

Le Conseil constitutionnel se meurt, vive la Cour constitutionnelle !

Par **PAUL CASSIA** agrégé de droit public, professeur à l'école de droit de la Sorbonne et **THOMAS CLAY** Agrégé de droit privé, professeur à l'université de Versailles, doyen de la faculté de droit et de science politique

A l'heure où le Conseil constitutionnel n'a jamais semblé aussi puissant, le voilà qui risque de disparaître dans sa forme actuelle, emporté par des exigences européennes qui le dépassent et qu'il ne respecte plus.

C'est la conséquence inattendue et inévitable des questions prioritaires de constitutionnalité (QPC), qui permettent désormais à tout justiciable de demander dans tout procès si la loi qu'on prévoit de leur appliquer est conforme ou non à la Constitution (1). Cette question est susceptible d'être transmise au Conseil constitutionnel, à qui il revient de se prononcer sur la conformité du texte qui lui est soumis. Or, du fait du mode de nomination des membres du Conseil, il se trouve que certains d'entre eux se voient en situation de juger la constitutionnalité d'une loi dont il avait participé à l'élaboration dans des fonctions antérieures.

Telle est la contradiction qu'a ingénieusement soulevée le département de Saône-et-Loire dans un contentieux relatif à l'absence de compensation financière corrélative aux transferts de compétence de l'Etat en direction des départements. Plus précisément, le département de Saône-et-Loire a mis en cause la composition du Conseil constitutionnel au moment où celui-ci avait examiné le contentieux, au motif que 6 des 11 membres auraient contribué à l'adoption des lois attaquées devant le Conseil.

Le département a donc agi en récusation de ceux-ci. Par une lettre du 26 mai, le secrétariat général du Conseil a pour la première fois admis l'aporie, fait savoir que deux conseillers acceptaient de ne pas participer au règlement des QPC (l'ancien sénateur Michel Charasse et l'ancien député Jacques Barrot) et pris acte de la mise à l'écart volontaire de l'ancien président Jacques Chirac qui «ne participe pas aux travaux depuis mars 2011».

La récusation des 3 autres membres visés (l'ancien président de l'Assemblée nationale Jean-Louis Debré, l'ancien

sénateur Hubert Haenel et l'ancien directeur de cabinet de Jean-Pierre Raffarin à Maignon, Pierre Steinmetz) a été, elle, refusée, sans que l'on ne sache ni par qui, ni quand, ni pourquoi alors que l'incompatibilité paraissait devoir leur être étendue. L'explication est sans doute à trouver dans le fait que le quorum en dessous duquel le Conseil constitutionnel ne peut pas délibérer est lé-

Dans quel pays pourrait-on imaginer que le président de l'Assemblée nationale, qui fait voter les lois, préside ensuite l'organe chargé de vérifier leur constitutionnalité ?

galement fixé à 7 membres, ce qui n'a aucun rapport avec les règles du procès équitable.

En outre, il est vrai que le Conseil adopte une conception opportunément souple de l'impartialité dès lors qu'il est lui-même concerné : Michel Charasse a participé à la décision du 6 août 2010 relative au recrutement des enseignants-chercheurs, alors qu'il avait pris publiquement et grossièrement position contre le principe d'«*inamovibilité des universitaires*» (sic) ; la décision du 16 septembre 2010 relative au fichier national automatisé des empreintes génétiques a été rendue alors que 5 des 11 membres s'étaient prononcés sur la question des prélèvements ADN dans le cadre de leurs fonctions précédentes.

C'est pourquoi le département de Saône-et-Loire a immédiatement posé à nouveau la même question, mais cette fois-ci sous la forme plus générale de l'exception d'inconstitutionnalité, à savoir de la non-conformité du règlement intérieur du Conseil constitutionnel aux principes d'indépendance et d'impartialité garantis par la Convention européenne des droits de l'homme. Dans ses décisions du 30 juin 2011, le Conseil constitutionnel n'a même pas répondu à cette exception, se contentant de rejeter sur le fond les QPC. Le département de Saône-et-Loire a fait savoir qu'il allait désormais saisir la Cour européenne des droits de l'homme, laquelle décide

de manière constante que la participation d'un juge à l'adoption du texte soumis ensuite à la juridiction constitutionnelle enfreint le principe d'impartialité.

Le Conseil constitutionnel tel qu'on le connaît aujourd'hui est donc en sursis. Et comment n'en serait-il pas ainsi ? Dans quel pays pourrait-on imaginer que le président de l'Assemblée nationale, qui fait voter les lois, préside ensuite l'organe chargé de vérifier leur constitutionnalité ?

La composition purement politique actuelle du Conseil pouvait être tolérée tant que celui-ci ne contrôlait les lois qu'avant leur promulgation, car le risque de confusion des fonctions était marginal. Mais avec l'avènement de la QPC qui ouvre le contrôle de lois déjà en application, dans tous les contentieux, le Conseil se prononce désormais surtout sur des lois que ceux de ses membres ayant une longue carrière politique ont conçues, soit sur des interprétations de dispositions législatives données par le Conseil d'Etat ou par la Cour de cassation à l'époque où ces juridictions étaient présidées par des membres actuels du Conseil constitutionnel, dont les qualités personnelles sont d'ailleurs incontestables.

Or la question de la composition du Conseil constitutionnel ne recèle pas seulement des enjeux procéduraux, loin s'en faut.

Ainsi, par exemple, les QPC formées par le département de Saône-et-Loire concernaient le financement de l'ensemble des prestations sociales de redistribution versées par les départements, soit 47 millions d'euros pour ce seul département. Pour l'ensemble des départements, l'enjeu réel de ces QPC est même de 3 milliards d'euros. Pouvaient-elles être traitées par ceux-là mêmes qui ont participé à l'adoption des lois querellées ?

Certes, on pourrait répondre que le Conseil se comporte désormais comme une vraie juridiction puisque ses membres peuvent être récusés quand ils sont déjà intervenus, à un autre titre, sur le sujet. Mais un tel argument fait fi de deux éléments problématiques : d'une part, il fait peser sur les requérants une obligation de vigilance considérable, le risque étant systématique au regard du curriculum vitae des membres que ceux-ci aient antérieurement à leur nomination au Conseil eu à prendre position sur la disposition législative attaquée ; d'autre part, la composition à 11 membres sera désormais fictive puisqu'à chaque fois certains seront écartés, sans que l'on sache très bien jusqu'à combien de mises à l'écart régulières le Conseil existe encore.

On sait que, depuis longtemps déjà, le mode de composition politique du Conseil constitutionnel est, à juste titre, contesté. Le fait que les membres sont désignés par les présidents de la République, du Sénat et de l'Assemblée nationale, laisse craindre qu'ils le soient parfois en remerciements de services rendus, parfois en prévision

de services à rendre. Qui ne se souvient des conditions dans lesquelles les comptes de la campagne présidentielle d'Edouard Balladur ont été validés en 1995 ou celles dans lesquelles a été obtenue, en 1999, l'immunité pénale du président de la République d'alors, celui-là même qui en est membre aujourd'hui ? Le Conseil constitutionnel était devenu le lieu de la gratitude politique.

Avec la QPC, ce mode de composition est devenu inacceptable et potentiellement inconventionnel. Une juridiction qui contrôle les lois en vigueur au regard des droits et libertés constitutionnels et qui est, au surplus, juge électoral, ne doit être suspecte en aucune manière. Il faut donc nécessairement repenser les conditions de nomination au Conseil, en privilégiant le pluralisme et la compétence juridique à toute acointance politique, comme dans toutes les démocraties modernes.

On pourrait par exemple élire les conseillers à la majorité des deux tiers des députés, éventuellement sur proposition du président de la République, et en supprimant, au passage, l'héritage monarchique qui permet aux anciens présidents de la République d'en être membres de droit. Il faut aussi donner aux seuls parlementaires, c'est-à-dire aux auteurs de la loi, et non au gouvernement, le soin de défendre celle-ci au cours du procès constitutionnel.

Au-delà du Conseil constitutionnel, c'est toute l'architecture institutionnelle qu'il faudra nécessairement rebâtir et l'onde de choc de la requête en récusation partiellement accueillie en l'espèce n'a pas fini de se propager. Sous les coups de boutoirs des exigences du procès équitable, elle pourrait atteindre toutes les institutions où règne la confusion des genres et des fonctions, qui sont encore nombreuses dans notre République.

Dans l'immédiat, c'est bien l'avènement d'une vraie Cour constitutionnelle qui se dessine, comme depuis longtemps le préconisent les promoteurs de la VI^e République, sur laquelle ne planerait pas en permanence l'ombre de la suspicion. Une sorte de nouveau modèle qui serait sans doute repris dans tous les pays où cette juridiction suprême est, sous l'inspiration française, encore composée de manière politique. Une cour suprême doit avoir l'apparence irréfutable de la noble mission qu'elle prétend remplir, sans quoi elle prend le risque de la déconsidération.

(1) Cf. «Libération» du 7 juillet : «A ce jour environ 2500 QPC ont été déposées devant les juges de première instance et en appel. Après le premier filtre du Conseil d'Etat et la Cour de cassation, 172 QPC ont été renvoyées devant le Conseil constitutionnel, qui a pour l'heure rendu 122 décisions : 68 textes ont été déclarés en conformité avec la Constitution, 18 en non-conformité. En volume, la QPC s'installe dans le paysage juridique, sans atteindre le niveau de la Cour constitutionnelle fédérale allemande, qui a 6000 "QPC" en cours. Logique pour une procédure qui existe depuis plus de soixante ans, comme en Espagne ou en Italie.»

Le Conseil constitutionnel se meurt, vive la Cour constitutionnelle !

Par **PAUL CASSIA** agrégé de droit public, professeur à l'école de droit de la Sorbonne et **THOMAS CLAY** Agrégé de droit privé, professeur à l'université de Versailles, doyen de la faculté de droit et de science politique

A l'heure où le Conseil constitutionnel n'a jamais semblé aussi puissant, le voilà qui risque de disparaître dans sa forme actuelle, emporté par des exigences européennes qui le dépassent et qu'il ne respecte plus.

C'est la conséquence inattendue et inévitable des questions prioritaires de constitutionnalité (QPC), qui permettent désormais à tout justiciable de demander dans tout procès si la loi qu'on prévoit de leur appliquer est conforme ou non à la Constitution (1). Cette question est susceptible d'être transmise au Conseil constitutionnel, à qui il revient de se prononcer sur la conformité du texte qui lui est soumis. Or, du fait du mode de nomination des membres du Conseil, il se trouve que certains d'entre eux se voient en situation de juger la constitutionnalité d'une loi dont il avait participé à l'élaboration dans des fonctions antérieures.

Telle est la contradiction qu'a ingénieusement soulevée le département de Saône-et-Loire dans un contentieux relatif à l'absence de compensation financière corrélative aux transferts de compétence de l'Etat en direction des départements. Plus précisément, le département de Saône-et-Loire a mis en cause la composition du Conseil constitutionnel au moment où celui-ci avait examiné le contentieux, au motif que 6 des 11 membres auraient contribué à l'adoption des lois attaquées devant le Conseil.

Le département a donc agi en récusation de ceux-ci. Par une lettre du 26 mai, le secrétariat général du Conseil a pour la première fois admis l'aporie, fait savoir que deux conseillers acceptaient de ne pas participer au règlement des QPC (l'ancien sénateur Michel Charrasse et l'ancien député Jacques Barrot) et pris acte de la mise à l'écart volontaire de l'ancien président Jacques Chirac qui «ne participe pas aux travaux depuis mars 2011».

La récusation des 3 autres membres visés (l'ancien président de l'Assemblée nationale Jean-Louis Debré, l'ancien

sénateur Hubert Haenel et l'ancien directeur de cabinet de Jean-Pierre Raffarin à Matignon, Pierre Steinmetz) a été, elle, refusée, sans que l'on ne sache ni par qui, ni quand, ni pourquoi alors que l'incompatibilité paraissait devoir leur être étendue. L'explication est sans doute à trouver dans le fait que le quorum en dessous duquel le Conseil constitutionnel ne peut pas délibérer est lé-

Dans quel pays pourrait-on imaginer que le président de l'Assemblée nationale, qui fait voter les lois, préside ensuite l'organe chargé de vérifier leur constitutionnalité ?

galement fixé à 7 membres, ce qui n'a aucun rapport avec les règles du procès équitable.

En outre, il est vrai que le Conseil adopte une conception opportunément souple de l'impartialité dès lors qu'il est lui-même concerné : Michel Charrasse a participé à la décision du 6 août 2010 relative au recrutement des enseignants-chercheurs, alors qu'il avait pris publiquement et grossièrement position contre le principe d'«*inamovibilité des universitaires*» (sic) ; la décision du 16 septembre 2010 relative au fichier national automatisé des empreintes génétiques a été rendue alors que 5 des 11 membres s'étaient prononcés sur la question des prélèvements ADN dans le cadre de leurs fonctions précédentes.

C'est pourquoi le département de Saône-et-Loire a immédiatement posé à nouveau la même question, mais cette fois-ci sous la forme plus générale de l'exception d'inconstitutionnalité, à savoir de la non-conformité du règlement intérieur du Conseil constitutionnel aux principes d'indépendance et d'impartialité garantis par la Convention européenne des droits de l'homme. Dans ses décisions du 30 juin 2011, le Conseil constitutionnel n'a même pas répondu à cette exception, se contentant de rejeter sur le fond les QPC. Le département de Saône-et-Loire a fait savoir qu'il allait désormais saisir la Cour européenne des droits de l'homme, laquelle décide

de manière constante que la participation d'un juge à l'adoption du texte soumis ensuite à la juridiction constitutionnelle enfreint le principe d'impartialité.

Le Conseil constitutionnel tel qu'on le connaît aujourd'hui est donc en sursis. Et comment n'en serait-il pas ainsi ? Dans quel pays pourrait-on imaginer que le président de l'Assemblée nationale, qui fait voter les lois, préside ensuite l'organe chargé de vérifier leur constitutionnalité ?

La composition purement politique actuelle du Conseil pouvait être tolérée tant que celui-ci ne contrôlait les lois qu'avant leur promulgation, car le risque de confusion des fonctions était marginal. Mais avec l'avènement de la QPC qui ouvre le contrôle de lois déjà en application, dans tous les contentieux, le Conseil se prononce désormais surtout sur des lois que ceux de ses membres ayant une longue carrière politique ont conçues, soit sur des interprétations de dispositions législatives données par le Conseil d'Etat ou par la Cour de cassation à l'époque où ces juridictions étaient présidées par des membres actuels du Conseil constitutionnel, dont les qualités personnelles sont d'ailleurs incontestables.

Or la question de la composition du Conseil constitutionnel ne recèle pas

seulement des enjeux procéduraux, loin s'en faut. Ainsi, par exemple, les QPC formées par le département de Saône-et-Loire concernaient le financement de l'ensemble des prestations sociales de redistribution versées par les départements, soit 47 millions d'euros pour ce seul département. Pour l'ensemble des départements, l'enjeu réel de ces QPC est même de 3 milliards d'euros. Pouvaient-elles être traitées par ceux-là mêmes qui ont participé à l'adoption des lois qu'on les juge ?

Certes, on pourrait répondre que le Conseil se comporte désormais comme une vraie juridiction puisque ses membres peuvent être récusés quand ils sont déjà intervenus, à un autre titre, sur le sujet. Mais un tel argument fait fi de deux éléments problématiques : d'une part, il fait peser sur les requérants une obligation de vigilance considérable, le risque étant systématique au regard du curriculum vitae des membres que ceux-ci aient antérieurement à leur nomination au Conseil eu à prendre position sur la disposition législative attaquée ; d'autre part, la composition à 11 membres sera désormais fictive puisqu'à chaque fois certains seront écartés, sans que l'on sache très bien jusqu'à combien de mises à l'écart régulières le Conseil existe encore.

On sait que, depuis longtemps déjà, le mode de composition politique du Conseil constitutionnel est, à juste titre, contesté. Le fait que les membres sont désignés par les présidents de la République, du Sénat et de l'Assemblée nationale, laisse craindre qu'ils le soient parfois en remerciements de services rendus, parfois en prévision

de services à rendre. Qui ne se souvient des conditions dans lesquelles les comptes de la campagne présidentielle d'Edouard Balladur ont été validés en 1995 ou celles dans lesquelles a été obtenue, en 1999, l'immunité pénale du président de la République d'alors, celui-là même qui en est membre aujourd'hui ? Le Conseil constitutionnel était devenu le lieu de la gratitude politique.

Avec la QPC, ce mode de composition est devenu inacceptable et potentiellement inconventionnel. Une juridiction qui contrôle les lois en vigueur au regard des droits et libertés constitutionnels et qui est, au surplus, juge électoral, ne doit être suspecte en aucune manière. Il faut donc nécessairement repenser les conditions de nomination au Conseil, en privilégiant le pluralisme et la compétence juridique à toute acointance politique, comme dans toutes les démocraties modernes.

On pourrait par exemple élire les conseillers à la majorité des deux tiers des députés, éventuellement sur proposition du président de la République, et en supprimant, au passage, l'héritage monarchique qui permet aux anciens présidents de la République d'en être membres de droit. Il faut aussi donner aux seuls parlementaires, c'est-à-dire aux auteurs de la loi, et non au gouvernement, le soin de défendre celle-ci au cours du procès constitutionnel.

Au-delà du Conseil constitutionnel, c'est toute l'architecture institutionnelle qu'il faudra nécessairement rebâtir et l'onde de choc de la requête en récusation partiellement accueillie en l'espèce n'a pas fini de se propager. Sous les coups de boutoirs des exigences du procès équitable, elle pourrait atteindre toutes les institutions où règne la confusion des genres et des fonctions, qui sont encore nombreuses dans notre République.

Dans l'immédiat, c'est bien l'avènement d'une vraie Cour constitutionnelle qui se dessine, comme depuis longtemps le préconisent les promoteurs de la VI^e République, sur laquelle ne planerait pas en permanence l'ombre de la suspicion. Une sorte de nouveau modèle qui serait sans doute repris dans tous les pays où cette juridiction suprême est, sous l'inspiration française, encore composée de manière politique. Une cour suprême doit avoir l'apparence irréprochable de la noble mission qu'elle prétend remplir, sans quoi elle prend le risque de la déconsidération.

(1) Cf. «Libération» du 7 juillet : «A ce jour environ 2500 QPC ont été déposées devant les juges de première instance et en appel. Après le premier filtre du Conseil d'Etat et la Cour de cassation, 172 QPC ont été renvoyées devant le Conseil constitutionnel, qui a pour l'heure rendu 122 décisions : 68 textes ont été déclarés en conformité avec la Constitution, 18 en non-conformité. En volume, la QPC s'installe dans le paysage juridique, sans atteindre le niveau de la Cour constitutionnelle fédérale allemande, qui a 6000 "QPC" en cours. Logique pour une procédure qui existe depuis plus de soixante ans, comme en Espagne ou en Italie.»