

DIRECTEURS

Denis Baranger (Université Panthéon-Assas) Olivier Beaud (Université Panthéon-Assas)

DIRECTEUR DE LA PUBLICATION

Denis Baranger (Université Panthéon-Assas)

FONDATEURS

Denis Baranger (Université Panthéon-Assas), Armel Le Divellec (Université Panthéon-Assas), Carlos-Miguel Pimentel (Université de Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines)

Conseil scientifique

Klaus von Beyme (Universität Heidelberg), Dominique Chagnollaud (Université Panthéon-Assas), Jean-Claude Colliard † (Université Panthéon-Sorbonne), Vlad Constantinesco (Université Robert-Schuman, Strasbourg), Jean-Marie Denquin (Université Paris Nanterre), Christoph Gusy (Universität Bielefeld), Ran Halévi (CNRS), Josef Isensee (Universität Bonn), Lucien Jaume (CNRS), Olivier Jouanjan (Université Panthéon-Assas), Claude Klein (University of Jerusalem), Franck Lessay (Université Sorbonne Nouvelle), Corinne Leveleux-Teixeira (Université d'Orléans), Martin Loughlin (London School of Economics), Ulrich K. Preuß (Freie Universität Berlin), Philippe Raynaud (Université Panthéon-Assas), Pierre Rosanvallon (Collège de France), François Saint-Bonnet (Université Panthéon-Assas), Cheryl Saunders (University of Melbourne), Michel Troper (Université Paris Nanterre), Neil Walker (University of Edinburgh).

CONSEIL DE RÉDACTION

Manon Altwegg-Boussac (Université Paris-Est Créteil), Denis Baranger (Université Panthéon-Assas), Cécile Guérin-Bargues (Université Panthéon-Assas), Renaud Baumert (CY Cergy Paris Université), Olivier Beaud (Université Panthéon-Assas), Bruno Daugeron (Université Paris-Descartes), Élodie Djordjevic (Université Panthéon-Assas), Quentin Epron (Université Panthéon-Assas), Thibault Guilluy (Université de Lorraine), Jacky Hummel (Université de Rennes 1), Olivier Jouanjan (Université Panthéon-Assas), Philippe Lauvaux (Université Panthéon-Assas), Elina Lemaire (Université de Bourgogne), Carlos-Miguel Pimentel (Université de Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines), Céline Roynier (CY Cergy Paris Université), Christoph Schönberger (Universität Konstanz), Adam Tomkins (University of Glasgow), Patrick Wachsmann (Université de Strasbourg).

SECRÉTAIRE DE RÉDACTION

Thibault Desmoulins (Université Panthéon-Assas)

Assistant d'édition

Agathe Chossat de Montburon (Université Panthéon-Assas)

La QPC, une nouvelle culture constitutionnelle, une nouvelle justice constitutionnelle

25 décisions QPC depuis 2010, une salle d'audience qui ressemble à celle d'un « vrai » tribunal, des plaidoiries d'avocats, des audiences publiques et retransmises en vidéo, des séances tenues dans les cours d'appel et les cours administratives d'appel, des articles, des thèses, des colloques, un concours Vedel de la meilleure plaidoirie en QPC, les marques du succès sont indiscutables dix ans après. Et peut-être aussi inattendues. A se reporter, en effet, au débat constituant initié par le président Sarkozy et préparé par le comité Balladur, LE sujet qui, en 2008, passionne n'est pas la QPC mais la possibilité de permettre ou non au président de la République de s'exprimer en personne devant le Congrès du Parlement réuni à Versailles. Et si la QPC est défendue par les professeurs de droit membres du comité Balladur, elle est très loin de recevoir un accueil enthousiaste ni même seulement favorable des proches conseillers de l'Élysée et en particulier d'Henri Guaino et il faudra l'intervention personnelle de Nicolas Sarkozy pour qu'elle soit inscrite dans le projet de révision de la constitution et finalement adoptée le 23 juillet 2008. Au demeurant, ni le président de la Cour de cassation, ni le vice-président du Conseil d'État ni le secrétaire général du Conseil constitutionnel auditionnés par le comité Balladur ne considéraient – ou ne voulaient considérer – à l'exception du président Jean-Louis Debré¹, que l'introduction de la QPC modifierait les choses aussi bien quant au volume du contentieux qu'à la position du Conseil. Mais succès inattendu aussi parce qu'il était raisonnablement possible d'en douter au regard des habitudes professionnelles de chacun – politiques, juges, avocats, professeurs – et de la tradition, de la culture politique et constitutionnelle française. Le contrôle de constitutionnalité des lois avait déjà été introduit avec difficulté en 1958 et accepté seulement parce que, comme l'avait dit Michel Debré, il était une arme supplémentaire contre les dérives parlementaires. Son développement accéléré après la révision de 1974 ouvrant à soixante députés ou soixante sénateurs le pouvoir de saisir le Conseil avait provoqué plusieurs « crises : en 1981 quand Lionel Jospin, premier secrétaire du parti socialiste - et qui devait devenir membre du Conseil en 2015 – affirme que « jamais les grands courants de réforme ne se sont laissés arrêter par une Cour suprême » ; en 1986, quand Albin Chalandon, garde des Sceaux et premier ministre par intérim, déclare que la décision de 1971 attribuant valeur constitutionnel au Préambule de la constitution et la révision de 1974 ont donné « un pouvoir discrétionnaire au Conseil qui n'a plus grandchose à voir avec ce qu'il était à l'origine et qui est, aujourd'hui, une anomalie » ; en 1993, quand le premier ministre Édouard Balladur, soutient devant le Congrès

¹ Voir infra., II B.

réuni à Versailles pour contester une décision du Conseil sur le droit d'asile, que « depuis que la Conseil a décidé d'étendre son contrôle au respect du Préambule de la constitution, cette institution est conduite à contrôler la conformité de la loi au regard de principes généraux, parfois plus philosophiques et politiques que juridiques, quelque fois contradictoires et, de surcroît, conçus à des époques différentes de la nôtre » et que, le même jour, le sénateur Etienne Dailly – qui deviendra membre du Conseil en 1995! – proclame que « les parlementaires doivent l'emporter sur les juges ». Bref, il était possible de considérer que l'histoire du contrôle de constitutionnalité en France s'arrêtait là, que la révision de 1974 était son étape ultime, voire qu'une modification de l'article 61 précisant que le Conseil ne pourrait plus se servir du préambule de la constitution pour contrôler la loi pouvait être envisagée².

Dix ans après l'introduction de la QPC, ces critiques n'ont pas disparu ; des voix, qui ne sont minoritaires, s'élèvent dans le monde politique mais aussi dans le monde universitaire et intellectuel, en France et ailleurs en Europe, pour dénoncer la place trop grande prise par la garantie constitutionnelle des droits fondamentaux et réclamer une limitation des compétences et des moyens du Conseil constitutionnel. Ces critiques signent, à leur manière très singulière, le bouleversement que la QPC a produit dans la culture constitutionnelle française (I) et la poursuite de l'histoire du contrôle de constitutionnalité qui ne peut s'accomplir que par une refonte de la justice constitutionnelle en France (II).

I. LA QPC, UN BOULEVERSEMENT DE LA CULTURE CONSTITUTIONNELLE FRANÇAISE

La création du Conseil constitutionnel était passée presque inaperçue en 1958 au point que le doyen Vedel dénonçait l'illusion donnée par la majesté d'une institution qui maintenait en réalité la France à l'écart du mouvement général en faveur du contrôle de constitutionnalité des lois³. Treize ans plus tard, la décision du 16 juillet 1971, allouant rang constitutionnel à la Déclaration de 1789 et au Préambule de 1946, faisant de la liberté d'association un principe fondamental reconnu par les lois de la République et censurant, le jour même, la loi soumettant à autorisation préalable la création d'associations, éveillait un moment l'attention de quelques juristes. L'attention se transformait en interrogations perplexes quand, trois ans plus tard, en octobre 1974, le constituant donnait à soixante députés ou soixante sénateurs le pouvoir de saisir le Conseil constitutionnel. Qualifiée à l'époque de « réformette », cette révision allait rapidement conduire à une (relative) augmentation des recours devant le Conseil, donc à une augmentation du nombre de lois contrôlées, donc à une augmentation des critiques sur la légitimité démocratique du contrôle de constitutionnalité des lois, et donc à la réponse du Conseil qui, dans sa décision du 9 août 1985 et par la plume du doyen Vedel, affirmait qu'une « loi votée n'exprime la volonté générale que dans le respect de la constitution ». Premier tremblement de terre en France légicentriste⁴. La qualification et la position

 $^{^2}$ Voir en ce sens la proposition de loi constitutionnelle du sénateur É. DAILLY, Texte nº 450, déposé au Sénat le 15 septembre 1993.

³ G. VEDEL, La Nef, avril-juin 1961, p. 8.

⁴ P. Blacher, Contrôle de constitutionnalité et volonté générale. Étude sur l'obiter dictum « la loi votée... n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution », Paris, PUF, 2001.

de la loi changent. La qualification parce que la qualité de loi ne s'acquiert plus seulement par le vote parlementaire mais par sa conformité à la constitution ; sa position parce que la loi perd sa place d'acte suprême pour celle d'acte soumis à la constitution. La réplique viendra vingt-trois ans plus tard par l'introduction en 2008 de la question prioritaire de constitutionnalité qui, pour continuer l'obiter dictum de 1985, pose que « la loi votée n'exprime la volonté générale que si son application n'est contraire à aucun droit ou liberté que la constitution garantit ».

Par ce bref rappel historique est mis en scène le glissement progressif d'une culture de la loi à une culture de la constitution, glissement que précipite la QPC et qui opère aussi bien dans la champ institutionnel (A) que dans le champ disciplinaire (B) et qui, dans les deux champs, provoque des turbulences tant le cadre conceptuel reste encore structuré par la culture de la loi.

A. Un bouleversement du champ institutionnel

Le cadre conceptuel dans lequel se pensaient et se représentaient les institutions et ceux qui les faisaient vivre ne constituait pas, a priori, une condition favorable à l'introduction et à la réception de la QPC ; et il reste encore aujourd'hui un obstacle ou un frein à sa pleine réalisation.

Premier élément de ce cadre, le principe selon lequel les juges n'ont pas compétence, n'ont pas le droit de contrôler la constitutionnalité des lois. Et chacun, depuis deux siècles, va répétant que cet interdit trouve son fondement dans la loi des 16 et 24 août 1790 qui dans son article 10 disposent que « les tribunaux ne pourront prendre directement ou indirectement aucune part à l'exercice du pouvoir législatif, ni empêcher ou suspendre l'exécution des décrets du Corps législatif, sanctionnés par le Roi, à peine de forfaiture » et dans son article 13 que « les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler, de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions ». Et chacun cite à l'appui de ce texte l'arrêt Arrighi et Dame veuve Coudert du 6 novembre 1936⁵ par lequel le Conseil d'État considère « qu'en l'état actuel du droit public français, le moyen tiré de l'inconstitutionnalité d'une loi n'est pas de nature à être discuté devant le Conseil d'État statuant au contentieux » et l'arrêt...par lequel la Cour de cassation affirme « qu'il ne lui appartient pas de vérifier la constitutionnalité de la loi ». Malgré ce souci de donner à voir cet interdit comme impliqué nécessairement par la loi de 1790, les articles 6 et 16 de la Déclaration de 1789 ou, depuis 1958, l'article 61 de la constitution, il est d'abord le fruit d'un esprit, d'une culture ou, pour parler comme les sociologues, d'une socialisation des magistrats à l'idée politique de leur soumission à la loi⁶. Alors que juridiquement les juges ordinaires auraient pu se reconnaître compétents pour contrôler la constitutionnalité des lois⁷, culturellement ils étaient « bloqués ». Plus que par la règle de droit positif, le refus de contrôler la constitutionnalité des lois était déterminé par la croyance intériorisée de la supériorité et de l'intouchabilité de la loi ; ou plus exactement, cette croyance surdéterminait la compréhension de l'état du droit par les juges ordinaires.

⁵ Conseil d'État, 6 novembre 1936, Arrighi et Dame veuve Coudert, Lebon, p. 966.

⁶ Voir la thèse de J. BONNET, Le juge ordinaire français et le contrôle de la constitutionnalité des lois: Analyse critique d'un refus, Paris, Dalloz, 2009.

⁷ Voir par exemple la critique de C. Eisenmann sur l'arrêt *Arrighi*, D. 1938.3.1.

C'est dans cette culture bi-séculaire, devenue l'habitus professionnel des juges ordinaires, que le constituant de 2008 leur demande de « filtrer » les questions d'inconstitutionnalité d'une disposition législative soulevées par un justiciable lors d'un contentieux. Un filtrage qui consiste à dire si la disposition législative visée par la question est bien au cœur du contentieux et surtout si la question de sa constitutionnalité n'a pas déjà été résolue lors d'un contrôle a priori et, dans la négative, si la contestation de constitutionnalité est sérieuse ou nouvelle. Or, de quelque manière de tourner les choses, filtrer c'est contrôler la constitutionnalité de la loi. Pour décider si la question soulevée par le requérant n'a pas déjà reçu une réponse du Conseil par la voie a priori, les juges doivent étudier la jurisprudence constitutionnelle, et, dans l'hypothèse d'une contestation portant sur une même disposition, comparer si les arguments des « requérants a posteriori » sont identiques à ceux qu'avaient développés les « requérants a priori », vérifier si une révision constitutionnelle n'a pas modifié la validité de la loi...; en d'autres termes, il reviendra aux juges ordinaires de déterminer les questions nouvelles de constitutionnalité. Plus encore, les juges ne peuvent pas dire si la contestation est manifestement fondée ou présente une difficulté sérieuse sans se livrer à une appréciation de la constitutionnalité de la loi contestée, sans porter un jugement, même rapide, sur sa constitutionnalité. En d'autres termes, les juges ne sont pas une simple boîte de transmission des questions mais sont devenus une instance où se forge par le débat contradictoire un premier jugement sur la constitutionnalité de la disposition législative litigieuse. Donc, à changer de culture, à basculer de l'interdiction « culturelle » de s'immiscer dans les affaires du pouvoir législatif à l'habilitation « constitutionnelle » à devenir les juges de droit commun du contrôle de constitutionnalité de la loi. Les tensions entre le « culturel », évidemment toujours là, et le « constitutionnel », évidemment dérangeant le toujours-là, explique sans doute les usages circonspects, difficiles et variables du filtre par les juges ordinaires8. Il reste que la QPC a induit un changement du cadre conceptuel dans lequel les juges ordinaires se représentent désormais leur métier, changement accéléré par l'intégration dans la formation des magistrats, formation initiale comme formation continue, du contentieux constitutionnel.

Deuxième élément du cadre conceptuel dans lequel intervient la QPC, le dualisme juridictionnel. Jusqu'à la révision constitutionnelle de 2008, le paysage juridictionnel français était structuré sur deux grands ordres de juridiction, le judiciaire et l'administratif, chacun avec sa cour suprême, la Cour de cassation pour le judiciaire, le Conseil d'État pour l'administratif et un Tribunal des Conflits pour trancher les problèmes de compétences entre les deux ordres. Le Conseil constitutionnel était hors-champ; même si sa qualité juridictionnelle était moins discutée, il ne faisait pas partie du paysage juridictionnel. Or, avec la QPC, il y entre et bouleverse les habitudes, les comportements routinisés et les positions acquises par chaque cour suprême au fil de l'histoire. En effet, alors qu'avec le contrôle a priori le contentieux est encastré dans la procédure d'élaboration de la loi - il intervient juste après le vote de la loi et avant sa promulgation –, avec le contrôle *a posteriori*, il est enchâssé dans le contentieux ordinaire. Le Conseil entre dans le paysage juridictionnel parce que le procès constitutionnel entre dans le procès ordinaire, judiciaire ou administratif. La QPC doit être soulevée « à l'occasion » d'un procès ; ce qui signifie que le procès constitutionnel n'est pas un procès autonome ; il dépend de

⁸ Plus peut-être pour le juge judiciaire que pour le Conseil d'État habitué, dans sa fonction consultative, à donner une appréciation sur la constitutionnalité des projets de loi.

la survenance d'un procès ordinaire et s'inscrit à l'intérieur de ce dernier. Il en devient un moment au demeurant important puisque la suite du procès ordinaire en dépend : si le procès constitutionnel se termine par l'abrogation de la loi contestée, le procès ordinaire ne peut reprendre ; s'il se clôt par sa validation, le procès peut reprendre. Une nouvelle chaîne juridictionnelle, inédite, se met donc en place avec le filtre comme anneau central, comme lien organique, qui n'existait pas jusqu'alors, entre Conseil d'État, Cour de cassation et Conseil constitutionnel : le Conseil est saisi par décision de renvoi motivée de l'une ou l'autre cour suprême, sa saisine suspend le procès et sa décision conditionne sa reprise.

Évidemment, comme toujours quand un nouvel entrant pénètre un champ constitué, les occupants ont tendance à défendre leur position et rechignent à faire une place au nouvel occupant. D'autant que, lui, cherche naturellement à s'imposer et ouvre une concurrence inédite où se joue le (re)positionnement de chacune des trois cours et, pour le dire plus brutalement, la possibilité pour le Conseil constitutionnel de se poser, à terme, comme la cour suprême du nouveau paysage juridictionnel. Officiellement, cette perspective n'est pas revendiquée, voire est fortement démentie par un discours mettant en scène une représentation conviviale des rapports entre les trois cours agissant à égalité de pouvoir, chacune dans sa sphère de compétence et toutes les trois coopérant loyalement. Personne n'est forcé de croire ces discours obligés! En demandant à la Cour de Luxembourg de dire que l'examen prioritaire de constitutionnalité est contraire au principe de primauté du droit communautaire, la Cour de cassation, par son arrêt du 16 avril 2010⁹, a cherché à faire condamner dès le départ une procédure qu'elle estime dangereuse pour sa position de pouvoir. De même, le Conseil d'État, en considérant que la coexistence en son sein des fonctions consultative et contentieuse n'était pas une question constitutionnelle sérieuse ou nouvelle et ne pouvait donc être transmise au Conseil constitutionnel, a montré sa volonté de ne pas soumettre son existence à son voisin du Palais-Royal¹⁰. De son côté, le Conseil constitutionnel, en décidant de tenir ses séances dans l'enceinte de cours d'appel (Metz, Pau) et de cours administratives d'appel (Nantes, Lyon) manifestaient subtilement mais clairement sa volonté de créer un lien direct entre lui et les juges judiciaires et administratifs fragilisant d'autant leur relation avec « leur » Cour naturelle, la Cour de cassation et le Conseil d'État.

Troisième élément du cadre conceptuel, découlant du deuxième et bouleversé par la QPC, la maîtrise par chaque Cour de sa jurisprudence. Selon le mécanisme prévu par la loi organique, la première condition de recevabilité d'une QPC est qu'elle porte sur une disposition législative « applicable au litige ou à la procédure ». Cette formulation – « applicable au litige... » – a provoqué un désaccord immédiat et fondamental entre la Cour de cassation et le Conseil constitutionnel, désaccord dont l'enjeu était, précisément, la mise en position de Cour suprême du Conseil. Dans un arrêt du 19 mai 2010¹¹, la Cour de cassation refusait, en effet, de transmettre la question de la non-motivation des arrêts de cours d'assises au motif que la « question posée tend, en réalité, à contester non la constitutionnalité des dispositions qu'elle vise, mais l'interprétation qu'en a donné la Cour de cassation

⁹ Cour de cassation, 16 avril 2010, nº 12003, Notre-Dame.

¹⁰ Conseil d'État, 16 avril 2010, Assoc. Alcady, Gaz. Pal., 14 mai 2010, p. 13.

¹¹ Cour de cassation, QPC, 19 mai 2010, nº 09-82582, M. Yvan Colona, Gaz. Pal.

au regard du caractère spécifique des arrêts des cours d'assises statuant sur l'action publique ». Au moment où se met en place la procédure de la QPC, la Cour réaffirme avec force le principe selon lequel elle est maître de sa jurisprudence et que les interprétations jurisprudentielles des dispositions législatives ne pourront pas en conséquence être contrôlées par le Conseil constitutionnel. Qui répond dans sa décision du 6 octobre 2010¹², en affirmant le principe inverse et juge qu'en « posant une QPC, tout justiciable a le droit de contester la constitutionnalité de la portée effective qu'une interprétation jurisprudentielle constante confère à cette disposition ». Le Conseil n'a pas tort. Dès lors, en effet, que le constituant a voulu qu'une QPC puisse être soulevée à l'encontre de lois promulguées, la contestation du justiciable porte nécessairement non sur la disposition législative telle qu'adoptée par le législateur mais sur la disposition telle qu'interprétée-appliquée par les juges. Ce déplacement de l'objet de la contestation est même très précisément ce qui distingue le contrôle de constitutionnalité a priori du contrôle a posteriori. Dans le cadre du premier, la critique ne peut évidemment porter que sur la loi « sèche » puisqu'elle intervient avant sa promulgation, avant son entrée en application donc avant son interprétation par les juges ; dans le cadre du second, en revanche, la critique porte nécessairement sur la loi entrée en vigueur, sur la loi appliquée et donc sur la « portée effective » que le juge, par son interprétation, en a donné. Avec la QPC, le contrôle de constitutionnalité sort d'une logique purement abstraite pour connaître non plus la loi parlementaire mais la loi « juridictionnelle », la loi vivante selon l'expression de la doctrine italienne¹³, celle qui a produit des effets concrets sur le justiciable. En affirmant que c'est « l'interprétation jurisprudentielle » qui « confère à une disposition législative sa portée effective », le Conseil reconnait, implicitement au moins, que la loi votée n'est pas une norme¹⁴, qu'elle le devient par le travail d'interprétation chaque fois recommencé auquel le juge se livre concrètement pour chaque affaire. Autrement dit, c'est l'interprétation jurisprudentielle qui fait la norme applicable au justiciable et qui justifie en conséquence que ce soit l'interprétation jurisprudentielle de la disposition législative qui puisse être retenue comme objet de la QPC.

Même si la décision du Conseil contredit la position adoptée par la Cour de cassation, elle ne met pas les juges constitutionnels et judiciaires en concurrence. Le Conseil, en effet, ne substitue pas son appréciation à celle de la Cour ; dès lors qu'elle est constante ¹⁵, les juges constitutionnels prendront l'interprétation des juges ordinaires pour l'interprétation « authentique », celle qui fait produire concrètement des effets de droit. Une disposition législative ne supportera donc pas deux interprétations concurrentes, celle du juge ordinaire et celle du juge constitutionnel ; elle n'en aura qu'une, celle du juge ordinaire. En revanche, cette interprétation ne sera pas « souveraine » puisque le Conseil la soumet à son contrôle ; concrètement, il examinera la constitutionnalité de l'interprétation de la loi retenue par le juge¹⁶.

¹² Cons. const., n° 2010-39 QPC, 6 octobre 2010 (J.O. 7 octobre 2010, p. 18154).

 $^{^{13}}$ Voir par exemple, G. Zagrebelski, « La doctrine du droit vivant et la QPC », in Constitutions, nº 1, 2010 ; C. Séverino, La doctrine du droit vivant, Paris, Economica-PUAM, 2003.

¹⁴ Elle ne l'était déjà plus depuis la décision du 23 août 1985 puisque, pour devenir norme, la loi votée devait respecter la constitution.

 $^{^{15}}$ Beaux débats sur la signification de l'expression « constante » !

 $^{^{16}}$ Le Conseil adoptera évidement la même solution à l'égard des interprétations du Conseil d'État dans sa décision Cons. const., n° 2010-52 QPC, 14 octobre 2010.

Le cadre conceptuel dans lequel la justice se pensait ne préparait pas à la QPC qui heurtait directement ce qui le constituait en rendant possible ce qu'il interdisait : le contrôle de la constitutionnalité des lois par les juges ordinaires, l'introduction d'un troisième acteur dans le paysage juridictionnel et la soumission des interprétations de la Cour de cassation et du Conseil d'État au contrôle du Conseil constitutionnel. Et le bouleversement se prolongeait et se prolonge toujours dans le champ disciplinaire.

B. Un bouleversement du champ disciplinaire

Jus Politicum ne sera certainement pas surpris de lire ici que l'introduction de la QPC a participé et participe encore à un changement de représentation du droit constitutionnel entendu à la fois comme objet et comme discours sur l'objet. Fondée en 2008, cette revue se donne, en effet, comme projet explicite de combattre ou à tout le moins de contester, de contrecarrer la position acquise par le contentieux constitutionnel au sein de la « discipline » et de (ré)affirmer la position centrale du « politique ». Quand deux ans plus tard, en 2010, survient la QPC qui ouvre la saisine du Conseil « à tout justiciable », qui permet la contestation des lois promulguées et qui fait passer le nombre des décisions de 30 par an jusqu'en 2010 à plus de 100 depuis cette date, la position du contentieux est renforcée comme est renforcée pour les fondateurs du *Jus Politicum* la raison d'être de leur initiative. Le champ constitutionnel est ainsi l'objet d'une lutte entre deux forces aux caractéristiques radicalement opposés : d'un côté, le droit constitutionnel jurisprudentiel fondé sur l'étude de la genèse, de la signification et de la protection juridictionnelle des droits fondamentaux et configurant la démocratie par le droit ; de l'autre, le droit constitutionnel politique fondé sur l'étude des concepts, des institutions et des mécanismes de la représentation politique et configurant la démocratie par l'élection. Chaque force mobilise réseaux, revues et positions de pouvoir académique pour chercher à imposer la vision légitime du droit constitutionnel, aujourd'hui. Depuis une trentaine d'années, le droit constitutionnel vit cette tension identitaire dans ses colloques, ses laboratoires, ses sujets de thèse, ses recrutements aussi. Il n'est pas interdit de faire le point sur cette dispute après dix ans de QPC.

La lutte au sein du champ constitutionnel comme de tout champ disciplinaire pour imposer la vision légitime de l'objet « constitution » ne saurait surprendre. Sans remonter trop loin dans le temps, Georges Burdeau signe, en 1956, la mort du droit constitutionnel et la fin du règne de la constitution, « édifice rationnel élevé pour des êtres de raison qui ne peut plus avoir cours à une époque où les seules valeurs dotées d'un prestige social sont celles qui magnifient la vie dans ses forces élémentaires et spontanées¹⁷ ». Une constitution n'a plus rien à dire sur la vie politique d'un pays qui se déroule selon les règles des rapports de forces, les stratégies des partis politiques, la psychologie des peuples rendant ainsi impuissantes, inutiles et dépassées les règles constitutionnelles. La démocratie n'est plus affaire d'institutions, d'équilibre des pouvoirs et de formes ; elle est affaire d'immédiateté, d'efficacité et d'incarnation politique. Elle est « gouvernante », écrit Burdeau, c'està-dire, elle est un système où la décision vaut par son origine – le politique – et non par le respect du cheminement institutionnel par lequel se forme la volonté générale - le droit. Acteur de cette période, Maurice Duverger, qui, en ce début des années 1950, révolutionne les études de droit constitutionnel en invitant ses col-

¹⁷ G. Burdeau, Une survivance, la notion de constitution, Sirey, 1956, p. 53.

lègues à sortir de l'âge métaphysique pour celui du positivisme, à abandonner l'exégèse scrupuleuse et inutile de la constitution et à tourner leur regard vers la science politique, la sociologie, l'histoire sociale. Il met en premier l'étude des rapports de forces politiques, des modes de scrutin, des partis politiques ; il renouvelle la théorie de la séparation des pouvoirs en n'opposant plus pouvoir exécutif et pouvoir législatif mais pouvoir de la majorité – qu'il appelle pouvoir d'État – et pouvoir de l'opposition – qu'il appelle pouvoir tribunicien ; il montre que le bipartisme ou la bipolarisation est plus important pour assurer la stabilité gouvernementale que l'organisation juridique de la responsabilité ministérielle ; il enseigne que le choix entre scrutin majoritaire et scrutin proportionnel est plus important pour dessiner la figure d'un régime politique que n'importe quelle disposition constitutionnelle. Ainsi discrédité, le discours juridique s'efface progressivement de l'horizon intellectuel. L'enseignement et la recherche sont logiquement dominés par les questions institutionnelles et historiques : répartition des compétences au sein de l'Exécutif et entre l'Exécutif et le Législatif, nombre des assemblées parlementaires, organisation de la responsabilité gouvernementale, droit de dissolution, systèmes électoraux, querelles sur les mérites respectifs des systèmes parlementaires, présidentiels et semi-présidentiels (ou semi-parlementaires, pour d'autres) ou sur la nature « réelle » de la V^e République.

La tendance commence à s'inverser dans les années 1980 quand la France découvre le contrôle de constitutionnalité des lois, que la valeur constitutionnelle de la Déclaration de 1789 et du Préambule de 1946 est affirmée, que se développe la jurisprudence constitutionnelle et que le Conseil juge, le 23 août 1985, dans un obiter dictum dû à la plume du doyen Vedel, que la loi n'exprime la volonté générale que dans le respect de la constitution. D'un coup, la constitution, qui n'en avait pas, se découvre un juge chargé de la faire respecter comme le Code civil avec la Cour de cassation et même comme le droit administratif avec ce juge spécial qu'est le Conseil d'État. Se constitue ainsi une jurisprudence constitutionnelle, un droit du contentieux constitutionnel où la figure du juge l'emporte sur la figure du député, où les droits fondamentaux l'emportent sur la séparation des pouvoirs, où, pour reprendre une expression d'Hauriou, la constitution « sociale » l'emporte sur la constitution « politique ». La QPC, évidemment, accélère et amplifie ce glissement du droit constitutionnel institutionnel vers le droit constitutionnel jurisprudentiel, et, conséquence nécessaire de ce déploiement constitutionnel, les objets de la constitution deviennent, au gré des affaires contentieuses dont le Conseil est saisi, la garde à vue, l'internement d'office en hôpital psychiatrique, l'ouverture des magasins le dimanche, la tauromachie...; bref, la constitution se saisit des questions de la vie sociale et quotidienne des « gens » ; de constitution du politique elle devient constitution de la société.

Ce glissement d'objet a provoqué au sein de la discipline et avec les autres disciplines de fortes discussions, controverses et polémiques car, lorsqu'une discipline bouge, toutes les autres sont concernées et appelées à se redéfinir en rapport avec l'évolution de l'une d'elles. Pour les uns, le droit constitutionnel serait devenu le droit-maître, celui qui donnerait forme et sens à toutes les autres branches du droit, public et privé ; le droit de la famille comme le droit pénal, le droit du travail comme le droit fiscal, le droit des affaires comme le droit des collectivités locales, tous ces droits se rattacheraient à la constitution par le moyen des principes qu'elle énonce - la liberté contractuelle, le droit de propriété, le droit à la santé, la libre

administration locale, les droits de la défense¹⁸... Pour d'autres, la jurisprudence constitutionnelle et en particulier la QPC « tuerait » le droit constitutionnel. Alors que les droits civil, commercial, social, pénal, familial auraient pour objet la société (avec un s minuscule) et saisiraient les « gens » dans leurs activités quotidiennes, le droit constitutionnel, lui, aurait pour objet le Politique (avec un P majuscule), l'État (avec naturellement un E majuscule) et saisirait les Représentants (avec toujours un R majuscule); le droit constitutionnel se distinguerait ainsi radicalement des autres branches du droit par la noblesse de son objet. Or, l'introduction et l'hyper développement du contrôle de constitutionnalité conduiraient le droit constitutionnel à devenir un droit « comme les autres » : les grandes constructions théoriques sur l'État, la souveraineté ou les partis politiques auraient laissé la place à de besogneux commentaires des décisions du Conseil constitutionnel et l'analyse de la vie politique, parlementaire et législative à l'étude des juges¹⁹. Dit brutalement: Duverger avait imposé sa vision du droit constitutionnel jusque dans les années 1980, Favoreu avait réussi à la renverser et à imposer la sienne à partir de ces années-là, elle devait à son tour être combattue par la défense et la réhabilitation du droit constitutionnel comme droit politique sous le patronage de Pierre Avril.

Si cette lutte de pouvoir a fait sens et peut encore faire sens, dix ans après la QPC le droit constitutionnel semble avoir trouvé sa « pensée de midi » pour emprunter à Camus. Il faudrait être Bourdieu pour décrypter les logiques sociales à l'œuvre dans cette lutte de pouvoir, repérer les transformations morphologiques des constitutionnalistes qu'elle exprime et qui s'expriment par elle, la sociologie et les trajectoires, sociales et universitaires, de ceux qui la porte, les positions qu'ils occupent dans le champ et les ressources académiques et éditoriales dont ils disposent... Mais, à défaut d'être Bourdieu, il est possible de comprendre juridiquement comment s'est fait cet aggiornamento. D'abord par une discussion sur l'expression « droit politique » et sa prétention à remplacer celle de « droit constitutionnel ». Réserver au seul droit constitutionnel la dénomination de « droit politique » est un a priori discutable dans la mesure où le droit civil, le droit social, le droit fiscal ou le droit pénal sont aussi des droits politiques par les valeurs qu'ils expriment et sanctionnent : le mariage pour tous, la suppression des cotisations familiales, le régime des licenciements ou la pénalisation des clients des prostituées apprennent autant sur l'état politique d'une société que le mode d'élection du président de la République ou le nombre d'assemblées parlementaires. Durkheim considérait même le droit pénal comme le vrai droit politique par les interdits qu'il posait. Ensuite, par une discussion sur la volonté de faire des institutions politiques le cœur de la discipline constitutionnelle avec le risque d'une réduction de l'intelligibilité de la constitution puisque, selon les termes de l'article 16 de la Déclaration de 1789, elle comprend sans doute « l'organisation des pouvoirs » mais aussi « la garantie des droits », c'est-à-dire, les droits et libertés dont les citoyens peuvent se prévaloir dans l'exercice de toutes leurs activités sociales. Enfin, par une discussion sur le postulat selon lequel LA doctrine constitutionnaliste aurait fait du contentieux constitutionnel et des droits fondamentaux l'unique objet ou l'objet essentiel du

¹⁸ Cette école de pensée s'est construite autour des travaux de Louis Favoreu : voir par exemple, « L'influence de la jurisprudence constitutionnelle sur les différentes branches du droit », in Mélanges Léo Hamon, Paris, Economica, 1982.

¹⁹ Cette école de pensée se retrouve autour de la revue Jus Politicum parrainée par le professeur Pierre Avril et animée par les professeurs de Paris II.

droit constitutionnel. Mais, sauf à considérer que le droit constitutionnel moderne se réduit à la présentation qui en était faite par Louis Favoreu, ce postulat est discutable. Sans doute est-il utile pour la démonstration mais il est discutable. Louis Favoreu a certainement contribué à introduire le contentieux dans l'enseignement et la recherche en droit constitutionnel et à lui donner, par une politique de thèses, de publications, de colloques et de concours, une place importante au sein de la discipline constitutionnelle. Au demeurant, il ne faisait que tirer les conséquences pour la discipline du développement de cette activité juridictionnelle inédite en France jusque dans les années 1970. Mais surtout, aussi talentueux et hyper actif était-il, Louis Favoreu n'était pas à lui seul LE droit constitutionnel ni LA doctrine constitutionnaliste. Le succès éditorial des manuels du doyen Pactet ou du professeur Gicquel en témoignent; comme en témoignent également les positions des professeurs Jean-Claude Colliard, Bernard Chantebout, Michel Troper ou Dimitri Lavroff; et, même sur le contentieux constitutionnel, d'autres représentations que celle, normativiste, d'Aix étaient proposées par exemple à ... Montpellier. Et faut-il rappeler la figure constitutionnelle du doyen Vedel affirmant tranquillement « l'insoutenable autonomie du politique » ou que « les règles écrites qui composent le droit civil, le droit pénal, le droit commercial ne sont, ni dans leur existence ni dans leur essence, les produits de déductions juridique à partir de l'axiomatique constitutionnelle ». Louis Favoreu n'avait pas le monopole du droit constitutionnel²⁰. Parce que cette discipline ignorait, faute de juge compétent, le contentieux constitutionnel, elle lui a donné, lorsqu'il s'est développé, une importance qui a pu faire croire qu'elle oubliait l'institutionnel et le conceptuel. Illusion d'optique. Comme il en est dans toutes les disciplines se découvrant un nouvel objet, les constitutionnalistes ont porté un intérêt soutenu et privilégié au contentieux constitutionnel parce qu'il y avait là un manque, un retard de compréhension à combler; et tous, quelle que soit sa position doctrinale, ont pris le contentieux comme un objet s'ajoutant aux autres et non se substituant à eux. Logique élémentaire: une discipline cherche toujours à étendre son champ en gagnant de nouveaux objets, jamais à le et à se réduire en en abandonnant!

Au demeurant, la doctrine du « droit politique » a permis de mettre au jour les tentations d'un « tout contentieux » et d'un repli triste sur le commentaire des décisions du Conseil constitutionnel. Et, ses écrits, ses travaux, ses analyses ont fait apparaître ce que pourtant cette doctrine contestait : la qualité tout autant politique, théorique et institutionnelle du droit constitutionnel jurisprudentiel que du droit constitutionnel institutionnel. La partie jurisprudentielle du droit constitutionnel a fait « découvrir » que la constitution était faite de mots ou de pré-normes auxquels l'interprète juridictionnel donnait « leur portée effective » ; a conduit les constitutionnalistes à s'intéresser aux théories de l'interprétation, à l'herméneutique, au tournant linguistique et au pragmatisme ; à penser la figure délaissée du juge dans une configuration politique où il participe à la production de la volonté générale ; à reprendre la discussion sur les concepts de souveraineté, de séparation des pouvoirs, de démocratie²¹... Sans doute, le droit constitutionnel n'a-t-il plus

²⁰ Au demeurant, Louis Favoreu lui-même n'a jamais négligé la part institutionnelle du droit constitutionnel; voir par exemple « Le droit de la constitution, la constitution du droit », RFDC, 1990, nº 1.

²¹ Pour preuves que la partie contentieuse du droit constitutionnel n'assèche pas la réflexion théorique, voir, par exemple, le remarquable article de Denis Baranger, « Comprendre le bloc de

pour seul objet l'État et la séparation des pouvoirs exécutif et législatif ; mais il n'en est pas moins « politique ». Car est « politique » un droit qui a pour objet la société, qui a pour objet de confronter le temps court de l'émotion législative au temps long des principes constitutionnels et qui dévoile le rôle déterminant des juges dans la détermination par interprétation des mots de la constitution et de la loi.

Par sa critique, la doctrine du « droit politique » a empêché que la QPC entraîne le droit constitutionnel vers le « tout contentieux » et a favorisé, sur cette partie contentieuse du droit constitutionnel, une réflexion théorique qui ne doit pas, à son tour, conduire vers un « tout conceptuel ». Car le droit constitutionnel est et reste un droit « fait » de trois composantes : l'institutionnel, la garantie des droits et l'utopie. Le premier terme rassemble les formes historiques d'organisation du Politique, le deuxième les modes d'affirmation, d'expression et de protection des droits fondamentaux, le troisième les imaginaires des sociétés humaines. Le droit constitutionnel se perd quand il est emporté tout entier dans le premier, le deuxième ou le troisième terme ; il se trouve, rayonne et devient une force vivante quand ses trois composantes s'équilibrent.

II. LA QPC, UNE INVITATION À REPENSER LA JUSTICE CONSTITUTIONNELLE

Assurément, le Conseil constitutionnel n'est plus ce qu'il était avant l'introduction de la QPC. Il avait déjà beaucoup changé après la révision de 1974 notamment sous l'influence du doyen Vedel et des présidents Daniel Mayer et Robert Badinter. En l'absence d'un règlement de procédure, un système de travail des affaires informel a progressivement fait une place au contradictoire, à des auditions d'experts et de parlementaires et la publication au Journal officiel à partir de 1983 du texte des saisines et, à partir de 1994, des observations en défense de la loi présentées par le secrétariat général du gouvernement ne donnait plus à voir un face-à-face Conseil/requérants mais, comme dans n'importe quel procès, deux « parties », les requérants et le gouvernement, et le Conseil comme instance-tiers chargée de statuer au vu des échanges d'arguments.

Tout aussi assurément, le Conseil constitutionnel n'est pas ce qu'il devrait être depuis l'introduction de la QPC. Sans doute, sous l'impulsion du président Jean-Louis Debré, le Conseil a poursuivi sa mue juridictionnelle : adoption d'un règlement de procédure faisant droit aux principes du procès juste et équitable et du tribunal impartial, création d'une salle d'audience et d'une salle pour les avocats, audience publique et retransmission des séances en vidéo, échange entre les parties, plaidoirie des avocats et du représentant du gouvernement, questions des membres du Conseil aux avocats²²... Mais il reste toujours un décalage entre la fonction, qui est contentieuse, et l'organe, qui n'a pas encore toutes les qualités d'un Tribunal constitutionnel. Et ce décalage est préjudiciable à la légitimité et à l'autorité du Conseil aussi bien dans ses relations avec les autres pouvoirs publics

constitutionnalité », Jus Politicum, nº 21; J.-M. DENQUIN, « Situation présente du constitutionnalisme. Quelques réflexions sur l'idée de démocratie par le droit », Jus Politicum, nº 1 ; A. VIALA, « Le droit constitutionnel à l'heure du tournant arrêtiste. Questions de méthode », RDP 2016, nº 4, p. 1137 et du même auteur, « De la puissance à l'acte : la QPC et les nouveaux horizons de l'interprétation conforme », RDP, 2011, p. 965 ; X. MAGNON, « Pour un moment épistémologique du droit constitutionnel », AIJC, 2016, p. 15.

²² Voir D. ROUSSEAU, P.-Y. GAHDOUN et J. BONNET, Droit du contentieux constitutionnel, Paris, LGDJ, 12e éd., 2020, p. 387 et s.

français qu'avec les autres Cours constitutionnelles. C'est pourquoi, dix ans de QPC invite à (re)penser la justice constitutionnelle, l'organe (A) et le procès (B).

A. Une invitation à repenser l'organe Conseil constitutionnel

Il est peut-être vrai, comme aime à le rappeler le président Badinter, qu'il n'existe aucun mode parfait de désignation des juges constitutionnels. La question est pourtant loin d'être anecdotique car le choix de tel ou tel mode de désignation a un effet direct sur la représentation du Conseil par lui-même, par les autres pouvoirs et par les autres cours constitutionnelles. Sous ce rapport, le mode de nomination actuel des membres du Conseil est un handicap ... pour le Conseil lui-même dont les membres jusque dans les années 1980, la publication des délibérations en témoigne, ne se « voient » pas comme des juges et donc ne se comportent pas comme des juges. Tant que l'intervention du Conseil dans le jeu institutionnel et normatif était faible, la question du mode de désignation de ses membres n'avait pas plus d'importance que sa fonction. Elle a commencé à se poser plus sérieusement après la révision de 1974 quand l'ouverture de la saisine aux députés et sénateurs a mis directement le Conseil en relation avec le Parlement et multiplié le nombre de lois soumises à son contrôle. Sans négliger qu'elle avait longtemps été un des obstacles à l'admission du Conseil à la Conférence des cours constitutionnelles européennes créée en 1972 par les Cours constitutionnelles d'Allemagne, d'Autriche et d'Italie et qu'il rejoindra seulement en 1987 au congrès de Lisbonne où un trio juridique de choc composé du doyen Vedel, du président Badinter et du secrétaire général Bruno Genevois avait pu faire oublier le mode « particulier » de désignation des membres du Conseil.

L'introduction de la QPC en 2008 va le faire sortir de l'oubli et le constituant a aperçu le « problème » d'ouvrir le prétoire du Conseil à tout justiciable dont la contestation de la constitutionnalité d'une disposition législative aurait été jugée sérieuse sans changer le mode désignation des membres de ce Conseil. Aperçu seulement puisqu'il a considéré que prévoir l'audition par les commissions parlementaires compétentes des personnes désignées par le président de la République, le président du Sénat et le président de l'Assemblée nationale et la possibilité de s'opposer à leur nomination « lorsque l'addition des votes négatifs de chaque commission représente au moins trois cinquièmes des suffrages exprimés au sein des deux commissions » suffisait. Or, cela ne saurait suffire.

Proposer un mode de désignation à la hauteur de la fonction assurée désormais par le Conseil impose d'étudier les exemples étrangers²³ non par souci de mimer le « meilleur » mais pour tenter de dégager de ces exemples les éléments qui permettent de choisir le « bon », c'est-à-dire, celui qui correspond à la fois à l'environnement institutionnel dans lequel le Conseil intervient et au(x) mode(s) de contrôle de constitutionnalité dont il a la charge. Dès lors qu'il semble acquis – mais la chose pourrait être discutée – que la désignation des juges constitutionnels ne peut se faire par la voie d'un concours organisé, par exemple, par l'ENM et ouvert aux professions juridiques à partir de 50 ans et 20 d'expérience, elle relève nécessairement d'une nomination et d'une nomination par des autorités politiques dont le choix peut être plus ou moins contraint. Dans le cas français, prenant en considération l'introduction d'un contrôle a posteriori, le nouveau mode désignation des

²³ Voir par exemple D. ROUSSEAU et P. BLACHÈR, *La justice constitutionnelle en Europe*, Paris, Montchrestien, 2020, 4° éd., p. 45 et suiv.; G. TUSSEAU, *Contentieux constitutionnel comparé*, Paris, LGDJ, 2021, p. 454.

juges constitutionnels devrait satisfaire trois exigences. La première est l'intervention des assemblées parlementaires dans le processus de désignation. Puisque le contrôle porte sur leur travail et que les parlementaires peuvent être des requérants devant le Conseil, il peut être utile pour favoriser la confiance entre les deux institutions que, comme l'avait proposé Kelsen, les élus soient associés ou participent à la nomination de ses membres. La deuxième exigence est contradictoire avec la première depuis, précisément, l'introduction de la QPC. Le mécanisme du filtre, le principe d'un contrôle par le Conseil de l'interprétation constante des dispositions législatives par la Cour de cassation et le Conseil d'État fait du nouveau contrôle de constitutionnalité un moment du procès ordinaire et créé une relation de « travail » entre Conseil constitutionnel, Cour de cassation et Conseil d'État. Pour qu'une relation de confiance s'établisse entre les trois Cours, il faut que l'origine politique des nominations au Conseil s'efface en étant compensée par l'obligation de choisir des juristes confirmés dialoguant à qualités égales avec les juristes des deux autres Cours. Il n'est pas exclu que les réticences et les résistances de la Cour de cassation à l'encontre de la QPC aient été guidées par la difficulté à admettre que ses interprétations, produites par des magistrats professionnels à la suite d'un débat contradictoire, soient contrôlées par les « politiques » siégeant au Conseil²⁴. La troisième exigence découle et renforce la deuxième. Puisque la QPC a ouvert le prétoire du Conseil « à tout justiciable », introduit le contradictoire, l'audience publique et la plaidoirie d'avocats, il faut établir une relation de confiance entre ces nouveaux acteurs du procès constitutionnel et le Conseil et, par conséquent, que s'efface, là aussi, l'origine politique des nominations au Conseil pour faire apparaître un tribunal impartial digne de respect. Dans la combinaison de ces trois éléments, la QPC force à donner la primauté aux deux dernières et à la traduire par un nouveau mode désignation où, pour respecter la première exigence, les juges constitutionnels seraient élus par les assemblées parlementaires mais où, pour faire droit aux deux autres, ces assemblées auraient l'obligation de les choisir parmi des professionnels du droit disposant d'une expérience continue d'au moins 15 ans et de les élire à la majorité qualifiée des trois cinquième des suffrages exprimés. À cette condition, le Conseil pourrait rejoindre le discours qu'il tient sur lui-même : asseoir sa qualité de juridiction²⁵.

Cette qualité dépend aussi d'un statut des juges constitutionnels de nature à garantir l'impartialité objective et subjective du Conseil. Globalement, l'ordonnance du 7 novembre 1958 et le décret du 13 novembre 1959, plusieurs fois modifiés pour prendre en compte ce souci d'impartialité, expriment le minimum requis. Sous les réserves qui suivent... 9 en 1958 pour rendre 10 décisions par an, les juges constitutionnels sont toujours 9 en 2021 pour rendre 10 décisions par mois. Il ne serait pas déraisonnable de modifier la constitution pour porter à 15 le nombre de conseillers, supprimer enfin la catégorie « membre de droit » et, malgré les inquiétudes du doyen Vedel, faire élire le président par le Conseil. Par une sorte de réflexe rhétorique, il est immédiatement opposé l'exemple italien de 1987 où le juge Ferrari, battu à l'élection à la présidence de la Cour, avait tenu une conférence de presse

²⁴ Le Conseil d'État est, évidemment, moins sensible à cet argument!

²⁵ Il faut ajouter – ce qui n'est pas sans importance – que cette procédure, semblable à celles de nombre de cours constitutionnelles, renforcerait l'autorité et la légitimité du Conseil, aujourd'hui « difficiles », dans les instances européennes et internationales de justice constitution-

pour dénoncer publiquement et en des termes outrageants les conditions dans lesquelles son concurrent, le juge Saja, avait été élu. Mais, par un même réflexe, vient à l'esprit l'exemple français où la nomination comme président du Conseil d'un ami politique du président de la République a toujours fatigué son apparence d'impartialité et, par ricochet, celle du Conseil. Sans méconnaître le « risque italien », l'indépendance du Conseil sera mieux assurée par l'élection du président par ses pairs que par la nomination par une main extérieure au Conseil. Afin de diminuer l'enjeu de pouvoir que pourrait représenter la présidence du Conseil, il conviendrait de lui ôter deux compétences : celle de désigner le rapporteur qui se ferait par tirage au sort au moment de chaque renouvellement et celle de la voix prépondérante en cas de partage des voix qui serait donnée au juge-rapporteur.

La présidentialisation du Conseil, fâcheuse tendance française, pourrait encore être limitée par un profond changement de sa « gouvernance ». Aujourd'hui les 9 juges ont à leur disposition un service juridique composé de... 5 personnes²⁶ et un service de documentation associé aux travaux de recherches juridiques composé d'une dizaine de chargé-e-s de mission²⁷ sous la direction d'un secrétaire général. Une TTPE pour la grande tâche de veiller au respect des droits et libertés garantis par la constitution! Là aussi, la qualité juridictionnelle du Conseil impose que ses membres disposent des moyens propres à assurer la maîtrise intellectuelle de leurs décisions. À cette fin, deux réformes seraient souhaitables : le recrutement par concours des membres du service juridique et du service de documentation qui, à cette occasion, seraient réunis ; le recrutement par et pour chaque juge de deux référendaires et d'un ou une secrétaire. Chaque fois qu'un tel réaménagement de l'assistance juridique à la production des décisions est proposé, sont immédiatement avancés le risque de fragmentation de la jurisprudence constitutionnelle et celui d'un abandon progressif du pouvoir aux référendaires, risques que le système actuel permettrait d'éviter en centralisant la préparation des décisions entre les mains du service juridique sous la direction du secrétaire général. Risques réels au regard des expériences étrangères mais exagérés pour maintenir en place un mécanisme favorable à la « présidentialisation juridictionnelle ». Car donner à un juge constitutionnel un « staff » lui permettant de préparer la décision ne conduit pas mécaniquement à une fragmentation jurisprudentielle. Il suffirait, par exemple, d'instituer des séances de pré-délibération où le juge-rapporteur soumettrait à la discussion de ses collègues l'état de ses réflexions et la solution envisagée ouvrant ainsi la voie à une élaboration partagée et collégiale de la décision lors de la séance de délibération. Ce qui devrait conduire à porter à six mois le délai pour rendre les décisions avec, évidemment, la possibilité de dérogations dans l'hypothèse d'une question préjudicielle à la CJUE ou d'une demande d'avis à la CEDH.

Cette refondation juridictionnelle du Conseil, qui devrait être redénommé « Cour constitutionnelle » comme l'avait proposé – sans succès – le président Badinter lors de l'introduction de la QPC en 2008, implique qu'il ne soit pas soumis à de possibles pressions financières et dispose donc d'une autonomie budgétaire formalisée par la responsabilité de présenter directement le budget au Parlement qui doit inscrire les crédits demandés au budget général.

²⁶ Le service juridique comprend un magistrat de l'ordre judiciaire, un magistrat de l'ordre administratif, un administrateur de l'Assemblée nationale, un administrateur du Sénat et un chargé de mission en droit comparé.

²⁷ Le Conseil dispose également d'un service de communication, d'un service des relations extérieures, d'un service administratif et financier et d'un service informatique.

B. Une invitation à repenser le procès constitutionnel

Depuis l'introduction de la QPC, les guillemets qui, d'ordinaire, entouraient l'expression « procès constitutionnel » ont tendance à disparaître. C'est que, désormais, il y a bien un demandeur, le justiciable qui conteste la constitutionnalité de la disposition législative qui lui est appliquée, un défendeur, le gouvernement qui soutient sa constitutionnalité, un avocat, qui défend le justiciable, un représentant du secrétariat du gouvernement, qui plaide en faveur de la loi, et un Conseil qui après avoir entendu en séance publique les parties se retire pour délibérer et rendre sa décision. Au-delà de la mise en forme de la procédure dans un véritable code qui traduirait les règles du procès équitable et du tribunal impartial, quatre réformes permettraient de conforter le processus contentieux enclenché par l'introduction de la QPC.

L'accès au Conseil, d'abord. Réservé jusqu'en 2008 aux autorités politiques, son ouverture « à tout justiciable » n'a pas seulement prolongé la réforme de 1974, elle a changé la nature du contentieux constitutionnel. La question constitutionnelle n'est plus l'affaire des autorités politiques, elle devient celle de tout-un-chacun et, par ricochet, celle des modalités de son accès à la justice constitutionnelle. Le choix du constituant de 2008 a été de médiatiser l'accès en le réservant à la qualité de justiciable d'un procès ordinaire et à l'acceptation par la Cour de cassation ou le Conseil d'État de transmettre l'affaire au Conseil constitutionnel. En d'autres termes, Cour de cassation et Conseil d'État peuvent bloquer l'accès d'un justiciable au Conseil constitutionnel. Dès le départ, le filtre a été un problème ; il fut même à l'origine d'une « guerre des juges » au point que la doctrine, notamment le regretté Guy Carcassonne, et les parlementaires ont posé la question de son maintien. Dix ans après, au vu d'un usage erratique et contourné, il convient de changer le mécanisme du double filtrage et de retenir l'une des deux procédures suivantes : soit confier la recevabilité des recours au Conseil en créant une chambre dédiée où les juges qui y siégeraient ne pourraient participer à l'assemblée délibérant sur le fond ; soit supprimer le filtre de la Cour de cassation et du Conseil d'État et confier la recevabilité aux juges du fond avec possibilité d'appel de leur décision devant le Conseil constitutionnel. Mais, au-delà de cette réforme, il faut aller plus loin. Si la QPC veut être, comme le dit le président Fabius, une « question citoyenne » il convient de prévoir un accès direct du citoyen en lui permettant de saisir le Conseil de toute loi qu'il jugerait contraire aux droits et libertés que la constitution garantit. L'intérêt pour agir est clairement reconnu dans le préambule de la Déclaration de 1789 qui précise la finalité des droits énoncés : permettre aux citoyens de comparer « à chaque instant » les actes du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif avec les droits et libertés énoncés et, le cas échéant, fonder sur ces droits leurs réclamations pour en obtenir le respect par les pouvoirs publics. Est ainsi fondé l'intérêt, mieux, le droit pour les citoyens d'agir pour garantir le respect de la constitution qui est ainsi confié, pour reprendre les mots de la constitution de 1791, « à la vigilance des pères de famille, aux épouses et mères, à l'affection des jeunes citoyens et au courage de tous les Français ». Cette « vigilance citoyenne » doit, aujourd'hui, se traduire par la reconnaissance du droit des citoyens de « réclamer » au Conseil le contrôle de la constitutionnalité des lois.

Les normes du contrôle, ensuite. Limité aujourd'hui aux lois ordinaires et aux lois organiques, aux traités internationaux et aux règlements des assemblées, le champ des normes contrôlées devrait être étendu aux lois, ordinaires, organiques et constitutionnelles adoptées par voie de référendum. La distinction faite par le Conseil dans sa décision du 6 novembre 1962 entre lois votées par le Parlement et celles adoptées par le peuple pour justifier son incompétence sur celles-ci repose

sur une argumentation politique, la lettre de la constitution ne faisant aucune distinction entre les lois selon leur mode d'adoption. Il est vrai que cette extension du contrôle de constitutionnalité aux lois référendaires exprime un « esprit de la démocratie » où le souverain, fût-il le peuple, ne peut pas tout et notamment porter atteinte aux droits fondamentaux. Et sous ce rapport, dans le moment populiste actuel, il n'est pas inintéressant de relever que même les partisans les plus convaincus de la qualité démocratique du référendum l'excluent pour les droits fondamentaux ou prévoient la possibilité pour le Conseil de l'interdire si le projet contrevient aux droits et libertés que la constitution garantit. Au demeurant, cette garantie ne saurait s'exercer seulement à l'encontre des normes législatives ; elle doit, sous peine de laisser un « trou » dans l'autorité de la constitution, porter sur les décisions de la Cour de cassation et du Conseil d'État. Au risque de provoquer de nouvelles turbulences dans le paysage juridictionnel, il conviendrait, sur le modèle de l'emparo en Espagne ou de l'empara en Andorre, de permettre au justiciable de contester devant le Conseil constitutionnel les décisions de ces Cours au motif qu'elles seraient mal fondées en droit, qu'elles n'auraient pas respectées les principes du procès équitable, qu'elles ne seraient pas motivées en droit ou qu'elles feraient une application-interprétation déraisonnable ou illogique de la loi. Sans doute, cette compétence renforcerait la qualité de Cour suprême du Conseil ; mais, qu'elle soit déniée ou non par les acteurs, cette logique institutionnelle est au travail depuis l'introduction de la QPC.

Aggravant encore les turbulences, il conviendrait de réunir contrôle de conventionnalité et contrôle de constitutionnalité. La décision du 15 janvier 1975 par laquelle le Conseil s'est déclaré incompétent pour contrôler les lois au regard des conventions internationales régulièrement intégrées à l'ordre juridique français et, en l'espèce, à la convention européenne des droits de l'homme, et sa confirmation juste après l'entrée en application de la QPC répondaient à un souci stratégique - éviter de confronter la loi IVG au droit à la vie inscrit dans la CEDH en 1975, rassurer en 2010 la Cour de cassation et le Conseil d'État qui s'étaient emparés du contrôle de conventionnalité depuis la décision d'incompétence du Conseil –, non à une argumentation juridique logique. En effet, selon l'article 55 de la constitution, « les traités ou accords régulièrement ratifiés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à la loi ». Le principe de la supériorité du traité sur la loi est donc un principe constitutionnel et une loi qui serait contraire à un traité serait par là-même contraire aux dispositions de l'article 55 de la constitution. Le Conseil doit ainsi faire respecter ce principe constitutionnel comme tous les autres principes constitutionnels et, pour lui éviter de prendre lui-même l'initiative de cette unification des contrôles de conventionnalité et de constitutionnalité, il faut qu'elle soit inscrite dans la constitution. En 2007, le président Jean-Louis Debré avait proposé, lors de son audition par le comité Balladur, de « profiter » de l'introduction de la QPC pour inscrire à l'article 61 de la constitution que « le Conseil pourrait contrôler la conformité des lois à la fois à la constitution et aux traités relatifs aux droits et libertés fondamentaux » aussi bien en contrôle a priori qu'a posteriori. Dix ans après, il conviendrait de donner une suite favorable à cette proposition d'autant que les juges ordinaires pratiquant désormais et le contrôle de conventionnalité et le contrôle de constitutionnalité, il serait cohérent, si en plus était retenu le mécanisme du seul filtre à leur profit avec appel possible devant le Conseil, que ce dernier assure, en même temps, le contrôle de conventionnalité et de constitutionnalité de la loi qu'aura effectué en premier le juge *a quo*.

La décision, enfin. La rédaction et même le style d'écriture des décisions du Conseil a évidemment changé depuis 1958 où, par un mimétisme avec le Conseil

d'État facilité par un secrétaire général issu de ses rangs, elles se réduisaient à quelques brèves affirmations d'autorité. Une première évolution s'opère en 1974 et une autre, plus importante, à partir de 2008 et la suppression en 2016, par la volonté du président Fabius, du regretté considérant. Les dates de ces évolutions ne sont pas un hasard. Elles correspondent aux deux moments où l'auditoire du Conseil change. Le considérant « parle », au sens premier du terme, à un auditoire de juristes, celui du Conseil d'avant 1974 et encore un peu des années 80, mais il « parle » de moins en moins lorsque les décisions du Conseil s'adressent aux politiques, aux justiciables, aux citoyens, à la société et souhaitent être lues par les autres cours constitutionnelles aux décisions plus longuement argumentées. Ainsi, la publication au Journal officiel du texte des recours parlementaires souvent longs et très argumentés et des observations en réponse du gouvernement a obligé le Conseil à mieux expliquer les raisons de ses décisions pour éviter les accusations d'arbitraire comme le souci de mieux se faire « lire » par l'opinion publique l'a conduit à abandonner la rédaction en une seule phrase ponctuée de considérants et de points-virgules au profit de « vraies » phrases avec sujets, verbes, compléments et des points. Le changement d'auditoire impliquait un changement du mode d'écriture des décisions. Il reste que la motivation des décisions est, encore aujourd'hui, l'une des principales faiblesses du Conseil constitutionnel. Trop souvent le juge constitutionnel se contente de citer le fondement constitutionnel pour décider, sans autre forme d'explication, que la disposition en cause « affecte » ou « n'affecte pas », « méconnait » ou « ne méconnait pas », de façon « manifeste » ou non... les principes constitutionnels en cause dans l'affaire. Mais dire qu'un principe constitutionnel est ou n'est pas méconnu ne donne pas les motifs qui ont conduit à prendre telle décision plutôt que telle autre ; c'est seulement fournir un fondement juridique qui valide la décision en droit. Pour comprendre le raisonnement du Conseil, il faut se référer aux « commentaires » publiés sur son site internet. Ils exposent avec finesse le « contexte » de la décision et la situation historique dans laquelle elle s'insère – précédents jurisprudentiels, environnement législatif, évolution des mœurs, etc. ; mais, puisque ces éléments d'explication ne font pas partie de la décision et ne sont d'ailleurs pas « signés » du Conseil lui-même, il n'est pas possible de les considérer comme des arguments juridiquement valables pouvant alimenter le débat doctrinal et même démocratique. Ces commentaires ne sont qu'un alibi commode pour maintenir un faible niveau d'argumentation et constituent un facteur d'appauvrissement des décisions.

Si le Conseil veut mieux se faire comprendre de ses auditoires devenus nombreux et différents, la voie est simple : intégrer dans la décision elle-même les éléments d'argumentation contenus dans les « commentaires ». Les précédents jurisprudentiels, par exemple, auraient toute leur place au sein de la décision, comme les références aux jugements d'autres cours constitutionnelles ou/et internationales et même à la doctrine ; la décision pourrait également faire état des « hésitations » des juges ou des différentes possibilités de solutions dans certaines affaires difficiles28.

Mais il faut aller encore plus loin dans l'exigence d'une décision argumentée et fondée en droit en reconnaissant aux juges constitutionnels qui ne partagent pas le

²⁸ Sur la critique des modes de rédaction des décisions de justice, voir F. MALHIÈRE, *La brièveté* des décisions de justice (Conseil constitutionnel, Conseil d'État, Cour de cassation), Paris, Dalloz, 2016

raisonnement ou/et la solution retenus par la majorité de publier, à la suite de la décision, leurs opinions. La chose fait débat depuis longtemps et dans des termes parfois très forts puisque le doyen Vedel voyait dans l'admission des opinions séparées le « malheur du Conseil²⁹ ». Affaiblissement de l'autorité des décisions, perte de la collégialité, stratégie de mise en valeur des juges « dissidents », politisation des décisions et pression sur les juges pour se désolidariser de leurs collègues, tous ces arguments sont sérieux mais, au vu des pratiques dans les Cours qui les acceptent, ils ne sont pas convaincants³⁰. En revanche, au regard de l'objectif d'une meilleure compréhension publique des décisions, l'admission des opinions séparés apporterait deux avantages appréciables. Elle favoriserait d'abord la qualité argumentative et la motivation juridique des décisions. À partir du moment où le contentieux constitutionnel a pour objet des pré-normes qui deviennent normes par le travail d'interprétation du Conseil et que ce travail met nécessairement en jeu plusieurs interprétations possibles, il est logique d'attendre des juges qu'ils fassent connaître le raisonnement qui les a conduits à retenir telle interprétation plutôt que telle autre. S'il y a débat au sein du Conseil – ce qui ne serait pas anormal – et si les juges majoritaires savent que les juges minoritaires peuvent publier leur interprétation, ils vont devoir développer une argumentation précise afin de démontrer la validité juridique de leur interprétation et de défaire préventivement l'argumentation des juges minoritaires. Et, par un effet miroir, les juges minoritaires ne pourront se contenter d'une contestation « politique » de la décision majoritaire mais devront, pour convaincre d'une future éventuelle évolution jurisprudentielle, travailler l'argumentation juridique de leur désaccord. En d'autres termes, les opinions séparées jouent comme une contrainte procédurale de nature à faire monter en puissance la motivation et l'argumentation juridiques des décisions du Conseil. Le second avantage attendu des opinions séparées est une meilleure acceptabilité des décisions. Juger, disait Paul Ricoeur, est un acte de distribution où gagnant et perdant doivent pouvoir se reconnaître. Avec l'opinion séparée, le « perdant » sait que « son » interprétation a été entendue, défendue, discutée, délibérée et que, si elle n'a pas été retenue, elle fait partie de la décision ; et donc il peut l'accepter comme produit d'une activité rationnelle. Car la rationalité d'une décision ne tient pas au nombre de voix obtenu ; elle tient à l'intégration de l'idée qu'elle aurait pu être autre. En ce sens, les opinons séparées sont la traduction en droit d'une philosophie de la rationalité où la Raison, sauf à se prendre pour Dieu ou à devenir folle, se pense faillible, se sait limitée ; les opinions séparées sont la marque de cette faillibilité et de cette limite de la Raison à l'œuvre dans le travail juridictionnel. Parmi les nombreuses sentences inscrites dans sa « librairie », Montaigne avait placé celle de Sentus Empiricus: « contre chaque argument, un argument égal ».



²⁹ G. VEDEL, préface au *Droit du contentieux constitutionnel*, Paris, LGDJ, 2020.

³⁰ Voir notamment le dossier publié en 2000 par les *Cahiers du Conseil constitutionnel* sous la direction de D. Rousseau et la thèse de W. MASTOR, *Les opinions séparées des juges constitutionnels*, Aix-Marseille, PUAM, 2005.

Un article d'une constitution est un élément d'un ensemble d'articles lui-même participant d'un système formant la structure d'une configuration politique. Modifier un seul article n'est jamais une modification « sèche » ; tout est touché, de l'ensemble des articles à la structure. La réforme de l'article 6 en 1962 n'a pas changé seulement le mode d'élection du président de la République ni la réforme de l'article 7 en 2000 seulement la durée du mandat présidentiel ; tout l'équilibre des pouvoirs a été modifié. Il en est ainsi de la révision en 2008 de l'article 61 qui, en ajoutant « seulement » le justiciable aux autorités habilitées à porter devant le Conseil la question de la constitutionnalité d'une loi, a ouvert une « turbulence » générale dans la structure de la configuration politique française en perturbant le paysage juridictionnel, l'exercice des pouvoirs, les savoirs constitués et l'institution même du Conseil. Et une turbulence qui continue...

Dominique Rousseau

Professeur de droit public, Université Panthéon-Sorbonne (Paris 1).

COLOPHON

Ce numéro de Jus Politicum a été composé à l'aide de deux polices de caractères, Linux Libertine et Alegreya Sans. La première est développée par le « Libertine Open Fonts Projekt » sous la direction de Philipp H. Poll, sous licence à sources ouvertes GNU GPL (GNU General Public License). La seconde a été développée par Juan Pablo del Peral pour le compte de Huerta Tipográfica, et est disponible sous licence of (SIL Open Font Licence).

ISSN: 2105-0937 (en ligne)