent sur deux points : d'une part, une fois la nomination intervenue, l'autorité de nomination n'exerce, en général, plus aucune forme de pression sur le conseiller nommé ; d'autre part, ce même conseiller a tendance, une fois devenu membre de l'institution, et quelle que fût la nature des liens l'unissant à son autorité de nomination avant son entrée au Conseil constitutionnel, à s'en émanciper. C'est ainsi qu'à l'occasion d'un colloque organisé pour le quarantième anniversaire du Conseil constitutionnel, Georges Vedel déclarait : « de l'extérieur on n'imagine pas quelque chose de très important, à savoir que

76. V. Dominique Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, Paris, Montchrestien, coll. Domat droit public, 7^{ème} éd., 2006, p. 41.

77. *Une sociologue...*, *op. cit.*, pp. 146 et s. La composition du Conseil constitutionnel est ainsi, la plupart du temps, déterminée par la droite. Cette situation n'est pas sans exacerber le monde politique de gauche qui, régulièrement, comme lors des dernières nominations intervenues début 2010, met en cause l'absence de pluralisme au sein de l'institution. Les membres nommés par la gauche n'ont été, en réalité, que deux fois majoritaires depuis la création du Conseil : de 1989 à 1995 et de 1998 à 2001, relève Dominique Schnapper dans son ouvrage, *Une sociologue...*, *op. cit.*, p. 153.

la fonction saisit l'homme quand c'est un honnête homme », en précisant plus loin : « en neuf ans de mandat, je n'ai connu qu'un petit manquement, mais qui n'était pas d'un membre du Conseil constitutionnel. Il venait du Président d'une des deux assemblées pouvant désigner un membre du Conseil. Un membre du Conseil étant décédé, le Président de l'Assemblée dont il s'agit a demandé que le Conseil ne siège pas en l'absence d'un « représentant » de son assemblée. Ce terme a fait scandale au sein du Conseil et a été désavoué immédiatement par le nouveau nommé qui est arrivé au sein du Conseil »⁷⁸. Dix ans plus tard, à l'occasion du cinquantième anniversaire de l'institution, Jean-Claude Colliard, qui fut membre de mars 1998 à mars 2007, écrivait de la même façon dans un numéro spécial des *Cahiers du Conseil Constitutionnel* qu'en « neuf ans, je n'ai pas reçu une seule fois un « conseil » de mon autorité de nomination, comme l'on dit, et il m'est arrivé en une occasion unique de m'entendre dire par un(e) collègue que je sondais pour savoir si mon projet de censure aurait son soutien : « il faut que je consulte » ; et encore je ne sais pas si cette consultation était juridique, ce que je veux croire, ou d'ordre politique »⁷⁹. On pourrait bien entendu objecter que l'exactitude de ces assertions ne peut être vérifiée. Mais elle est confirmée à la fois par des observateurs extérieurs⁸⁰ et par certains membres du Conseil qu'on ne saurait accuser de complaisance à l'égard de leurs collègues, tant le regard qu'ils portent sur l'institution est, à certains égards, critique : « même s'ils sont nommés pour des raisons liées à des considérations de personnes et de politique à court terme, note ainsi Mme Schnapper, les conseillers, entraînés par la logique de leur position et la force de l'institution, se révèlent fort consciencieux et même, pour la plupart d'entre eux, indépendants à l'égard de ceux qui les ont nommés »⁸¹.

78. *Le Conseil constitutionnel a 40 ans, op. cit.*, pp. 66-67.

79. *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, Paris, Dalloz, n° 25, 2008, p. 33. Dans le même sens, V. les *Mémoires d'outre-Gaulle* d'Yves Guéna, [Paris], Flammarion, 2010, p. 226 ; le témoignage de Jacques Robert, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/le-conseil-constitutionnel/le-conseil-hier/les-membres-depuis-1959/temoignages-d-anciens-membres/temoignage.25706.html>, et « Neuf années au Conseil constitutionnel. Débat entre Jacques Robert et Dominique Rousseau », *art. cit.*, pp. 1749-1750 ; et enfin Dominique Schnapper, *Une sociologue...*, *op. cit.*, pp. 222-224.

80. « Chacun, évidemment, écrit par exemple Dominique Rousseau, peut sourire de cette image du juge constitutionnel laissant à l'entrée du palais Montpensier ses choix politiques, ses amitiés, ses préférences philosophiques, sa subjectivité d'homme situé dans une histoire pour prendre l'habit du sage apolitique et neutre fondant ses sentences sur la seule objectivité du droit existant. Elle n'est pourtant pas fautive. Il faut, en effet, savoir reconnaître la force constitutive du rite de passage pour celui qui entre au Conseil : il rompt le cercle des intérêts antérieurement constitués... », *Sur le Conseil constitutionnel...*, *op. cit.*, p. 37.

81. *Une sociologue...*, *op. cit.*, p. 197. Il convient enfin de souligner que, si pressions il y a, ce qui arrive, semble-t-il, très rarement, elles restent en général sans effet. Dominique Schnapper raconte encore

2) L'absence d'interférence de considérations partisans dans le débat

Concernant à présent le second point, à savoir l'influence de l'orientation politique des membres au moment du vote, le livre de Pierre Joxe est accablant à la fois pour ses anciens collègues et pour le Conseil constitutionnel lui-même. « Dans certains cas, écrit par exemple l'ancien ministre socialiste, la question de droit tranchée [au Conseil] contre mon opinion couvrait un choix politique explicite, mais dont le développement juridique pouvait légitimement prendre différentes formes. Par contre, dans une vingtaine de circonstances, c'est une question politique majeure, posant des problèmes constitutionnels évidents, qui a reçu contre mon gré sa réponse politique, revêtue d'un costume juridique plus ou moins élégant, mais taillé sur mesure »⁸². Plus loin, Pierre Joxe note encore que « dès qu'un texte de loi marque une vraie inflexion politique, le débat au sein du Conseil reflète les différentes composantes de l'opinion française, de la droite vers la gauche, en passant par le centre, mais avec un déséquilibre écrasant au détriment de la gauche », et fustige une « enceinte hostile et partisane » dont les décisions seraient trop souvent « complaisantes à l'égard de la majorité politique actuelle »⁸³, c'est-à-dire de droite. Que la déception de Pierre Joxe après son séjour rue de Montpensier soit réelle, que le Conseil constitutionnel ait, dans les trois décisions que l'auteur expose longuement dans son livre, opéré un net recul dans la protection constitutionnelle des droits et libertés, et que l'entrée au Conseil n'implique pas une sorte de « catharsis » qui aurait pour effet de « gommer » les opinions politiques de chaque conseiller, voilà trois éléments qui ne sont pas contestables. Ce qui en revanche l'est peut-être davantage, c'est la lecture strictement partisane des conditions d'élaboration de ces décisions, à laquelle il est difficile de souscrire pleinement, et cela principalement pour trois raisons. La première vient d'être évoquée, elle concerne l'indépendance que l'on peut légitimement supposer de la plupart des conseillers, et la conception qu'ils se font de leur rôle. La seconde réside simplement dans le fait que l'explication partisane de la structuration du vote est extrêmement restrictive en ce qu'elle ne permet notamment pas de mesurer l'importance de la délibération, lors de laquelle d'autres facteurs, extrêmement variés, peuvent venir infléchir le sentiment ou l'opinion initiale et peser finalement de façon beaucoup plus déterminante

dans son livre qu'au cours de son mandat, « un président a raconté avec indignation à ses collègues que le Premier ministre avait essayé d'influencer sa décision, on n'est plus au temps de Léon Noël et du général de Gaulle... », *ibid.*, p. 222. Il est vrai que les pressions sur les conseillers étaient importantes au début de la V^{ème} République comme le montre Yves Beauvois, « Le Conseil constitutionnel a ses débuts (1959-1962) », *Commentaire*, n° 116, 2006, pp. 943 et s., et n° 117, 2007, pp. 123 et s.

82. *Op. cit.*, pp. 159-160.

83. *Ibid.*, pp. 182, 185 et 165.

sur le vote⁸⁴. Enfin, le propos très polémique de Pierre Joxe est assez largement contredit par les faits – en tous cas ceux dont nous pouvons avoir connaissance. La lecture combinée des témoignages des anciens membres et des délibérations publiées révèle en effet que la « coloration » politique du Conseil n’est pas un élément décisif au moment du vote ou, autrement dit, qu’il n’y a pas de structuration exclusivement ni même principalement partisane du vote – ce qui ne signifie pas, encore une fois, que ce type de considérations ne pèse absolument pas dans la prise de décision⁸⁵. À cet égard, les réflexions que livre Dominique Schnapper dans son ouvrage sont particulièrement éclairantes. Comme elle le révèle, « il est vrai qu’il n’y a pas de relation directe entre le contenu des décisions et la composition politique du Conseil. [...] Les convictions et l’engagement politique préexistant, le lien éventuel avec l’autorité de nomination ne sont que l’un des éléments qui influencent les choix ». « Le vote, note-elle également plus loin, n’est jamais uniquement politique, mais le vote selon des critères politiques – définis par l’engagement politique préalable du conseiller lui-même ou le parti auquel appartient l’autorité de nomination – n’est pas non plus inconnu. [...] Ce qui est vrai, conclut-elle, c’est que, selon les sujets, il existe le plus souvent plusieurs majorités possibles et que – ce qui est essentiel – ne se cristallisent pas de manière permanente une majorité et une minorité figées dans leur opposition »⁸⁶. Jean-Claude Colliard, qui – et ce détail n’est pas sans importance – fut nommé au Conseil par Laurent Fabius, c’est-à-dire par une personnalité de gauche, atteste également qu’« il est très rare, d’après ce que j’ai pu voir, qu’un vote se fasse « ceux nommés par la droite contre ceux nommés par la gauche », pour dire les choses un peu vite. Il y a d’autres clivages plus pertinents »⁸⁷.

Les délibérations publiées viennent corroborer ces affirmations. Il apparaît, à leur lecture, qu’en dehors de la période de la présidence du général de Gaulle, les présidents successifs du Conseil constitutionnel, suivis parfois par certains membres, ont veillé à ce que les considérations strictement partisans soient, en principe, écartées des débats. À cet égard, la période de la première grande alternance dans les institutions de la V^{ème} République est révélatrice : alors que tous

84. Dans un ouvrage consacré au *Pouvoir du Conseil constitutionnel. Essai d’analyse stratégique*, *op. cit.*, p. 71, Jacques Meunier explique ainsi que « la faille principale de la manière traditionnelle d’aborder l’explication par les préférences politiques des membres de l’institution [...] néglige la nécessité d’une authentique délibération et le bouleversement que celle-ci impose à la représentation commune du rapport entre des choix individuels et une décision collective ».

85. Pour compléter ces informations, V. l’étude de Fabrice Hourquebie, « Les nominations au Conseil constitutionnel », *LPA*, n° 108, 31 mai 2001, pp. 9-16, qui n’établit pas de lien direct entre la coloration politique du Conseil constitutionnel et le sens des décisions.

86. *Une sociologue...*, *op. cit.*, pp. 305-306.

87. « Neuf ans de bonheur », *art. cit.*, p. 33.

les conseillers siégeant rue de Montpensier ont été nommés par des personnalités appartenant à des courants politiques qui se retrouvent alors dans l'opposition, le Conseil a veillé à ne pas donner une coloration partisane à ses décisions. C'est ainsi que, lors de la délibération du 12 décembre 1981 portant sur la Loi de nationalisation I (sujet évidemment extrêmement sensible politiquement et qui touche à l'un des droits les plus sacrés, le droit de propriété), le doyen Vedel déclarait : « le problème des nationalisations oppose une philosophie dirigiste à une philosophie libérale. Ce n'est pas au Conseil d'arbitrer, cela reviendrait à arbitrer entre deux politiques. Il sortirait alors de son domaine et usurperait un rôle qui n'appartient qu'au législateur ». Quelques jours plus tard, au cours d'une séance d'examen du même texte, André Ségalat⁸⁸ soutenait de la même façon que le rôle du Conseil constitutionnel « consiste simplement à contrôler la conformité de la loi à la Constitution, c'est-à-dire à définir et sanctionner les excès de pouvoirs [*sic*] du législateur mais non de devenir une troisième chambre législative »⁸⁹. Les éditeurs des *Grandes délibérations*, qui ont eu accès à l'ensemble des procès-verbaux de la période 1981-1983, confirment quant à eux qu'après l'alternance politique de mai 1981, le président Frey « recadrera [...] systématiquement les interventions qui tenteront de faire glisser l'appréciation du Conseil vers une position politique pour resituer le débat dans un examen du contrôle de constitutionnalité des textes examinés »⁹⁰. Dans la perspective qui est la nôtre ici, on peut raisonnablement déduire de l'ensemble de ces éléments que, de façon générale, les considérations partisans ne viennent pas fausser le débat outre mesure.

B. La prévalence des considérations d'opportunité politique

Si la part de considérations strictement partisans dans la prise de décision est faible, il est en revanche avéré que des éléments d'opportunité politique influencent de façon significative les débats. À cet égard, il convient d'abord de noter que la lecture des procès-verbaux des séances plénières du Conseil constitutionnel révèle une grande sensibilité des membres de l'institution sur ce point. Les passages ne sont pas rares témoignant que, lorsque la discussion s'oriente sur l'opportunité de tel ou tel texte de loi, le rappel à l'ordre de la part du président ou de l'un des membres est sévère⁹¹. Mais par-delà ces déclarations de principe

88. Qui fut membre du Conseil de mars 1977 à mars 1986.

89. *Les grandes délibérations...*, *op. cit.*, pp. 343-344.

90. *Ibid.*, p. 327.

91. V. par exemple la séance du 30 décembre 1975 consacrée à l'examen de la loi relative aux conséquences de l'autodétermination des Comores, *Les grandes délibérations...*, *op. cit.*, propos du président Frey, p. 296 ; la séance du 1^{er} juillet 1980 relative à l'examen de la loi d'orientation agricole,

qu'il ne faut pas négliger car elles révèlent à n'en pas douter une ligne de conduite que la plupart des membres souhaitent respecter, le propos doit être nuancé pour plusieurs raisons. D'une part, la façon dont le Conseil constitutionnel appréhende un dossier n'est pas la même selon qu'il se prononce sur la conformité d'une loi par rapport à la Constitution, ou qu'il est saisi pour avis dans le cadre de l'article 16, ou encore qu'il juge en qualité de juge électoral. Il est d'abord manifeste que dans le cadre des fonctions consultatives que le Conseil constitutionnel endosse notamment au titre de l'article 16 de la Constitution et de l'article 46 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel (organisation des opérations de référendum), la part des considérations politiques est tout à fait déterminante⁹². Cela peut également être le cas dans le domaine du contrôle des élections nationales à la présidence de la République (article 58 de la Constitution et loi (référendaire) n° 62-1292 du 6 novembre 1962 relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel) ou aux assemblées parlementaires (article 59 de la Constitution, notamment). Or cette fonction de contrôle des élections nationales n'est pas, loin s'en faut, étrangère à la sauvegarde des droits constitutionnellement garantis. Le droit de vote des nationaux français, majeurs, et jouissant de leurs droits civiques et politiques est en effet proclamé à l'article 3 alinéa 3 de la Constitution de 1958. Dans ce domaine, il faut reconnaître que le Conseil constitutionnel a très tôt veillé au respect du principe du suffrage « universel, égal et secret » posé par l'article 3 alinéa 2 de la Constitution de la V^{ème} République, en fixant, dès lors qu'il était saisi, les règles à respecter par les lois opérant le découpage des circonscriptions électorales, mais aussi en adressant régulièrement au gouvernement des « observations » sur les diverses échéances électorales nationales. Pour autant, il est évident que, dans un domaine aussi sensible politiquement que celui-ci, les délibérations du Conseil constitutionnel sont dominées par des considérations politiques qui sont déterminantes dans le débat, et conduisent sans doute régulièrement à transiger avec le droit de vote et ses composantes, pourtant constitutionnellement garantis. Pour le montrer, il n'est pas même nécessaire de remonter aux origines de la V^{ème} République et à une époque très mouvementée de son histoire – il est notoire qu'à cette période, les conseillers de la rue de Montpensier ont fermé les yeux sur des irrégularités

ibid., propos de Louis Gros, p. 356 et de Georges Vedel, p. 359 ; ou encore les séances des 24 et 25 février 1982 consacrées à l'examen de la loi portant statut particulier de la région Corse, propos du président Frey, *ibid.*, p. 410

92. V., par exemple, *Les grandes délibérations...*, *op. cit.*, pp. 8, 36 et s., 142 et s. ; mais aussi pp. 82 et s. (relatant la séance du 23 avril 1963 consacrée à l'avis sur la mise en œuvre de l'article 16) et 99 et s. (procès-verbal de la très intéressante séance du 2 octobre 1962, concernant l'avis sur le référendum relatif à l'élection du Président de la République au suffrage universel direct).

entachant les élections algériennes en raison des « circonstances »⁹³. Le Conseil constitutionnel est en effet régulièrement confronté à ce type de difficultés dans le contrôle des élections nationales, et il semblerait que sa doctrine, ancienne et extrêmement contestable en la matière, consiste à ne pas tenir compte des diverses irrégularités électorales, dès lors que ces irrégularités, même flagrantes, n'ont pas été à ses yeux suffisantes pour fausser les résultats du scrutin⁹⁴. Dans un domaine qui est proche, celui du contrôle des comptes de campagne des candidats à l'élection présidentielle, l'actualité récente livre un exemple intéressant du pragmatisme qui a imprégné la politique du Conseil constitutionnel en la matière. On apprend ainsi, en découvrant les conditions de la validation des comptes de campagne de MM. Chirac et Balladur en 1995⁹⁵, que le Conseil n'hésite pas à transiger avec le droit et les droits dès lors que des motifs d'opportunité politique, appréciés de façon éminemment subjective, le justifient à ses yeux.

D'autre part, et c'est là le second point, le terme « opportunité » est, semble-t-il, conçu de façon extrêmement restrictive par les membres du Conseil. Ce que le Conseil constitutionnel s'interdit en principe de faire, c'est de porter un jugement politique sur l'œuvre du législateur, en discutant et en fondant sa décision sur le caractère opportun ou inopportun du choix opéré par le parlement. Dans sa jurisprudence, ce principe se traduit d'ailleurs par l'utilisation de formules devenues classiques : « l'article 61 [et, dorénavant, 61-1] de la Constitution ne confère pas au Conseil constitutionnel, lit-on régulièrement dans les décisions, un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à [ou de même nature que] celui du Parlement ». Encore faut-il immédiatement préciser que cette règle de *self-restraint* est écartée, de l'aveu même d'anciens conseillers, dès lors que l'opportunité (non expressément nommée) d'une disposition législative devient un critère de sa constitutionnalité, grâce à divers « habillages » juridiques. Cette constatation se vérifie par exemple dans la jurisprudence relative aux validations législatives d'actes administratifs ou encore avec la promotion de l'intérêt général au statut d'exigence constitutionnelle, notamment sous la présidence de Pierre Mazeaud. À cet égard, et comme l'expliquait M. Mazeaud dans ses vœux au président de la République le 3 janvier 2006, « l'intérêt général permet de restreindre, à condition de ne pas les dénaturer, l'exercice de droits de valeur constitutionnelle » afin de « tempérer ce qu'aurait d'excessif la revendication

93. V. à cet égard les *Mémoires* de Léon Noël, *De Gaulle et les débuts de la 7^{ème} République*, op. cit., pp. 47-48.

94. V. par exemple *Les grandes délibérations...*, op. cit., p. 136 ; et Dominique Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, op. cit., pp. 388-390.

95. V., pour un récit précis des faits de l'affaire des comptes de campagne de MM. Jacques Chirac et Edouard Balladur lors de l'élection présidentielle de 1995, « Petits comptes entre « sages » », *Le Monde*, édition du 26 novembre 2010, p. 3.

de certains droits, même lorsque ceux-ci trouvent une assise dans le texte constitutionnel »⁹⁶. Plus tard, faisant le bilan de son passage rue de Montpensier, M. Mazeaud se félicitait d'avoir su résister « à la tentation de l'abstraction, de l'absolutisme des principes, d'un certain fondamentalisme des droits », « en faisant preuve de *retenue dans l'intensité du contrôle*, en recherchant toujours un ancrage textuel, en prenant appui sur les droits étrangers et, surtout, *en faisant toute sa place à l'intérêt général dans le système de valeurs constitutionnelles* » avant de reconnaître : « à l'occasion, la jurisprudence des dernières années a fait prévaloir l'intérêt général sur une conception jusqu'au-boutiste des droits subjectifs. Je ne dis pas qu'il ne faille pas défendre les droits individuels et notamment les « droits à ». Nous l'avons fait à de multiples reprises. Je dis seulement qu'il ne faut pas leur sacrifier les intérêts collectifs que l'État a vocation à sauvegarder »⁹⁷. Et c'est ainsi que, de façon de plus en plus régulière, le législateur est autorisé, avec l'aval du Conseil constitutionnel, à porter atteinte aux droits ordinaires les plus anciens au nom d'objectifs d'intérêt général nouveaux comme, par exemple, la lutte contre le terrorisme, la lutte contre l'immigration clandestine, ou encore la lutte contre la délinquance des mineurs.

C. Le poids déterminant de la culture politique et juridique française : la volonté de préserver la « souveraineté » parlementaire

Enfin, la modération dans le contrôle peut être la conséquence de résistances qui sont le fait des inconditionnels défenseurs des droits du parlement. En effet, s'il est avéré que certains conseillers, avant d'entamer leur mandat dans l'aile Montpensier du Palais-Royal, s'étaient illustrés comme de fervents défenseurs des droits de l'homme et des libertés fondamentales⁹⁸, d'autres au contraire étaient de notoires partisans des prérogatives parlementaires. Même si, en

96. <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/documentation-publications/cahiers-du-conseil/cahier-n-20/voeux-du-president-du-conseil-constitutionnel-m-pierre-mazeaud-au-president-de-la-republique.51762.html>.

97. « 2, rue de Montpensier : un bilan », *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n° 25, 2008, p. 27 (nous soulignons).

98. Ce fut par exemple le cas de René Cassin, prix Nobel de la paix pour son action en faveur d'une protection internationale des droits de l'homme en 1968, et fondateur, en 1969, de l'Institut international des droits de l'homme à Strasbourg, de Gaston Monnerville qui avait, à plusieurs reprises alors qu'il était sénateur, demandé au gouvernement de ratifier la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, de Daniel Mayer, qui fut président de la ligue des Droits de l'homme de 1958 à 1975 et qui était président de la Fédération internationale des Droits de l'homme au moment de sa nomination, en 1983, de Simone Veil, ou encore de Robert Badinter.

raison du principe du secret des délibérations, il est impossible de connaître avec précision l'activité de chacun de ces membres au cours de leur mandat, on peut au moins s'étonner de la nomination (par le président de l'une ou l'autre des deux assemblées parlementaires) de certaines personnalités qui avaient, çà et là, exprimé des critiques extrêmement virulentes à l'égard du Conseil constitutionnel. Ce fut par exemple le cas du sénateur et vice-président du Sénat Etienne Dailly, nommé par le président du Sénat en mars 1995 et qui avait, deux ans plus tôt, au moment de la crise provoquée par la décision du Conseil sur la *Loi relative à la maîtrise de l'immigration*, suggéré une révision de la Constitution afin de limiter l'étendue du bloc de constitutionnalité. A la tribune du Congrès, le 19 novembre 1993, soit moins de dix-huit mois avant sa nomination au Conseil constitutionnel, Étienne Dailly critiquait vivement à la fois l'extension du bloc de constitutionnalité opérée par le Conseil dans sa décision de juillet 1971 (qui, rappelons-le, est bien entendu fondamentale dans la perspective de la protection des droits et libertés constitutionnellement garantis), mais aussi les méthodes du contrôle de constitutionnalité qui, à ses yeux, heurtaient la souveraineté du peuple telle qu'exprimée par les assemblées parlementaires⁹⁹. À la même époque

99. Le passage est certes long, mais il mérite d'être cité car il révèle, malgré les dénégations de son auteur, une hostilité profondément ancrée au contrôle de constitutionnalité, et singulièrement dans sa dimension de protection des droits et libertés constitutionnellement garantis, puisque c'est principalement le tournant de 1971 qui est ici critiqué, en ce qu'il limite dangereusement la marge de manœuvre du législateur. S'exprimant à la tribune pour défendre son projet de restriction du bloc de constitutionnalité, Étienne Dailly commence par fustiger la décision « aussi imprévisible qu'inattendue, rendue le 13 août 1993 par le Conseil constitutionnel » qui « oblige à réviser la Constitution de la République ». « Mon groupe, poursuit le sénateur, l'accepte mal. Je dirai même qu'il ne l'accepte pas, et il pense que nous ne devrions pas nous borner à la dénoncer. Car si on en est arrivé là, c'est parce que, le 16 juillet 1971, le Conseil constitutionnel, dont la mission dans ce domaine, je le rappelle, n'est, conformément à l'article 61 de la Constitution, que de se prononcer sur la conformité à la Constitution des textes qui lui sont soumis, avait, et pour la première fois, fait entrer dans le droit positif constitutionnel le préambule de la Constitution de 1958, celui de la Constitution de 1946, auquel il renvoie, puis tous ces principes, de plus en plus abstraits, fixés par ces fameuses lois de la République dont je vous mets au défi de réussir à dresser la liste. Pourquoi en sommes-nous parvenus là ? Parce que, depuis le 16 juillet 1971, s'est progressivement élaboré un ensemble plus vaste que la Constitution elle-même, à savoir cette notion nouvelle, alors inventée par le Conseil constitutionnel lui-même, de « bloc de constitutionnalité », bloc de constitutionnalité dont il n'est pas excessif de souligner que, faute de limites précises, il est à « géométrie variable ». On a alors vu surgir les « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » puis, au fil des décisions ultérieures, des notions nouvelles, comme les « principes particulièrement nécessaires à notre temps », les « principes à valeur constitutionnelle », les « fins d'intérêt général ayant valeur constitutionnelle », les « objectifs à valeur constitutionnelle » ou les « concepts juridiques à valeur constitutionnelle ». J'arrête là mon énumération mais je tiens, bien entendu, tous les numéros des décisions du Conseil constitutionnel à votre disposition ainsi que leur texte. Ces règles nouvelles, inventées par le Conseil constitutionnel, entretiennent finalement un rapport de plus en plus lointain,

de plus en plus ténu, avec la Constitution proprement dite, qui semble, à la limite, être devenue une source presque accessoire du contrôle de constitutionnalité alors qu'elle dispose pourtant clairement qu'elle doit en être l'unique fondement. Mes chers collègues, le Conseil constitutionnel a même été ainsi entraîné à élaborer des techniques de contrôle de constitutionnalité, qui s'écartent vraiment de par trop loin de sa mission première ! Exemple ? Eh bien, toutes ces décisions de conformité rendues « sous les strictes réserves d'interprétation dont elles étaient assorties », ou bien comportant de multiples et minutieuses prescriptions destinées aux juridictions sur la façon d'appliquer la loi pour que celle-ci - j'ose à peine finir ma phrase - demeure constitutionnelle ! Tout cela est devenu extravagant [...]. Heureusement, il reste encore un pouvoir constituant, c'est le Parlement, et il lui suffira, un jour, de préciser dans cet article 61 que le Conseil constitutionnel « se prononce sur la conformité des textes qui lui sont soumis » non plus « à la Constitution », mais « aux articles de la Constitution » pour que nous soyons délivrés de ces interprétations abusives qui nous conduisent à des situations aussi inattendues que celle de ce matin. En aucun cas, les membres du Conseil constitutionnel, n'ont eu et ne doivent avoir de pouvoir législatif. En aucun cas, ils n'ont eu et ne doivent avoir de pouvoir constituant. C'est pourquoi il n'est pas acceptable qu'ils se permettent d'ériger en « obligations constitutionnelles » des dispositions qui ne figurent pas dans la Constitution et ne sont évoquées qu'à titre de principes et dans des préambules qui n'ont aucun pouvoir normatif. Si l'on veut faire de certains d'entre eux des obligations constitutionnelles, il faudra en faire des articles de la Constitution et cela, mes chers collègues, ce seront les parlementaires, et eux seuls, qui auront le pouvoir de le faire. Je conclus. Lorsque l'on est, comme le sont les membres du groupe du Rassemblement démocratique et européen du Sénat, au nom desquels je m'exprime, très attaché au contrôle de constitutionnalité parce qu'il contribue, de façon globalement positive, à concilier les exigences parfois antagonistes de la politique et du droit, on ne peut que souhaiter mettre un terme à la redoutable dérive que je viens de rappeler. Cette dérive ne peut en effet qu'alimenter les craintes de ceux que préoccupe, à juste titre, le risque de voir s'instaurer, chez nous, une sorte de « gouvernement des juges ». Si on la laisse se perpétuer, elle ne manquera pas, en effet, de s'amplifier et, tôt ou tard, on aboutira à une remise en cause du principe même du contrôle de constitutionnalité, ce que les membres de mon groupe ne souhaitent pas. Ce que nous déplorons - je le disais tout à l'heure, en privé, à M. le Premier ministre avant qu'il ne parte pour Madrid - c'est finalement que la révision de la Constitution qui nous est proposée ce matin soit si peu ambitieuse, qu'elle ne comporte rien à ce sujet et que, de surcroît, on nous ait empêchés de l'y mettre pour éviter toute navette entre l'Assemblée nationale et le Sénat. En définitive, la révision constitutionnelle que l'on nous propose est nécessaire, je dirais même indispensable et notre groupe, dans sa quasi-unanimité, va donc la voter. Mais elle n'est pas suffisante et il faut que, par une révision de l'article 61, nous rétablissions dans sa souveraineté le Parlement de la République et que, du même coup, nous ramenions le Conseil constitutionnel et sa jurisprudence dans le rôle, dans le cadre de la mission qu'avaient entendu lui confier les constituants de 1958. Par là même, nous conforterons la place et le rôle éminent que doit avoir le Conseil constitutionnel dans les institutions de la République. (Applaudissements.) ». Le compte-rendu intégral de la séance du 19 novembre 1993 peut être consulté sur le site internet de l'Assemblée nationale à l'adresse suivante : http://www.assemblee-nationale.fr/connaissance/cr_19nov1993.asp. Etienne Dailly a déposé trois propositions de lois constitutionnelles « tendant à combler les lacunes, à remédier aux défaillances et à prévenir les interprétations abusives de la Constitution de 1958, afin de préserver et de maintenir les Institutions de la V^{ème} République » entre 1991 et 1995, propositions qui avaient notamment pour objet de réduire l'étendue du bloc de constitutionnalité, en retirant notamment le préambule de la Constitution de 1946. Aucune de ces propositions n'a abouti à une révision de la

et sur le même sujet, un peu moins de deux ans avant sa nomination par le président de l'Assemblée nationale, Michel Ameller (qui était, depuis 1951, administrateur à l'Assemblée nationale et qui fut secrétaire général de la même assemblée de 1985 à 1992) publiait au courrier des lecteurs du journal *Le Monde* un « papier » significativement intitulé : « Conseil constitutionnel. De quoi se mêlent-ils ? ». « Il est malheureusement vrai que, depuis 1974, députés et sénateurs ont mis du leur pour accélérer la montée en puissance du Conseil, se lamentait-il alors ». À ses yeux, la crise de 1993 était révélatrice d'un « vrai problème de fond : quels sont donc les pouvoirs du Conseil en face du principe démocratique énoncé par l'article 3 de la Constitution ? La véritable question est bien celle qu'a posée François Mitterrand dès 1982 : « De quoi se mêlent-ils ? » Au nom de quoi se prononcent ces « sages », désignés de façon discrétionnaire, pour donner des leçons de morale constitutionnelle, dans le secret, à des représentants du peuple se déterminant en pleine clarté en conclusion de débats publics et qui, eux, courent le risque de la sanction électorale ? Sur quoi repose leur infaillibilité pour dire le fameux « état de droit » dont tout le monde se réclame ? Le débat reste ouvert »¹⁰⁰. Il n'est pas impossible que durant son séjour rue de Montpensier¹⁰¹, ce « défenseur acharné des prérogatives parlementaires » – selon ses propres termes¹⁰² –, extrêmement suspicieux à l'égard d'une institution qu'il considérait, « en [sa] qualité de fonctionnaire parlementaire, comme attentatoire à la souveraineté nationale, exprimée par les Assemblées législatives »¹⁰³ ait œuvré davantage à préserver les prérogatives des assemblées parlementaires qu'à veiller au respect, par le législateur, des droits et libertés constitutionnellement garantis¹⁰⁴. Dans son ouvrage, Mme Schnapper confirme

Constitution. Dans le même sens, V. les propos de Pierre Mazeaud au cours des débats de l'Assemblée nationale consacrés à la révision constitutionnelle de 1993 : « je considère depuis fort longtemps que le Conseil constitutionnel en tant qu'institution a élargi sa compétence *ratione materiae*. Dans l'esprit des constituants de 1958, il n'était pas question du préambule, encore moins des droits de l'homme, etc. Nous avons tous une très lourde responsabilité, que nous soyons dans la majorité ou dans la minorité, pour avoir permis au Conseil constitutionnel de tels débordements », propos rapportés par Dominique Schnapper, *Une sociologue...*, *op. cit.*, p. 176.

100. La lettre fut publiée dans l'édition du 18 septembre 1993.

101. De mars 1995 à mars 2004.

102. « Retour sur le Conseil », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, n° 25, 2008, p. 20.

103. « Regards sur le Conseil », 11 septembre 2006, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/le-conseil-constitutionnel/le-conseil-hier/les-membres-depuis-1959/remoignages-d-anciens-membres/regards-sur-le-conseil.25702.html>.

104. Notons enfin que ce type de stratégie n'est évidemment pas étranger à l'exécutif. Un exemple topique, même s'il remonte aux origines du contrôle de constitutionnalité en France : en septembre 1964, pour achever le mandat de Bernard Chenot, le Président de la République allait nommer au Conseil André Deschamps, c'est-à-dire « le seul conseiller d'État qui avait, en octobre 1962 et

que les « fonctionnaires des assemblées parlementaires, sont particulièrement attachés au rôle prépondérant du parlement. Ils sont parfois plus soucieux de respecter la souveraineté de l'institution où ils ont fait toute leur carrière professionnelle que les hommes politiques eux-mêmes. Quel que soit l'objet de la discussion, ils défendent les parlementaires et leurs droits, ils plaident pour que le Conseil intervienne le moins possible dans le domaine législatif [*sic*] »¹⁰⁵.

Plus fondamentalement encore, on est surpris d'apprendre, en lisant le livre de Mme Schnapper, que pour des raisons extrêmement variées – tenant tant à la culture politique et constitutionnelle française qu'à la composition particulière du Conseil¹⁰⁶ – les résistances au développement de son rôle n'ont pas simplement été le fait des personnalités qui, avant leur séjour dans l'aile Montpensier du Palais-royal, avaient manifesté une franche réserve à l'égard de l'institution, de ses méthodes, ou de telle ou telle de ses décisions. Comme elle le révèle dans son ouvrage, la plupart des conseillers sont, dans une certaine mesure, *hostiles* au contrôle de constitutionnalité et à l'extension des prérogatives du Conseil constitutionnel : « on ne comprendrait pas complètement le sens de l'ensemble des décisions par lesquelles le Conseil a limité son propre pouvoir, écrit-elle ainsi, [...] si l'on ne prenait pas en compte, outre les limites imposées par les textes et le poids de ses origines, *l'attitude fondamentale de retrait ou de critique qu'adoptent un grand nombre de ses membres à l'égard de cette institution singulière* [...]. L'accroissement de son rôle s'est produit par la logique de l'institution elle-même et par l'efficace propre du droit plus que par la volonté consciente de ses membres, le plus souvent même contre leur volonté »¹⁰⁷. Les universitaires, précise encore Mme Schnapper, seraient « les seuls à n'entretenir aucune réserve à l'égard de l'institution »¹⁰⁸.

À lire les témoignages d'anciens membres du Conseil, on apprend plus précisément qu'en 1990, par exemple, la plupart des « sages » étaient ainsi opposés à l'initiative du Président de la République de permettre aux justiciables de saisir le Conseil constitutionnel dès lors qu'ils estimaient que les droits fondamentaux qui leur étaient reconnus par la Constitution étaient violés par les dispositions d'une loi¹⁰⁹. De la même façon, Dominique Schnapper explique, dans une inter-

contre l'assemblée générale du conseil, admis la régularité du recours à l'article 11 » pour réviser la Constitution, révèle Yves Beauvois, « Le Conseil constitutionnel à ses débuts » (II), *art. cit.*, p. 132.

105. *Une sociologue...*, *op. cit.*, pp. 179-180.

106. *Ibid.*, notamment pp. 182-184.

107. *Ibid.*, pp. 200-201 (nous soulignons).

108. *Ibid.*, p. 191 ; sur le même sujet, V. aussi pp. 175 et s.

109. « Au moment où se discutait cette question, révèle ainsi Jacques Robert qui était alors membre du Conseil, le premier qui a fait un article en faveur de l'exception d'inconstitutionnalité a été le bâtonnier Du Granrut dans la *Revue du droit public* que je dirige. Il s'est trouvé qu'étant dans la

view accordée au *Monde* à l'occasion de la parution de son ouvrage, que pour la réforme de 2008, qui devait inexorablement avoir pour effet de renforcer la protection des droits constitutionnellement garantis, « c'est la dynamique de l'État de droit et de l'exigence démocratique, ainsi que la logique de l'institution qui ont agi, *malgré la volonté des acteurs* [parmi lesquels il faut compter les membres de l'institution]. A quoi il faut ajouter le rôle de Jean-Louis Debré ainsi que le poids implicite et l'exemple des autres Cours européennes. *Mais imaginer que le Conseil a voulu gonfler sa propre importance est une erreur*. La réalité est beaucoup plus ambiguë »¹¹⁰. Et de conclure : « parmi les conseillers, anciens hommes politiques, il en est qui continuent à penser et à affirmer que le Conseil viole la Constitution depuis 1971. L'hostilité à l'égard d'un contrôle juridique de l'action parlementaire s'exprime toujours, même si c'est avec plus de discrétion »¹¹¹.

De ce point de vue et pour conclure, les dernières nominations au Conseil constitutionnel au début de l'année 2010 ne sont guère rassurantes. Au lendemain de sa nomination par le président de l'Assemblée nationale, Jacques Barrot ne déclarait-il pas, à propos des trois heureux élus, que « nous sommes *trois législateurs* qui connaissons la musique du Parlement. Le Conseil doit protéger les droits fondamentaux mais aussi réguler la vie politique. Les juristes considèrent un peu que le droit est une fin en soi, tandis que les législateurs sont mieux à même de le ramener à sa dimension de moyen » ? Avant de conclure : « ce serait une erreur de transformer le Conseil en cour constitutionnelle. Le juge constitutionnel ne doit pas se prendre pour le législateur mais corriger les éventuels excès d'une majorité »¹¹². Assurément, cette prévalence (numérique) des hommes politiques sur les juristes qu'implique la « politisation » du Conseil n'est pas une bonne nouvelle pour la protection des droits et libertés constitutionnellement garantis. Car comme le dit si bien Jacques Barrot, les

bibliothèque des avocats, je tombe sur Robert Badinter qui discutait avec le bâtonnier de cette question. Et Badinter lui disait : « Monsieur le bâtonnier, ne vous faites aucune illusion, cette réforme n'a aucune chance. Dans mon propre Conseil, ils sont tous contre, sauf peut-être Jacques Robert, mais c'est sans doute par affection » ». L'anecdote est rapportée par Paul Cassia, *Robert Badinter...*, *op. cit.*, p. 425. Dans son livre, Mme Schnapper révèle aussi qu'en 2002, l'enterrement du projet de Lionel Jospin d'instaurer une exception d'inconstitutionnalité après son échec au premier tour des élections présidentielles causa « la grande satisfaction de plusieurs conseillers venus du monde politique, fort soulagés. L'un d'entre eux, particulièrement fidèle à la formule du club d'origine, s'exclama devant moi : « Le peuple français est formidable, on ne changera rien ! ». Pour lui, le Conseil dans sa formule actuelle, représentait une forme ultime de concession à l'air du temps démocratique, qui ne devait en aucun cas être dépassée », *Une sociologue...*, *op. cit.*, p. 115.

110. *Le Monde*, édition du 16 février 2010.

111. *Une sociologue...*, *op. cit.*, p. 99.

112. *Le Monde*, édition du 24 février 2010 (nous soulignons).

représentations et les fins du juriste diffèrent de celles du politique. Ils n'ont tout simplement, pour le dire de façon un peu triviale, ni les mêmes objectifs ni les mêmes priorités.

Elina Lemaire

Maître de conférences à l'Université de Bourgogne (Dijon).

ANNEXE

**TABLEAU DES DÉCISIONS DE CONFORMITÉ ET DE NON-CONFORMITÉ RENDUES
PAR LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL ENTRE 1979 ET 2009**

	Décisions de conformité		Décisions de non-conformité (partielle ou totale)		Total des décisions rendues	Remarques
1979	6	60,00%	4	40,00%	10	
1980	13	81,25%	3	18,75%	16	
1981 Élections présidentielles et législatives	1 + 3 (après les élections)	50,00%	1 + 3 (après les élections)	50,00%	8	Soit, de mai 1981 à décembre 1982, 13 décisions de conformité et 11 de non-conformité
1982	10	55,56%	8	44,44%	18	
1983	10	76,92%	3	23,08%	13	
1984	9	50,00%	9	50,00%	18	
1985	10	52,63%	9	47,37%	19	
1986 Élections législatives	1 + 10 (après les élections)	55,00%	2 + 7 (après les élections)	45,00%	20	Soit, de mars 1986 à décembre 1987, 14 décisions de conformité et 13 de non-conformité
1987	4	40,00%	6	60,00%	10	
1988 Élections présidentielles et législatives	7 + 3 (après les élections)	66,67%	3 + 2 (après les élections)	33,34%	15	Soit, de juin 1988 à décembre 1989, 12 décisions de conformité et 10 de non-conformité
1989	9	52,94%	8	47,06%	17	
1990	12	63,16%	7	36,84%	19	
1991	12	66,67%	6	33,34%	18	
1992	8	66,67%	4	33,34%	12	
1993 Élections législatives	0 + 4 (après les élections)	26,27%	3 + 8 (après les élections)	73,33%	15	Soit, d'avril 1993 à décembre 1994, 18 décisions de conformité et 15 décisions de non-conformité
1994	14	66,67%	7	33,34%	21	
1995 Élections présidentielles	6 + 12 (après les élections)	66,67%	6 + 3 (après les élections)	33,34%	27	Soit, de mai 1995 à décembre 1996, 22 décisions de conformité et 8 décisions de non-conformité
1996	10	66,67%	5	33,34%	15	
1997 Élections législatives	2 + 3 (après les élections)	62,50%	1 + 2 (après les élections)	37,50%	8	Soit, de juin 1997 à décembre 1998, 9 décisions de conformité et 7 décisions de non-conformité
1998	6	54,54%	5	45,45%	11	
1999	8	44,44%	10	55,56%	18	
2000	4	25,00%	12	75,00%	16	
2001	8	53,33%	7	46,67%	15	

2002 Élections présidentielles et législatives	0 + 2 (après les élections)	22,22%	3 + 4 (après les élections)	77,78%	9	Soit, de juin 2002 à décembre 2003, 17 décisions de conformité et 13 décisions de non-conformité
2003	15	62,50%		37,50%	24	
2004	10	50,00%	10	50,00%	20	
2005	13	61,90%	8	38,10%	21	
2006	5	35,71%	9	64,29%	14	
2007 Élections présidentielle et législatives	2 + 2 (après les élections)	26,67%	6 + 5 (après les élections)	73,33%	15	Soit, de juin 2007 à décembre 2008, 8 décisions de conformité et 11 décisions de non-conformité
2008	6	50,00%	6	50,00%	12	
2009	8	30,76%	18	69,23%	26	
Total	268	53,49%	233	46,51%	501	