

Dans les coulisses du Conseil constitutionnel. Le poids des considérations politiques et prudentielles dans l'élaboration de la jurisprudence

Si l'affirmation d'après laquelle le Conseil constitutionnel représente, dans l'équilibre institutionnel mis en place par la Constitution de 1958, le gardien privilégié des droits et libertés fondamentales est récurrente dans les médias et assez largement répandue dans la doctrine, elle est aussi un élément essentiel de la stratégie de communication de l'institution elle-même. Le discours officiel du Conseil en matière de protection des droits et libertés constitutionnellement garantis est, en effet, entendu. Se faisant pour partie l'écho de la doctrine, des médias et de l'opinion publique, les membres du Conseil constitutionnel n'ont de cesse de marteler le rôle fondamental joué par leur institution dans ce domaine. A lire ou entendre les divers discours et interventions des membres en cours de mandat lors de cérémonies de vœux, dans des colloques, à l'étranger, il est aisé de mesurer l'importance de cette dimension du rôle du juge constitutionnel aux yeux de ses membres. C'est ainsi que, dès 1977, le président Roger Frey, dans un discours prononcé à l'occasion d'une visite au Conseil du Président de la République, déclarait que « si l'histoire du Conseil constitutionnel est encore brève, elle n'en constitue pas moins un éloquent témoignage de la continuité et de l'efficacité de l'action qu'il a exercée, depuis sa création, *en faveur de la défense des libertés et de la protection des droits des citoyens* dans les différents domaines assignés à son contrôle par la Constitution »¹. Invité, en 1987, à participer à un colloque organisé à l'Université de Nanterre, le doyen Georges Vedel, alors membre du Conseil, affirmait également, dans sa communication, que « le juge constitutionnel est gardien [du] trésor » des droits de l'homme². De la même façon, dans un article publié dans *Le Monde* à l'automne 1993, en pleine tempête provoquée alors par la décision sur la *Loi relative à la maîtrise de l'immigration*³, Robert Badinter écrivait que depuis 1971, « du droit d'association au droit d'asile, [le Conseil constitutionnel] a toujours veillé au respect des libertés publiques et des droits fondamentaux de l'homme et du citoyen »⁴. Le 13 juin 1998, dans un exposé portant sur « Le rôle du Conseil constitutionnel français » présenté à l'occasion du cent-cinquantième anniversaire de l'Etat fédéral suisse, le Président Yves Guéna déclarait quant à lui : « je voudrais avancer une idée essentielle, selon laquelle l'influence majeure

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

2 « Le Conseil constitutionnel, gardien du droit positif ou défenseur de la transcendance des droits de l'homme », communication au colloque des 17-19 septembre 1987 organisé par l'Université de Paris X, *Pouvoirs*, Paris, PUF, n° 45-1988, p. 153. Georges Vedel fut membre du Conseil constitutionnel de février 1980 à février 1989.

3 Décision n° 93-325 DC, 12-13 août 1993.

4 Edition du 23 novembre 1993.

du Conseil constitutionnel sur le système politique français est précisément *d'avoir permis le passage de la Constitution – séparation des pouvoirs à la Constitution – garantie des droits*. Si la Constitution française est devenue l'acte des droits des gouvernés c'est parce que, décision après décision, *le Conseil utilise la Constitution pour construire une charte jurisprudentielle des droits et libertés, jamais close, qui s'enrichit après chaque décision consacrant un nouveau droit constitutionnel* »⁵. Trois ans plus tard, à l'occasion d'une communication prononcée dans le cadre d'un colloque organisé à Moscou, le même président du Conseil esquissait le « bilan de [ses] quarante années d'existence » qui ont permis à l'institution « de s'affirmer comme une véritable cour suprême protectrice des droits fondamentaux et actrice majeure de la consolidation de l'Etat de droit »⁶. Prenant acte de ce « chang[ement] de nature »⁷ (déjà ancien) de l'institution et de l'infléchissement profond de sa mission, l'actuel Président du Conseil constitutionnel faisait quant à lui part à son auditoire de son souhait d'« inscrire [son] action » « dans cette orientation de profond attachement à la protection juridictionnelle des libertés »⁸, de la même manière que ses prédécesseurs : car, déclarait-il encore dans un discours prononcé à l'occasion du cinquantième anniversaire de la mise en place du Conseil, « les soixante-dix membres qu'a compté [*sic*] le Conseil constitutionnel depuis l'origine ont été animés du même idéal, celui de la défense des droits et libertés. Tous ont conjugué leur talent et se sont rassemblés au service de valeurs communes, celles de la République et de l'Etat de droit »⁹.

La mission de gardien des droits et libertés est mise en avant de la même façon sur le site internet de l'institution, dans les pages qui sont consacrées à sa présentation. On y lit par exemple qu'en « 1971, à l'occasion d'un jugement [*sic*] sur le droit des associations, le Conseil incorpore aux normes de référence le préambule de la Constitution, et par voie incidente, celui de la Constitution de 1946 et la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789. Cette avancée jurisprudentielle consacre le rôle du Conseil comme garant des droits et libertés »¹⁰. Dans cette

5 P. 16. Les textes cités des interventions des membres du Conseil constitutionnel peuvent être consultés sur le site Internet de l'institution.

6 P. 2.

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

8 Intervention de Jean-Louis Debré à l'occasion du colloque du 30 janvier 2009 consacré à l'ouverture des archives du Conseil constitutionnel, p. 7.

9 5 mars 2009, p. 2. On pourrait multiplier les exemples. Un dernier retiendra notre attention : à la fin de son mandat, alors qu'il prenait la plume pour raconter son expérience au Conseil constitutionnel, Jacques Robert écrivait, dans les toutes premières pages de son ouvrage, que la « tâche fondamentale » du Conseil consiste à « défendre la justice et les libertés », *La garde de la République. Le Conseil constitutionnel raconté par l'un de ses membres*, Plon, 2000, p. 45. Jacques Robert fut membre du Conseil constitutionnel de mars 1989 à mars 1998.

10 <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/le-conseil-constitutionnel/le-conseil-aujourd-hui/presentation-generale/presentation-generale.206.html>. Dans un document élaboré par les services du Conseil en 2005 et intitulé « Les missions du Conseil constitutionnel », il est encore indiqué qu'en 1958, « nul ne prévoyait [...]

même rubrique de présentation de l'institution, une page du site est même entièrement consacrée à la mission de protection des droits et libertés fondamentaux¹¹. En revanche, le propos de l'institution qui « juge » – ou fait état de son activité de juge – est moins prolixe sur cette question. On est en peine de citer plus d'un communiqué de presse dans lequel il est expressément fait référence au rôle du Conseil constitutionnel en matière de protection de droits et libertés : il s'agit de celui livré à la presse à propos de la décision se prononçant sur la conformité à la Constitution de la loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet, dite Hadopi I (2009-580 DC du 10 juin 2009), dans lequel il est indiqué (de façon un peu surprenante, la précision étant parfaitement inutile eu égard au contexte de la décision et par ailleurs transposable à pratiquement tous les communiqués de presse) que « le Conseil constitutionnel, *gardien des droits et libertés constitutionnellement garantis*, a jugé que plusieurs des dispositions de ces articles 5 et 11 n'étaient pas conformes à la Constitution »¹². Mais ce type d'affirmations ne se trouve, à notre connaissance, dans aucune des décisions rendues à ce jour par le Conseil constitutionnel. Il n'y a, au demeurant, rien de bien surprenant à cet égard : le discours proprement juridique (ou relatant les décisions de l'institution) est plus mesuré, plus formel aussi, sans doute, en raison des contraintes particulières qu'il se doit d'épouser.

Il reste que le discours officiel du Conseil constitutionnel et de ses membres est bien rôdé, et que l'affirmation du statut de l'institution en tant que gardien des libertés publiques et des droits fondamentaux en est un élément essentiel. Deux questions peuvent, dans ces circonstances, être légitimement posées : n'y a-t-il pas, d'abord, par-delà le discours institutionnel, un certain décalage entre l'image que le Conseil livre de sa fonction de gardien des libertés, et la manière dont sont effectivement élaborées ses décisions ? Ne serait-il pas possible, ensuite, de mettre à jour un décalage entre les représentations que certains membres se faisaient de leur rôle au Conseil constitutionnel, entre leurs aspirations individuelles dans le domaine de la protection constitutionnelle des droits et libertés, et la teneur, la portée réelles de la jurisprudence du Conseil durant les années d'exercice de leur mandat ? Autrement dit, relève-t-on, en observant le fonctionnement *interne* de l'institution, que la considération ou le souhait de la protection des droits

qu'à l'instar des Cours constitutionnelles américaines ou européennes, le Conseil constitutionnel serait amené à occuper la place prééminente qui est aujourd'hui la sienne dans l'équilibre institutionnel et dans la protection des libertés fondamentales », p. 1 (<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/le-conseil-constitutionnel/pour-en-savoir-plus/le-role-et-le-fonctionnement-du-conseil-constitutionnel/i-le-role-et-le-fonctionnement-du-conseil-constitutionnel.4714.html>).

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

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

et libertés sont déterminants dans la production de la jurisprudence ? Ou bien faut-il considérer, au contraire, que d'autres arguments, plus « prudents » (qui peuvent être des arguments de nature politique, juridique, institutionnelle, voire psychologique) pèsent dans l'élaboration des décisions du Conseil au détriment, parfois, des considérations relatives à la protection des droits et libertés fondamentaux ? Le propos de cette étude, on l'aura compris, ne sera pas de décrypter tel ou tel aspect de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, mais de tenter de mettre à jour, en plongeant dans les coulisses de l'institution, en analysant le discours de l'institution sur elle-même (c'est-à-dire en se fondant sur un corpus principalement composé de témoignages de membres ou d'anciens membres et des procès-verbaux des délibérations plénières), le poids réel dans l'élaboration des décisions de l'argument de la protection des droits et libertés, par rapport à d'autres considérations, qui ne sont pas toujours officiellement invoquées, mais dont le poids est peut-être encore davantage déterminant.

Une remarque liminaire s'impose : tenter de mettre à jour le fonctionnement interne de l'institution n'est pas chose aisée. Comme le déclarait devant ses collègues le 25 avril 2001 le Président de l'institution Yves Guéna lors du traditionnel dîner « de corps » organisé au Conseil constitutionnel, « il y a tout ce qui se proclame et que l'on sait à l'extérieur, mais aussi ce qui se chuchote et que nous seuls savons ; et l'indicible, enfin, ce trésor caché que même les plus experts dans la doctrine ne peuvent soupçonner. C'est tout cela le Conseil constitutionnel »¹³. Au terme de cette enquête, il serait difficile de mieux résumer la situation à laquelle est confronté le chercheur qui tente de percer les mystères de la formation de la jurisprudence constitutionnelle. Car au fond, on ne sait de ce qui se passe au Conseil constitutionnel que ce que les membres et les archives de l'institution (en réalité, principalement les procès-verbaux des délibérations) veulent bien révéler : c'est-à-dire, il faut bien l'avouer, pas grand chose. Bien entendu, le désarroi du chercheur à l'issue de ses recherches ne constitue, en réalité, qu'une demi-surprise. Car il sait d'avance que toute enquête sur le fonctionnement interne et non visible du Conseil constitutionnel va se heurter, de façon inévitable, à un obstacle important : celui du secret des délibérations.

Le secret des délibérations, qui est un principe classique de toute procédure juridictionnelle, comporte une double dimension. D'une part, il interdit toute communication de pièces de procédure du Conseil, que la demande de communication soit formulée par un particulier¹⁴, ou par une autorité

13 Déclaration du président Yves Guéna au dîner du Conseil constitutionnel du 25 avril 2001, in GUÉNA, Yves, *Ecrits et discours*, III. 10 années de vie publique 1997/2007, Périgueux, La Lauze, 2008, p. 45. Yves Guéna a été membre du Conseil constitutionnel de janvier 1997 à mars 2004, et président du 1^{er} mars 2000 à la fin de son mandat.

14 Hier comme aujourd'hui, la règle de la non-communication des pièces de procédure pouvait être aménagée principalement au profit de chercheurs menant une enquête historique ou juridique sur le Conseil constitutionnel. Ainsi, dans sa décision du 27 juin 2001 portant règlement intérieur sur les archives du Conseil constitutionnel

publique : c'est ainsi que par une décision *Perdrix* du 10 novembre 1998¹⁵, le Conseil constitutionnel a refusé de communiquer au juge d'instruction qui lui en faisait la demande un rapport présenté devant la section d'instruction du Conseil statuant comme juge électoral, au motif que ce rapport, qui « ne peut être regardé comme une pièce détachable » des délibérations, était, comme elles, couvert par le secret¹⁶. D'autre part, le secret impose aux membres de l'institution un devoir de réserve. Ainsi, l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel prévoit, dans son article 3, et afin de garantir l'autorité des décisions de l'institution mais aussi l'indépendance et la dignité des fonctions de ses membres, qu'« avant d'entrer en fonction, les membres nommés du Conseil constitutionnel prêtent serment devant le Président de la République. Ils jurent de bien et fidèlement remplir leurs fonctions, de les exercer en toute impartialité dans le respect de la Constitution et de *garder le secret des délibérations et des votes et de ne prendre aucune position publique*, de ne donner aucune consultation sur les questions relevant de la compétence du Conseil ». Cette obligation s'impose à tous les membres du Conseil constitutionnel en fonctions – à l'exception, semble-t-il, des membres de droit, conformément au vœu formulé en 1958 par le président René Coty – et elle ne disparaît pas, même après l'expiration de leur mandat. Les membres et anciens membres du Conseil constitutionnel sont, en principe, contraints de rester parfaitement muets sur leurs activités au sein de l'institution.

L'obstacle méthodologique est donc de taille, et l'exercice peut s'avérer périlleux pour qui veut étudier le fonctionnement interne de l'institution, par-delà la vitrine des décisions, des communiqués de presse, et des diverses déclarations publiques des membres du Conseil constitutionnel. Pour autant, une enquête dans ses coulisses ne semblait pas, pour plusieurs raisons, vouée à l'échec. D'une part en effet, la publication récente (en 2009) d'une partie de ses

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

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

16 Considérant 2.

délibérations¹⁷ couvrant la période 1959-1983, rendue possible par la réduction, en 2008¹⁸, à vingt-cinq ans du délai au delà duquel les archives de l'institution peuvent être librement consultées, ouvrait un chantier passionnant d'enquête sur les conditions d'élaboration des décisions. D'autre part, la publication l'année suivante et à un mois d'intervalle de deux livres de membres sortants du Conseil constitutionnel, Pierre Joxe¹⁹ et Dominique Schnapper²⁰, devait, dans une certaine mesure, livrer un éclairage nouveau sur le fonctionnement non visible de l'institution – c'est en tout cas ce que les articles de la presse écrite, relatant ces parutions, laissaient entendre et espérer. L'ouvrage de Pierre Joxe, intitulé *Cas de conscience*²¹ et paru quelques semaines avant la fin de son mandat rue de Montpensier, était présenté, à la fois par l'auteur et par les médias, comme un livre de règlement de comptes avec le Conseil. C'est ainsi qu'en quatrième de couverture, et faisant clairement référence à son mandat de conseiller, Pierre Joxe notait amèrement qu'il avait été contraint, durant son séjour au Conseil constitutionnel, de « laisser tordre le droit ». Le journal *Le Monde* évoquait quant à lui la publication de l'ouvrage dans deux articles, publiés respectivement dans l'édition numérique et l'édition papier des 3 et 5 février 2010. Tous deux insistaient sur les désaccords de Pierre Joxe – qui n'avait pas « attendu les prochaines nominations pour contester publiquement le mode de fonctionnement du Conseil constitutionnel » – avec l'institution, et mettaient l'accent sur les nombreuses critiques, à la fois de forme et de fond, que l'ancien ministre socialiste livrait dans son ouvrage. Un mois plus tard, la sociologue Dominique Schnapper publiait, dans un tout autre style, un ouvrage plus scientifique d'analyse sur le fonctionnement interne du Conseil constitutionnel, relatant avec précision – grâce notamment au journal qu'elle avait tenu pendant son mandat de neuf ans – son expérience rue de Montpensier.

Par ailleurs, outre les informations fort utiles contenues dans ces parutions récentes, il est notoire que certains détails relatifs au fonctionnement du Conseil étaient livrés dans les mémoires de certains de ses plus anciens membres (comme ceux de Léon Noël et de Gaston Palewski, respectivement premier et second présidents de l'institution). Il n'était enfin pas complètement illégitime, notamment eu égard au nombre d'interviews, d'articles, d'ouvrages ou de mémoires publiés par les conseillers qui leur avaient succédé dans l'aile Montpensier du Palais Royal, de s'attendre à voir, ça et là, pointer des déceptions, des regrets, des critiques, des décalages, en un

17 MATHIEU, Bertrand ; MACHELON, Jean-Pierre ; MELIN-SOUCRAMANIEN, Ferdinand ; ROUSSEAU, Dominique ; PHILIPPE, Xavier, *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel 1958-1983*, Paris, Dalloz, 2009, 473 p.

18 Par la loi organique du 15 juillet 2008, précitée.

19 Membre de mars 2001 à mars 2010.

20 Membre de mars 2001 à mars 2010.

21 Genève, Labor et Fidès, 2010, 242 p.

mot, entre les représentations individuelles, les souhaits et les convictions de chacun, et la réalité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel dans le domaine de la protection des droits et libertés constitutionnellement garantis.

Il faut pourtant bien reconnaître qu'à l'issue de la lecture minutieuse des textes des délibérations publiées et des écrits personnels des conseillers, la récolte fut relativement maigre – sans pour autant s'avérer inintéressante. Concernant les séances plénières, dont la teneur nous est dorénavant partiellement connue grâce aux délibérations publiées, il convient de noter que, contrairement à la profusion de références au rôle de gardien des libertés que l'on trouve dans le discours institutionnel officiel du Conseil et de ses membres, leurs procès-verbaux sont extrêmement pauvres en assertions de cette sorte, ce qui constitue déjà un élément intéressant²² – même si, il est vrai, seules douze années de délibérations ont été rendues publiques après la décision du 16 juillet 1971, véritablement fondatrice d'une nouvelle dimension du contrôle de constitutionnalité. A cet égard, il convient néanmoins de garder à l'esprit que ce corpus des procès-verbaux des séances des délibérations est tout à fait particulier et qu'il ne peut, de ce fait et à lui seul, révéler avec précision le processus d'élaboration de la jurisprudence constitutionnelle, et ce pour plusieurs raisons. D'abord, parce que *tout ne se dit pas* lors de ces séances : il y a des considérations – autres que juridiques ou même politiques – qui peuvent peser de façon déterminante sur la prise de décision, et dont il est manifestement impossible aux conseillers de faire publiquement part à leurs collègues²³. Ensuite parce que de façon tout aussi évidente, *tout ne se fait pas* lors des séances plénières, comme le reconnaît, d'ailleurs, Dominique Schnapper dans son ouvrage, qui souligne que « même les compte rendus des délibérations [...] ne font apparaître qu'une part limitée de ce qui se passe réellement puisqu'ils ne donnent aucune information sur le travail et les débats qui ont précédé la séance plénière », avant de conclure qu'un « chercheur extérieur [...] risquerait de passer à côté de l'essentiel, faute de pouvoir assister aux séances plénières et à la vie quotidienne d'un petit groupe qui élabore collectivement ses décisions »²⁴.

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

23 Voir *infra*.

24 *Une sociologue au Conseil constitutionnel*, [Paris], Gallimard, 2010, pp. 28-29. Voir également, dans le même sens, l'analyse de Bertrand Mathieu dans l'introduction de l'ouvrage *Les grandes délibérations...*, *op. cit.*, p. 5 : « Il serait pour autant abusif de croire que, même pour la période [1959-1983], le Conseil constitutionnel soit devenu une maison de verre. Aucun document ne rendra compte de ce qui se passe dans les couloirs, au seuil, ou au sein, des

Autrement dit, l'ensemble composé de la décision et du procès-verbal de la séance ayant précédé son adoption ne représente que la partie simplement émergée de « l'iceberg ». Il n'y a, au demeurant, rien de bien original à cela : comme pour tout organe collégial, les avis et positions de chaque membre sont pour partie façonnés en amont du moment de la prise de décision, à l'occasion d'échanges informels sans doute décisifs mais dont la teneur ne peut, en principe, qu'échapper à l'observateur extérieur. Enfin, dernier obstacle de méthode concernant le corpus des délibérations – obstacle qui aurait pu, il est vrai, si le temps n'avait pas manqué, être levé par la consultation à Fontainebleau des archives du Conseil rendues publiques : celui des contraintes éditoriales qui ont inévitablement pesé sur les éditeurs des *Grandes délibérations*. Elles ont conduit à opérer des choix entre des dizaines de procès-verbaux de séances plénières, choix qui, bien entendu, n'ont pas été neutres. La sélection des délibérations publiées semble avoir été guidée par quelques grandes lignes. D'une part, la préférence a évidemment été donnée aux procès-verbaux ayant précédé l'élaboration de « grandes » décisions : celles du 6 novembre 1962 (62-20 DC, *Loi référendaire relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel direct*), du 16 juillet 1971 (71-44 DC, *Liberté d'association*), du 15 janvier 1975 (75-54 DC, *Interruption volontaire de grossesse*), ou encore du 30 juillet 1982 (82-143 DC, *Blocage des prix et des revenus*), ou annonçant de futures « grandes » décisions, sans en être directement à l'origine. D'autre part, l'accent a été mis sur les procès-verbaux de séances réunissant les membres du Conseil constitutionnel à l'occasion d'événements politiques majeurs, comme par exemple la séance du 2 octobre 1962, consacrée à l'avis sur le référendum organisé la même année, celle du 28 avril 1969, relative à la démission du général de Gaulle de la présidence de la République, ou encore les séances des 17, 18 et 25 avril 1975, relatives aux élections présidentielles. Enfin et peut-être surtout, l'accent a été délibérément mis sur les délibérations faisant apparaître des problématiques durables du contentieux constitutionnel (la question de la nature de l'institution, le problème des insuffisances du contrôle *a priori*...), de façon à mettre en lumière le fait que les « questions qui sont encore débattues aujourd'hui prennent corps dans les délibérations de cette période »²⁵. Les options retenues pour opérer le tri au sein des délibérations ont ainsi conduit, de façon inévitable, à écarter de la sélection les comptes-rendus de séances plus « politiques », séances dont il faut immédiatement préciser qu'elles étaient plus souvent relatives aux fonctions consultatives du Conseil constitutionnel ou à sa mission de juge électoral – fonctions qui ne sont pas, au demeurant, étrangères à la problématique de la sauvegarde des libertés.

bureaux du président, des conseillers ou du secrétaire général [...]. De tout cela il n'y a que les acteurs qui peuvent parler, avec une subjectivité inévitable et les limites imposées par le devoir de réserve ».

25 Présentation de la troisième période de délibérations (1974-1980), *Les grandes délibérations...*, *op. cit.*, p. 227.

De la même façon, les informations récoltées dans les écrits, les discours, les interviews ou les biographies²⁶ de membres et anciens membres du Conseil constitutionnel n'éclairent en général que très partiellement le fonctionnement interne de l'institution. Dans leur immense majorité, les conseillers respectent en effet la règle de silence qui leur est imposée, et l'interprètent même de façon extensive. De ce fait, ils ne livrent pratiquement aucun détail sur leur expérience de neuf ans, pas plus qu'ils ne font publiquement part, même en fin de mandat, d'éventuelles opinions « différentes » ou « dissidentes » – auxquelles ils sont d'ailleurs, pour la plupart, fermement opposés. Cette réserve ne prend pas fin avec l'achèvement du mandat : même après avoir quitté le Conseil constitutionnel, les anciens conseillers n'émettent pratiquement jamais de réserves publiques sur les décisions de leurs successeurs²⁷. C'est pourquoi, en général, l'évocation des souvenirs du temps passé rue de Montpensier est faite d'anecdotes qui ne présentent aucun intérêt pour le juriste²⁸, et qui révèlent à la fois une conception quelque peu idéalisée du mandat, et une vision angélique de l'institution²⁹.

Pour être complet, il convient enfin de souligner que ce corpus de textes n'a pu être utilement complété par la fréquentation des archives privées. On trouve, aux Archives Nationales, quatre fonds d'archives d'anciens membres du Conseil constitutionnel : les fonds René Cassin (382 AP), Bernard Chenot (406 AP)³⁰, Gaston Palewski (547 AP)³¹ et Vincent Auriol (552 AP)³². L'état sommaire de ces fonds d'archives révèle qu'outre le carton 77 du fonds Palewski, consacré à sa

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

27 Un contre-exemple récent : il y a deux ans, Robert Badinter et surtout Pierre Mazeaud vont exprimer leur désaccord avec la décision n° 2008-562 DC du 21 février 2008, *Loi relative à la rétention de sûreté*. Dans un entretien accordé au journal *Le Monde*, Robert Badinter reconnaît ainsi à demi-mot que si « le Conseil a [...] retiré une partie du venin de la loi », il a également « accepté le principe de la détention pour dangerosité, hors toute commission d'infraction », ce qu'il déplore (« Une période sombre pour notre justice, *Le Monde*, édition du 24 février 2008). Pierre Mazeaud se montre quant à lui plus incisif, en déclarant dans un entretien publié au *Nouvel Observateur* que « le Conseil constitutionnel vient de valider une mauvaise loi ». « Le Conseil constitutionnel, précise-t-il également plus loin, valide la rétention, en expliquant qu'il ne s'agit pas d'une mesure pénale. Mais en s'opposant à la rétroactivité, il suggère qu'on est quand même dans le pénal : ce n'est qu'en matière pénale que la non-rétroactivité est un principe constitutionnel ! Tout ceci est confus juridiquement » (résumé de l'entretien sur *lemonde.fr*, édition du 28 février 2008). De la même façon, dans son ouvrage consacré à *La protection constitutionnelle des droits et libertés*, Paris, Economica, 1987, François Luchaire se montrait dubitatif à l'égard de la jurisprudence du Conseil relative au respect du pluralisme de la presse, pp. 130-131.

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

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

30 Membre de mai 1962 à juillet 1964.

31 Président de mars 1965 à mars 1974.

32 Membre de droit.

présidence du Conseil constitutionnel (mais consultable uniquement sur autorisation), les autres cartons – qui, au demeurant, ne concernent que la période antérieure à 1974 – ne semblent pas, *a priori*, contenir de documents susceptibles d'éclairer cette enquête de façon substantielle. C'est pourquoi le parti a été pris de ne pas les consulter.

De fait, la période sur laquelle l'observateur extérieur est, finalement, le mieux informé sur le fonctionnement interne du Conseil constitutionnel est celle qui voit la mise en place de l'institution. Pour cette période, il dispose dorénavant des « grandes » délibérations publiées mais aussi et surtout des mémoires du premier président de l'institution, Léon Noël, qui fut globalement assez bavard sur les détails de son séjour rue de Montpensier³³. Mais bien entendu, les informations livrées par Léon Noël, souvent très intéressantes, ne peuvent être utilisées qu'avec d'immenses précautions, et cela pour au moins trois raisons. D'une part, en effet, la présidence de Noël correspond à une période où le Conseil, institution toute jeune dont l'existence rompt avec la tradition constitutionnelle française, cherche sa place dans le paysage institutionnel instauré par la Constitution de 1958. D'autre part, cette période est aussi celle où, plus qu'à n'importe quel autre moment de la V^e République, l'ombre du Président de la République – dont la légitimité historique est immense et dont l'influence sur les nouveaux montages institutionnels est déterminante – plane sur une institution encore extrêmement fragile et, de ce fait, relativement frileuse. Gaston Palewski, président du Conseil en 1969, au moment de la démission du général de Gaulle de la présidence de la République, ne déclare-t-il pas de façon significative à ses collègues lors de la séance plénière du 28 avril 1969 que cet événement ne constitue pas « un transfert ordinaire de pouvoirs mais [...] une période nouvelle dans laquelle je compte sur tous les membres du Conseil »³⁴ ? Enfin et peut-être surtout, le Conseil constitutionnel n'assume pas encore, à ce moment-là de l'histoire de la V^e République, le rôle que plus tard il endossera aux yeux d'une partie de la doctrine, de l'opinion publique et de ses membres : celui d'un gardien des libertés publiques et des droits fondamentaux. A cette époque en effet, et notamment aux yeux des constituants et de la plupart des acteurs politiques majeurs, ce sont la continuité, la stabilité et l'efficacité des institutions nouvelles qui constituent la préoccupation fondamentale.

Pour autant, l'enquête n'a pas tourné court, et cela alors même qu'à de très rares exceptions près – et qui conduisent d'ailleurs le plus souvent à remonter assez loin dans le temps – il n'a pas été possible de trouver d'exemple topique de « négation » d'un droit ou d'une liberté pour des motifs autres que strictement juridiques, c'est-à-dire constitutionnels – en tous cas en apparence, et

33 Membre de mars 1959 à mars 1965.

34 *Les grandes délibérations...*, *op. cit.*, p. 193.

en tenant compte des réserves énoncées plus haut. Le propos pourra sembler, de ce fait, assez général, car la prise en compte de considérations prudentielles dans l'élaboration de la jurisprudence constitutionnelle, considérations qui pèsent sur l'ensemble de l'activité du Conseil, ne concerne pas, de façon spécifique, la jurisprudence relative aux droits et libertés fondamentaux. Mais elle est évidemment une réalité quel que soit le fond de l'affaire, y compris si une liberté publique ou un droit fondamental sont en jeu. A cet égard, des éléments certes épars mais présents suffisamment souvent dans le corpus des textes étudiés, ont permis de mettre en évidence que si, dans le travail du juge constitutionnel, les arguments strictement politiques ne pèsent, dans l'immense majorité des cas, que de façon subsidiaire lors de la prise de décision (I), les considérations prudentielles tenant à la fois à la définition d'une politique jurisprudentielle claire mais aussi et surtout à la prise en compte d'éléments d'opportunité extra-juridiques (II) sont décisives, et peuvent régulièrement conduire le Conseil à se montrer clément à l'égard de textes de lois pourtant attentatoires aux droits et libertés.

I – L'influence variable des considérations politiques

Les décisions du Conseil constitutionnel seraient-elles dictées, davantage que par le souci de défendre efficacement les droits et libertés fondamentaux, par des considérations politiques ? C'est ce que prétend Pierre Joxe qui, ne ménageant ni l'institution, ni ses anciens collègues, déclarait quelques jours après la parution de son ouvrage que le Conseil « n'est pas une juridiction », mais « une instance politique »³⁵. Sans qu'il y ait lieu de revenir ici sur le débat relatif à la nature de l'institution, il est possible d'affirmer que le Conseil constitutionnel, pour des raisons diverses, tenant notamment à la nature et au moment de son contrôle, joue un rôle *éminemment* politique. Pour autant, la lecture attentive des délibérations publiées et les témoignages des anciens membres de l'institution révèle que, en dehors de la période fondatrice et de certains contentieux particuliers,

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

les considérations purement partisans ne pèsent pas, en tous cas en apparence, sur la prise de décision (A). En revanche, ces textes laissent également transparaître que des considérations politiques, au sens le plus large du terme, peuvent peser de façon significative sur l'élaboration de la jurisprudence constitutionnelle, au détriment, parfois, des droits et libertés fondamentaux (B).

A – L'incidence très marginale de considérations strictement partisans

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

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

S'agissant du premier point – et sans même évoquer le problème de la présence, au Conseil, des anciens présidents de la République en tant que membres de droit, présence que l'instauration récente de la question prioritaire de constitutionnalité rend davantage encore problématique – il est d'abord constant que les nominations au Conseil sont, très largement, guidées pas des motifs politiques³⁶, ce que les anciens membres eux-mêmes reconnaissent d'ailleurs bien volontiers. On nomme au Conseil le proche, l'ami fidèle, voire le défenseur inconditionnel d'une cause, qui peut être, bien sûr, celle des droits de l'homme, mais aussi, plus singulièrement, celle des droits du parlement (voir *infra*). Dominique Schnapper relève ainsi dans son livre que sur les soixante-six conseillers nommés jusqu'en 2007, plus de la moitié (trente-cinq, exactement, dont vingt-deux anciens membres du gouvernement et treize parlementaires), étaient directement issus du monde politique³⁷. Mais malgré le caractère politique des nominations, la plupart des anciens conseillers

36 Voir Dominique Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, Paris, Montchrestien, coll. Domat droit public, 7^e éd., 2006, p. 41.

37 *Une sociologue...*, *op. cit.*, pp. 146 s. La composition du Conseil constitutionnel est ainsi, la plupart du temps, déterminée par la droite, eu égard au fait que les autorités politiques de nomination ont été majoritairement, depuis 1958, des autorités situées à droite de l'échiquier politique. Cette situation n'est pas sans exacerber le monde

interrogés à ce sujet insistent sur deux points : d'une part, une fois la nomination intervenue, l'autorité de nomination n'exerce, en général, plus aucune forme de pression sur le conseiller nommé ; d'autre part, ce même conseiller a tendance, une fois devenu membre de l'institution, et quelle que fût la nature des liens l'unissant à son autorité de nomination avant son entrée au Conseil constitutionnel, à s'en émanciper. C'est ainsi qu'à l'occasion d'un colloque organisé pour le quarantième anniversaire du Conseil constitutionnel, Georges Vedel soulignait : « de l'extérieur on n'imagine pas quelque chose de très important, à savoir que la fonction saisit l'homme quand c'est un honnête homme », en précisant plus loin : « en neuf ans de mandat, je n'ai connu qu'un petit manquement, mais qui n'était pas d'un membre du Conseil constitutionnel. Il venait du Président d'une des deux assemblées pouvant désigner un membre du Conseil. Un membre du Conseil étant décédé, le Président de l'Assemblée dont il s'agit a demandé que le Conseil ne siège pas en l'absence d'un « représentant » de son assemblée. Ce terme a fait scandale au sein du Conseil et a été désavoué immédiatement par le nouveau nommé qui est arrivé au sein du Conseil »³⁸. Dix ans plus tard, à l'occasion du cinquantième anniversaire du Conseil, Jean-Claude Colliard, qui fut membre de mars 1998 à mars 2007, écrivait de la même façon dans un numéro spécial des *Cahiers du Conseil Constitutionnel* qu'en « neuf ans, je n'ai pas reçu une seule fois un « conseil » de mon autorité de nomination, comme l'on dit, et il m'est arrivé en une occasion unique de m'entendre dire par un(e) collègue que je sondais pour savoir si mon projet de censure aurait son soutien : « il faut que je consulte » ; et encore je ne sais pas si cette consultation était juridique, ce que je veux croire, ou d'ordre politique »³⁹. Quant à Yves Guéna – qui fut nommé par le Président du Sénat – il écrivait également dans ses mémoires : « durant le temps où j'aurai présidé le Conseil, de 1999 à mon départ en mars 2004, je rencontrerai régulièrement le président de la République pour le tenir au courant du fonctionnement du Conseil et des décisions prises ou à prendre. S'il m'a parfois demandé des explications – ce qui était normal puisque le président de la République est garant du bon fonctionnement des institutions – il n'a jamais cherché à m'imposer des orientations »⁴⁰. On

politique de gauche qui, régulièrement, comme lors des dernières nominations intervenues début 2010, met en cause l'absence de pluralisme au sein de l'institution. Les membres nommés par la gauche n'ont été, en réalité, que deux fois majoritaires depuis la création du Conseil : de 1989 à 1995 et de 1998 à 2001, relève Dominique Schnapper dans son ouvrage, *op. cit.*, p. 153.

38 *Le Conseil constitutionnel à 40 ans*, Paris, Conseil constitutionnel-LGDJ, 1999, pp. 66-67.

39 *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, Paris, Dalloz, n° 25, 2008, p. 33.

40 *Mémoires d'outre-Gaulle*, [Paris], Flammarion, 2010, p. 226. Même observation chez Jacques Robert : « J'ai été désigné en Février 1989 par M. Laurent FABIUS, Président de l'Assemblée Nationale. Je n'ai jamais une seule fois, pendant ces neuf années, évoqué avec lui la moindre affaire pendante devant le Conseil... Qui a parlé du fameux « cordon ombilical » qui reliait pendant leur mandat les membres à ceux qui les auraient désignés ? », <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/le-conseil-constitutionnel/le-conseil-hier/les-membres-depuis-1959/temoignages-d-anciens-membres/temoignage.25706.html>,

pourrait certes objecter que l'exactitude de ces assertions ne peut être vérifiée. Mais elle est confirmée à la fois par des observateurs extérieurs⁴¹ et par certains membres du Conseil qu'on ne saurait accuser de complaisance à l'égard de leurs collègues, tant le regard qu'ils portent sur l'institution est, à certains égards, critique : « même s'ils sont nommés pour des raisons liées à des considérations de personnes et de politique à court terme, note ainsi Mme Schnapper, les conseillers, entraînés par la logique de leur position et la force de l'institution, se révèlent fort consciencieux et même, pour la plupart d'entre eux, indépendants à l'égard de ceux qui les ont nommés »⁴².

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

Concernant à présent le second point, à savoir l'influence de l'orientation politique des membres au moment du vote, le livre de Pierre Joxe est accablant à la fois pour ses anciens collègues et pour le Conseil constitutionnel lui-même. « Dans certains cas, écrit par exemple l'ancien ministre socialiste, la question de droit tranchée [au Conseil] contre mon opinion couvrait un choix politique explicite, mais dont le développement juridique

mais aussi dans « Neuf années au Conseil constitutionnel. Débat entre Jacques Robert et Dominique Rousseau », *RDP* 1998, n° spécial, pp. 1749-1750. A ce sujet, voir également Dominique Schnapper, *Une sociologue...*, *op. cit.*, pp. 222-224.

41 « Chacun, évidemment, écrit par exemple Dominique Rousseau, peut sourire de cette image du juge constitutionnel laissant à l'entrée du palais Montpensier ses choix politiques, ses amitiés, ses préférences philosophiques, sa subjectivité d'homme situé dans une histoire pour prendre l'habit du sage apolitique et neutre fondant ses sentences sur la seule objectivité du droit existant. Elle n'est pourtant pas fautive. Il faut, en effet, savoir reconnaître la force constitutive du rite de passage pour celui qui entre au Conseil : il rompt le cercle des intérêts antérieurement constitués... », *Sur le Conseil constitutionnel. La doctrine Badinter et la démocratie*, Paris, Descartes et Cie, 1997 p. 37.

42 *Une sociologue...*, *op. cit.*, p. 197. Il convient enfin de souligner que, si pressions il y a, ce qui arrive, semble-t-il, très rarement, elles restent en général sans effet. Dominique Schnapper raconte encore dans son livre qu'au cours de son mandat, « un président a raconté avec indignation à ses collègues que le Premier ministre avait essayé d'influencer sa décision, on n'est plus au temps de Léon Noël et du général de Gaulle... », *ibid.*, p. 222. Il est vrai que les pressions sur les conseillers étaient importantes au début de la V^e République comme le montre Yves Beauvois, « Le Conseil constitutionnel a ses débuts (1959-1962) », *Commentaire*, n° 116, 2006, pp. 943 s., et n° 117, 2007, pp. 123 s.

pouvait légitimement prendre différentes formes. Par contre, dans une vingtaine de circonstances, c'est une question politique majeure, posant des problèmes constitutionnels évidents, qui a reçu contre mon gré sa réponse politique, revêtue d'un costume juridique plus ou moins élégant, mais taillé sur mesure »⁴³. Plus loin, Pierre Joxe note encore que « dès qu'un texte de loi marque une vraie inflexion politique, le débat au sein du Conseil reflète les différentes composantes de l'opinion française, de la droite vers la gauche, en passant par le centre, mais avec un déséquilibre écrasant au détriment de la gauche », avant de fustiger une « enceinte hostile et partisane »⁴⁴ dont les décisions seraient trop souvent « complaisantes à l'égard de la majorité politique actuelle »⁴⁵, c'est-à-dire de droite. Que la déception de Pierre Joxe après son séjour rue de Montpensier soit réelle, que le Conseil constitutionnel ait, dans les trois décisions que l'auteur expose longuement dans son livre⁴⁶, opéré un net recul dans la protection constitutionnelle des droits et libertés, et que l'entrée au Conseil n'implique pas une sorte de « catharsis » qui aurait pour effet de « gommer » les opinions politiques de chaque conseiller, voilà trois éléments qui ne sont pas contestables. Ce qui en revanche l'est peut-être davantage, c'est la lecture strictement partisane des conditions d'élaboration de ces décisions, à laquelle il est difficile de souscrire pleinement, et cela principalement pour trois raisons. La première vient d'être

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

44 *Ibid.*, pp. 182 et 185.

45 *Ibid.*, p. 165.

46 Décisions n° 2004-492 DC du 2 mars 2004, *Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité* (dite loi Perben II), n° 2006-535 DC du 30 mars 2006, *Loi pour l'égalité des chances* (créant le « contrat première embauche »), et enfin n° 2009-576 DC du 3 mars 2009, *Loi organique relative à la nomination des présidents des sociétés France Télévisions et Radio France et de la société en charge de l'audiovisuel extérieur de la France*.

évoquée, elle concerne l'indépendance que l'on peut légitimement supposer de la plupart des conseillers, et la conception qu'ils se font de leur rôle. La seconde réside simplement dans le fait que l'explication partisane de la structuration du vote est extrêmement restrictive en ce qu'elle ne permet notamment pas de mesurer l'importance de la délibération, lors de laquelle d'autres facteurs, extrêmement variés, peuvent venir infléchir le sentiment ou l'opinion initiale et peser finalement de façon beaucoup plus déterminante sur le vote⁴⁷. Enfin, le propos très polémique de Pierre Joxe est assez largement contredit par les faits – en tous cas ceux dont nous pouvons avoir connaissance⁴⁸. La lecture combinée des témoignages des anciens membres et des délibérations publiées révèle en effet que la « coloration » politique du Conseil n'est pas un élément décisif au moment du vote ou, autrement dit, qu'il n'y a pas de structuration exclusivement ni même principalement partisane du vote – ce qui ne signifie pas, encore une fois, que ce type de considérations ne pèse absolument pas dans la prise de décision. A cet égard, les réflexions que livre Dominique Schnapper dans son ouvrage sont particulièrement éclairantes. Comme elle le révèle, « il est vrai qu'il n'y a pas de relation directe entre le contenu des décisions et la composition politique du Conseil. [...] Les convictions et l'engagement politique préexistant, le lien éventuel avec l'autorité de nomination ne sont que l'un des éléments qui influencent les choix ». « Le vote, note-elle également plus loin,

47 Voir *infra*. Dans un ouvrage consacré au *Pouvoir du Conseil constitutionnel. Essai d'analyse stratégique*, [Paris, LGDJ, 1998], Jacques Meunier explique ainsi que « la faille principale de la manière traditionnelle d'aborder l'explication par les préférences politiques des membres de l'institution [...] néglige la nécessité d'une authentique délibération et le bouleversement que celle-ci impose à la représentation commune du rapport entre des choix individuels et une décision collective », avant de préciser, plus loin, qu'il est impossible « d'établir une relation mécanique, de cause à effet, entre les expériences vécues et les préférences exprimées » (pp. 71 et 98).

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

n'est jamais uniquement politique, mais le vote selon des critères politiques – définis par l'engagement politique préalable du conseiller lui-même ou le parti auquel appartient l'autorité de nomination – n'est pas non plus inconnu. [...] Ce qui est vrai, conclut-elle, c'est que, selon les sujets, il existe le plus souvent plusieurs majorités possibles et que – ce qui est essentiel – ne se cristallisent pas de manière permanente une majorité et une minorité figées dans leur opposition »⁴⁹. Jean-Claude Colliard, qui – et ce détail n'est pas sans importance – fut nommé au Conseil par Laurent Fabius, c'est-à-dire par une personnalité de gauche, atteste également qu'« il est très rare, d'après ce que j'ai pu voir, qu'un vote se fasse « ceux nommés par la droite contre ceux nommés par la gauche », pour dire les choses un peu vite. Il y a d'autres clivages plus pertinents »⁵⁰.

Les délibérations publiées viennent corroborer ces affirmations. Il apparaît, à leur lecture, qu'en dehors de la période de la présidence du général de Gaulle – que nous évoquerons dans un instant – les présidents successifs du Conseil constitutionnel, suivis parfois par certains membres, ont veillé à ce que les considérations strictement partisans soient, en principe, écartées des débats. A cet égard, la période de la première grande alternance dans les institutions de la V^e République est très révélatrice : alors que tous les conseillers siégeant rue de Montpensier ont été nommés par des personnalités appartenant à des courants politiques qui se retrouvent alors dans l'opposition, le Conseil a veillé à ne pas donner une coloration partisane à ses décisions. C'est ainsi que, lors de la délibération du 12 décembre 1981 portant sur la Loi de nationalisation I (sujet évidemment extrêmement sensible politiquement et qui touche à l'un des droits les plus sacrés, le droit de propriété), le doyen

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

50 « Neuf ans de bonheur », art. cité, p. 33.

Vedel déclarait : « le problème des nationalisations oppose une philosophie dirigiste à une philosophie libérale. Ce n'est pas au Conseil d'arbitrer, cela reviendrait à arbitrer entre deux politiques. Il sortirait alors de son domaine et usurperait un rôle qui n'appartient qu'au législateur ». Quelques jours plus tard, au cours d'une séance d'examen du même texte, André Ségalat⁵¹ soutenait de la même façon que le rôle du Conseil constitutionnel « consiste simplement à contrôler la conformité de la loi à la Constitution, c'est-à-dire à définir et sanctionner les excès de pouvoirs du législateur mais non de devenir une troisième chambre législative »⁵². Les éditeurs des *Grandes délibérations*, qui ont eu accès à l'ensemble des procès-verbaux de la période 1981-1983, confirment quant à eux qu'après l'alternance politique de mai 1981, le président Frey « recadrera [...] systématiquement les interventions qui tenteront de faire glisser l'appréciation du Conseil vers une position politique pour resituer le débat dans un examen du contrôle de constitutionnalité des textes examinés »⁵³. Dans la perspective qui est la nôtre ici, on peut raisonnablement déduire de l'ensemble de ces éléments que, de façon générale, les considérations partisans ne viennent pas fausser le débat outre mesure. Pour le dire plus clairement encore, il n'est pas complètement illégitime de penser que les membres du Conseil constitutionnel ne se déterminent pas, au moment du vote, par des considérations partisans qui, le cas échéant, pourraient éventuellement faire échec à un droit ou à une liberté constitutionnellement protégés.

L'impartialité affichée de l'institution, que l'on peut raisonnablement croire réelle, doit cependant être nuancée dans une certaine mesure : en effet, la neutralité du Conseil constitutionnel n'a pas toujours été une réalité. Outre les pressions – souvent efficaces – dont furent l'objet certains conseillers pendant la période d'installation et de rodage de l'institution – il est avéré qu'à la même époque, l'influence du général de Gaulle sur les

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

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

53 *Ibid.*, p. 327.

présidents du Conseil fut déterminante. A tel point que Georges Vedel, dans son *Cours de droit constitutionnel et d'institutions politiques* de 1960 et 1961, enseignait à ses étudiants de première année que « la composition du Conseil constitutionnel est décevante. La part faite à l'élément politique y est excessive ; celle faite à la compétence juridique y est trop exigüe, et la jurisprudence du Conseil se ressent de cette erreur de dosage », avant de conclure : « le danger actuel est que le public croie qu'il existe un véritable contrôle de constitutionnalité. Il risque alors d'être déçu par la minceur et la médiocrité des résultats et surtout par le fait que *la protection des citoyens contre les atteintes à leurs droits est inexistante*. De leur côté, les parlementaires constatent que *le contrôle de constitutionnalité n'est en somme qu'une arme de plus aux mains de l'exécutif mais est impuissant à l'égard de ce dernier*. Finalement, la prétendue expérience d'une juridiction constitutionnelle n'aura servi qu'à décrier l'institution qui, pourtant, pleinement et loyalement pratiquée, serait une pièce nécessaire de tout système démocratique véritable. On croira avoir connu le système de la garantie juridictionnelle en matière constitutionnelle alors qu'on n'aura connu qu'une procédure d'arbitrage entre les pouvoirs, *qu'une arme de plus au service de la puissance présidentielle et gouvernementale*, et un moyen supplémentaire d'abaisser le parlement. Une fausse expérience de plus dans une histoire politique qui en est encombrée... »⁵⁴.

Pour autant, la part sans doute faible de considérations strictement partisans dans la prise de décision – en dehors de cette période, délicate, d'installation de l'institution – ne signifie pas que des éléments d'opportunité politique ne viennent pas influencer de façon probablement significative les débats, sans doute davantage que des considérations relatives au rôle que devrait exercer le Conseil dans le domaine de la protection des droits et libertés

54 Paris, Les cours de droit, 1960-1961, pp. 1076-1077 (nous soulignons). Il est à cet égard bien connu que le premier président du Conseil constitutionnel, Léon Noël, était un proche du général qui n'a pas cessé, après sa nomination au Conseil, d'endosser l'habit de conseiller du Président de la République. Dans ses mémoires, peu après son entrée dans l'aile Montpensier du Palais Royal, il écrivait pourtant qu'il lui faudrait « lutter pour que le Conseil ne se politise en aucune façon et que ses membres restent dans leur rôle. L'autorité de l'institution en dépend, beaucoup plus que des textes... » (*De Gaulle et les débuts de la Ve République. 1958-1965*, Plon, coll. Espoir, 1976, p. 23). En réalité, il s'est lui-même toujours plié à la volonté de de Gaulle, comme en témoigne, par exemple, l'épisode de l'utilisation de l'article 11 de la Constitution pour le référendum de 1962 (*ibid.*, pp. 198-233). Le successeur de Noël à la tête de l'institution, Gaston Palewski, ne fera pas réellement évoluer la situation – en tous cas pas avant 1969 et la démission de de Gaulle. Comme il l'écrivait dans ses Mémoires, « tant que le siège présidentiel avait été occupé par le Général, le Conseil constitutionnel avait été rangé, par les critiques du régime, au nombre des « béni-oui-oui ». A cet égard, je dois plaider coupable. En effet il me semblait absurde d'expliquer à l'auteur de la Constitution de quelle manière celle-ci devait être appliquée. Quant, à cet égard, j'exprimais de timides réserves, le Général avait beau jeu de m'expliquer les raisons précises qui lui avaient fait adopter tel article, et je ne pouvais retourner la Constitution contre son auteur ! L'aurais-je essayé que sa dialectique socratique m'en aurait aussitôt empêché » (*Mémoires d'action..., op. cit.*, p. 292).

constitutionnellement garantis. C'était déjà le cas sous les présidences du général de Gaulle ; mais c'est encore largement, à n'en pas douter, le cas aujourd'hui.

B – L'influence déterminante des considérations d'opportunité politique

La lecture des procès-verbaux des séances plénières du Conseil constitutionnel révèle, sur la question de l'opportunité politique, une grande sensibilité des membres de l'institution. Les passages ne sont pas rares témoignant que, lorsque la discussion s'oriente sur l'opportunité de tel ou tel texte de loi, le rappel à l'ordre de la part du président ou de l'un des membres est sévère. C'est ainsi que – pour ne citer que quelques passages caractéristiques – lors de la séance mouvementée du 30 décembre 1975 consacrée à l'examen de la loi relative aux conséquences de l'autodétermination des Comores, le président Roger Frey, après avoir remercié le rapporteur « de son exposé extrêmement complet et clair », précisait immédiatement que s'il « partag[eait] [ses] appréhensions politiques », « le rôle du Conseil n'est pas de statuer en opportunité. Ces questions politiques ne sont pas de son domaine »⁵⁵. Cinq ans plus tard, lors de la séance du 1^{er} juillet 1980 relative à l'examen de la loi d'orientation agricole, les conseillers, clairement défavorables au texte, n'ont eu de cesse de rappeler que « l'opportunité est un mot indécent dans la bouche d'un juge » et que, si « la loi dont il s'agit est corporatiste », si « certaines de ses dispositions sont clairement réactionnaires et antisociales », « le contrôle de la conformité à la Constitution ne doit pas déborder sur des questions d'opportunité »⁵⁶. Ce type de propos est aussi monnaie courante après l'alternance politique de mai 1981. Lors des séances des 24 et 25 février 1982 consacrées à l'examen de la loi portant statut particulier de la région Corse, le président Frey prenait soin de rappeler à ses collègues qu'il « faut aller au-delà d'une première réaction d'agacement », et qu'il ne voyait pas « en quoi juridiquement il serait possible de déclarer ce texte non conforme à la Constitution, autrement qu'en faisant un procès d'intention injustifié aux pouvoirs publics », avant de conclure : « le Conseil constitutionnel n'a pas le droit de se fonder sur des arguments politiques. Il doit ancrer sa décision sur des données constitutionnelles »⁵⁷.

Est-ce à dire pour autant que les considérations d'opportunité politique sont totalement

55 *Les grandes délibérations...*, *op. cit.*, p. 296.

56 Propos de Louis Gros (rapporteur), *ibid.*, p. 356 ; et de Georges Vedel, p. 359.

57 *Ibid.*, p. 410.

absentes des débats au sein de l'institution ? Par-delà ces déclarations de principe qu'il ne faut pas négliger car elles révèlent à n'en pas douter une ligne de conduite que la plupart des membres souhaitent respecter, le propos doit être nuancé, pour plusieurs raisons. D'une part, la façon dont le Conseil constitutionnel appréhende un dossier n'est pas la même selon qu'il se prononce sur la conformité d'une loi à la Constitution, ou qu'il est saisi pour avis dans le cadre de l'article 16, ou encore qu'il juge en qualité de juge électoral (a). D'autre part, le terme « opportunité » est, semble-t-il, conçu de façon extrêmement restrictive par les membres du Conseil, et c'est pourquoi une précision terminologique est ici indispensable, pour comprendre de quoi il est exactement question (b).

a) Le contrôle des élections nationales et des comptes de campagne des candidats à l'élection présidentielle

Premier point : à la lecture des délibérations, de leurs commentaires par leurs éditeurs et des écrits personnels des anciens conseillers, il est manifeste que dans le cadre des fonctions consultatives que le Conseil constitutionnel endosse notamment au titre de l'article 16 de la Constitution (mise en œuvre des pouvoirs exceptionnels du Président de la République) et de l'article 46 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel (organisation des opérations de référendum), la part des considérations politiques (au sens strict du terme) est tout à fait déterminante⁵⁸. Cela peut également être le cas dans le domaine du contrôle des élections nationales à la présidence de la République (article 58 de la Constitution et loi (référendaire) n° 62-1292 du 6 novembre 1962 relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel) ou aux assemblées parlementaires (article 59 de la Constitution, notamment). Or cette fonction de contrôle des élections nationales n'est pas, loin s'en faut, étrangère à la sauvegarde des droits constitutionnellement garantis. Le droit de vote des nationaux français, majeurs, et jouissant de leurs droits civiques et politiques est en effet proclamé à l'article 3 alinéa 3 de la Constitution de 1958.

58 Voir, par exemple, *Les grandes délibérations...*, *op. cit.*, pp. 8, 36 s., 142 s. ; mais aussi pp. 82 s. (relatant la séance du 23 avril 1963 consacrée à l'avis sur la mise en œuvre de l'article 16) et 99 s. (procès-verbal de la très intéressante séance du 2 octobre 1962, concernant l'avis sur le référendum relatif à l'élection du Président de la République au suffrage universel direct). Dans ses Mémoires, Léon Noël relate avec précision les événements de cette période fondatrice de la V^e République. A propos du souhait du Président de la République de mettre en œuvre l'article 16, il note : « Se trouvait-on vraiment, cette fois, dans les conditions exigées par la Constitution pour en faire application ? En s'en tenant à la seule lettre du texte, il était permis d'en discuter et de prétendre que « le fonctionnement réguliers des pouvoirs publics constitutionnels » n'était pas interrompu [...]. Des raisons de fait – et impérieuses – justifiaient une interprétation moins strictement étroite du texte en cause », *De Gaulle et les débuts...*, *op. cit.*, p. 146.

Dans ce domaine, il faut bien reconnaître que le Conseil constitutionnel a très tôt veillé au respect du principe du suffrage « universel, égal et secret » posé par l'article 3 alinéa 2 de la Constitution de la V^e République, en fixant, dès lors qu'il était saisi, les règles à respecter par les lois opérant le découpage des circonscriptions électorales de façon à ce que le nombre de sièges à pourvoir soit, dans la mesure du possible, proportionnel à celui des électeurs⁵⁹, mais aussi en adressant régulièrement au gouvernement des « observations » sur les diverses échéances électorales nationales⁶⁰. Pour autant, il est évident que, dans un domaine aussi sensible politiquement que celui-ci, les délibérations du Conseil constitutionnel sont dominées par des considérations politiques qui sont déterminantes dans le débat, et conduisent sans doute régulièrement à transiger avec le droit de vote et ses composantes, pourtant constitutionnellement garantis. Pour le montrer, il n'est pas même nécessaire de remonter aux origines de la V^e République et à une époque très mouvementée de son histoire – il est notoire qu'à cette période, les conseillers de la rue de Montpensier ont fermé les yeux sur des irrégularités entachant les élections algériennes en raison des « circonstances »⁶¹. Le Conseil constitutionnel est en effet régulièrement

59 Voir par exemple les décisions n° 86-208 DC du 2 juillet 1986, *Loi relative à l'élection des députés et autorisant le Gouvernement à délimiter par ordonnance les circonscriptions électorales*, n° 86-218 DC du 18 novembre 1986, *Loi relative à la délimitation des circonscriptions pour l'élection des députés*, n° 2000-431 DC du 6 juillet 2000, *Loi relative à l'élection des sénateurs*, et n° 2008-573 DC du 8 janvier 2009, *Loi relative à la commission prévue à l'article 25 de la Constitution et à l'élection des députés*.

60 Voir par exemple les observations du 7 juillet 2005 sur les élections de 2007, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2005/observations-cc-echeances-2007/decision-observations-cc-echeances-2007-du-07-juillet-2005.980.html>, et celles du 15 mai 2003 sur les élections de 2002, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2003/observations-cc-legislatives-2002/decision-observations-cc-legislatives-2002-du-15-mai-2003.878.html>.

61 Concernant les élections algériennes, Léon Noël note dans ses Mémoires : « j'ai la conviction de ne trahir aucun secret en reconnaissant que, si les circonstances avaient été différentes, il aurait fallu les annuler presque toutes. Le Conseil constitutionnel recula devant la perspective de provoquer en Algérie de nouvelles consultations : s'il y en avait eu, les manœuvres, les pressions diverses, les irrégularités auraient, sans nul doute, été aussi nombreuses, sinon davantage et le sang aurait risqué de couler. [...] Finalement, malgré nos hésitations, nos scrupules et nos regrets, et bien que, dans un cas surtout j'aie, d'abord, penché personnellement en faveur d'une annulation, nous nous résignâmes à maintenir toutes les élections algériennes contestées », *De Gaulle et les débuts de la V^e République*, op. cit., pp. 47-48. Cette bienveillance du Conseil constitutionnel, souhaitée par le chef de l'Etat et évidemment motivée par des considérations politiques, ne concernait pas seulement le contentieux électoral. Elle a joué aussi, à la même époque, dans le domaine du contrôle de constitutionnalité des lois. Afin de ne pas se voir « accusé[s] d'empêcher la pacification en Algérie » (*Les grandes délibérations...*, op. cit., p. 42), les conseillers vont ainsi, lors de la séance du 15 janvier 1960, déclarer la loi organique sur les magistrats musulmans conforme à la Constitution, alors même qu'ils étaient, pour la plupart, convaincus de son inconstitutionnalité au regard notamment du principe d'égalité (décision n° 60-6 DC du 15 janvier 2006, *Loi organique portant promotion exceptionnelle des Français musulmans dans la magistrature et modifiant l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958*). Plus fondamentalement, le souhait de ne pas voir un « juge » entraver la politique du gouvernement en Algérie explique en partie que le constituant de 1958 n'ait pas souhaité que le Conseil puisse compter le préambule de la Constitution parmi les normes de référence qu'il utilise pour opérer le contrôle de constitutionnalité des lois. Comme l'écrit François Luchaire, « on s'explique alors que le comité consultatif constitutionnel n'ait pas adopté un amendement de M. Van Graefscheppe qui imposait au législateur « le respect des droits et libertés individuels définis par le préambule » ; lorsque l'on demanda, dans le cas où cet amendement serait retenu, « le Conseil constitutionnel aura-t-il à apprécier si les lois seront conformes au préambule et à la Déclaration de 1789 ? », le Commissaire du Gouvernement fit une réponse catégorique : « certainement et le parlement ne pourrait plus voter des lois analogues à celles que certaines

confronté à ce type de difficultés dans le contrôle des élections nationales, et il semblerait que sa doctrine, ancienne et extrêmement contestable en la matière, consiste à ne pas tenir compte des diverses irrégularités électorales, dès lors que ces irrégularités, même flagrantes, n'ont pas été à ses yeux suffisantes pour fausser le résultats du scrutin⁶².

Dans un domaine qui est proche, celui du contrôle des comptes de campagne des candidats à l'élection présidentielle, l'actualité récente livre un exemple intéressant du pragmatisme qui imprègne la politique du Conseil constitutionnel en la matière. En 1995, en vertu de diverses dispositions de la loi du 6 novembre 1962 modifiées et relatives à la transparence financière dans la vie politique et au financement de la campagne des candidats à l'élection présidentielle, le Conseil constitutionnel était habilité à apprécier la régularité des comptes de campagne des candidats⁶³. Le contrôle opéré par le Conseil et la validation des comptes permettait aux candidats d'être remboursés par l'Etat – de façon forfaitaire – d'une partie des dépenses qu'ils avaient engagées durant la campagne. Dans l'hypothèse où le compte était en revanche rejeté en raison de manquements à la législation applicable, les candidats perdaient le droit à ce remboursement. La question qui s'est posée au Conseil constitutionnel en 1995, après le déroulement des élections présidentielles, était de savoir s'il était concrètement possible de rejeter les comptes de campagne des deux candidats principaux de la droite, à savoir Jacques Chirac, vainqueur de l'élection, et Edouard Balladur, éliminé à l'issue du premier tour de scrutin⁶⁴. Alors que les comptes des deux hommes étaient affectés d'irrégularités manifestes, Roland Dumas, alors président du Conseil, a au contraire cherché à convaincre ses collègues de valider ces comptes. D'après les journalistes du *Monde* qui ont enquêté sur l'affaire, Roland Dumas aurait mis en garde les membres du Conseil contre un rejet du compte de M. Balladur. Le compte du Président nouvellement élu présentant, d'après lui, « des recettes injustifiées et une sous-estimation des dépenses » (une estimation correcte aurait semble-t-il conduit à constater un dépassement important du plafond des dépenses électorales), le rejet du compte de son adversaire perdant ne pouvait qu'entraîner, aux yeux de Roland Dumas, le rejet du compte du candidat vainqueur de l'élection. Or, interrogeait-il ses collègues, « peut-on prendre le risque d'annuler l'élection présidentielle et de s'opposer, nous,

circonstances ont rendues nécessaires. Je le répète le Comité s'engagerait dans la voie du gouvernement des juges qu'il paraissait tant redouter » », *La protection constitutionnelle des droits et libertés*, Paris, Economica, 1987, p. 16.

62 Cf. par exemple *Les grandes délibérations...*, *op. cit.*, p. 136 ; et Dominique Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, Paris, Montchrestien, 7^e éd., 2006, pp. 388-390.

63 Depuis l'entrée en vigueur de la loi organique n° 2006-404 du 5 avril 2006, relative à l'élection du Président de la République, c'est dorénavant la Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques qui est habilitée à opérer ce contrôle.

64 Pour un récit précis des faits, voir Raphaëlle Bacqué et Pascale Robert-Diard, « Petits comptes entre « sages » », *Le Monde*, édition du 26 novembre 2010, p. 3.

Conseil constitutionnel, à des millions d'électeurs et ainsi remettre en cause la démocratie ? »⁶⁵. Les rapporteurs ont finalement été sommés par Roland Dumas de revoir leur mode de calcul afin de « gommer » les irrégularités. Au moment du vote, et alors que le Conseil se divisait, c'est la voix du président de l'institution qui devait faire pencher la balance. Quelques années plus tard, Jacques Robert, dans son ouvrage consacré à ses neuf années de mandat, écrivait : « la jurisprudence électorale est plus pragmatique que morale. Cette mission de contrôle des dépenses pour l'élection présidentielle est quasiment impossible à remplir »⁶⁶. Quant à Mme Schnapper, elle s'interrogeait également dans son ouvrage : « peut-on imaginer qu'une décision du Conseil remette en cause le résultat des élections législatives ou supprime le remboursement des frais de campagne du nouveau président de la République pour faire respecter à la lettre les textes de loi ? Le réalisme s'impose [...]. Il n'en reste pas moins que le respect de la continuité des institutions pourrait servir à des décisions contestables sur le plan juridique »⁶⁷. Il faut souligner ici que depuis cet « incident », les membres du Conseil constitutionnel n'ont cessé de pointer les difficultés pratiques de ce contrôle, en suggérant au législateur d'en modifier les règles⁶⁸ – ce qui fut le cas en 2006 (cf. *supra*). Pourtant, contrairement à ce qu'affirmait à l'époque le président de l'institution – dont on pourrait s'étonner et s'inquiéter qu'il ait pu à ce point méconnaître le droit applicable – la sanction du non-respect de la législation applicable en matière de financement de la campagne électorale des candidats à l'élection présidentielle n'était évidemment pas l'annulation de l'élection, mais, comme cela a été indiqué plus haut, le non remboursement par l'Etat des dépenses engagées. Cela étant, on conçoit aisément que les membres du Conseil se soient, en 1995, trouvés dans une position très embarrassante. Car bien entendu, une décision de rejet du compte de campagne du vainqueur de l'élection présidentielle eût entaché cette victoire en lui enlevant une partie de sa légitimité, sans compter qu'elle eût sans doute conduit à affaiblir le Président de la République. Il reste que la décision est extrêmement choquante : elle révèle en effet que le Conseil n'hésite pas à transiger avec le droit dès

65 *Ibid.*

66 *La garde de la République...*, *op. cit.*, p. XXXX ?

67 *Une sociologue...*, *op. cit.*, pp. 254-255.

68 Voir par exemple les observations du 8 décembre 1995 relatives à l'élection présidentielle des 23 avril et 7 mai 1995 ; celles du 7 novembre 2002 relatives à l'élection présidentielle des 21 avril et 5 mai 2002 ; ou encore celles du 7 juillet 2005 sur les échéances électorales de 2007. Ces textes peuvent être visualisés sur le site internet du Conseil à la date des décisions : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/les-decisions-depuis-1958.4614.html>.

lors que des motifs d'opportunité politique, appréciés de façon éminemment subjective, le justifient à ses yeux.

b) L'opportunité comme critère de la constitutionnalité

Second point : ce que le Conseil constitutionnel s'interdit en principe de faire, c'est de porter un jugement politique sur l'œuvre du législateur, en discutant et en fondant sa décision sur le caractère opportun ou inopportun du choix opéré par le parlement. Dans sa jurisprudence, ce principe se traduit d'ailleurs par l'utilisation de formules devenues classiques : « l'article 61 [et, dorénavant, 61-1] de la Constitution ne confère pas au Conseil constitutionnel, lit-on régulièrement dans les décisions, un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à [ou de même nature que] celui du Parlement »⁶⁹. Encore faut-il immédiatement préciser que cette règle de *self-restraint*, selon l'expression consacrée, est écartée, de l'aveu même d'anciens conseillers, dès lors que l'opportunité (non expressément nommée) d'une disposition législative devient un critère de sa constitutionnalité, grâce à divers « habillages » juridiques⁷⁰. Ainsi, dans un texte publié dans la *Revue de science administrative de la Méditerranée occidentale*, François Luchaire qui répondait à la question de savoir si le Conseil constitutionnel « gouvernait », écrivait : « oui, car : – il participe à l'œuvre constitutionnelle ; – il participe à l'œuvre législative ; – il apprécie – souvent – l'opportunité des décisions du Parlement », et notamment lorsqu' « il estime qu'elle [l'opportunité] est une condition de la constitutionnalité ; mais quand en est-il ainsi ? C'est le Conseil qui en décide lui-même, avouait François Luchaire, et cela en utilisant différentes techniques »⁷¹. Cette constatation se vérifie par exemple dans la jurisprudence relative aux validations législatives d'actes administratifs⁷² ou encore avec la promotion de l'intérêt général au statut d'exigence constitutionnelle⁷³. Cette promotion, qui implique un glissement de la jurisprudence d'une

69 Parmi des dizaines d'exemples : n° 75-54 DC du 15 janvier 1975, *Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse*, n° 2000-433 DC du 27 juillet 2000, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication* et, plus récemment, n° 2009-590 DC du 22 octobre 2009, *Loi relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet*, ou encore n° 2010-66 QPC du 26 novembre 2010.

70 Voir, à ce sujet, l'étude de Danièle Lochak, « Le contrôle de l'opportunité par le Conseil constitutionnel », in *Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme. Droits et libertés en Europe*, actes du colloque de Montpellier (20-21 janvier 1989), Editions STH, 1990, pp. 77 s.

71 « Le Conseil constitutionnel et le gouvernement des juges », in *François Luchaire : un républicain au service de la République*, textes réunis par Didier Maus et Jeannette Bougrab, Paris, publications de la Sorbonne, 2005, pp. 363 et 366.

72 Parmi de nombreux exemples, n° 80-119 DC du 22 juillet 1980, *Loi portant validation d'actes administratifs*, in Favoreu, Louis ; Philip, Loïc, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, 13^e éd., 2005, n° 27, pp. 407 s.

73 Pierre Mazeaud fut membre du Conseil constitutionnel de mars 1998 à mars 2007, et président à partir de février 2004.

démarche « anthropocentrique [c'est-à-dire, concrètement, centrée sur les droits de l'homme et les libertés publiques] vers une lecture clairement statocentrique »⁷⁴, vivement critiquée par une partie de la doctrine⁷⁵, fut pleinement assumée par le Conseil Mazeaud : son président en avait même fait, semble-t-il, son cheval de bataille tout au long de la durée de son mandat⁷⁶. Ainsi, dans les vœux adressés au Président de la République le 3 janvier 2005, M. Mazeaud soulignait que « le Conseil constitutionnel incorpore dans ses raisonnements la dimension de l'intérêt général » dont l'objet est de « tempérer, le plus souvent au bénéfice du législateur, la rigueur de certains principes qui, appliqués trop abstraitement, conduiraient à des solutions *irréalistes*, inéquitables ou manifestement *inoportunes* »⁷⁷. L'année suivante, dans le même contexte, c'est, déclarait Pierre Mazeaud en évoquant l'intérêt général, « à cette belle notion que je voudrais consacrer cette fois-ci mon témoignage de grognard de la République, personnage que je campe, je dois l'avouer, sans trop de déplaisir ». Affirmant toujours relire « avec émotion » les « passages de notre grande Déclaration [de 1789] » faisant « référence à des notions telles que le "bonheur de tous" ou "l'utilité commune" », mettant l'accent sur « la part incontournable d'autorité que réclame la maîtrise » par les pouvoirs publics du maintien de l'ordre, « la protection sociale, la formation, la régulation économique, la santé, l'urbanisme et l'aménagement du territoire » ou encore « la sauvegarde de l'environnement, l'essor de la société d'information, le développement durable, la coopération nord-sud, la lutte contre l'exclusion ou la bioéthique », le président du Conseil constitutionnel affirmait que dans le domaine des libertés publiques, l'intérêt général implique (notamment) de « compter le principe de réalité au nombre des grands principes et [de] ne pas sacrifier la nécessité publique à une conception dogmatique du droit ». Plus loin, pour décliner les composantes de l'intérêt général élevées au rang de normes constitutionnelles par la jurisprudence du Conseil, Pierre Mazeaud citait notamment les objectifs de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public⁷⁸ et de lutte contre la fraude fiscale⁷⁹, ou encore le principe de valeur constitutionnelle de continuité

74 Didier Ribes, « Le réalisme du Conseil constitutionnel », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2007, n° 27, p. 203.

75 Voir, par exemple, Véronique Champeil-Desplats, « Le Conseil constitutionnel, protecteur des libertés ou cerbère de la production législative ? », in *Billets en l'honneur de Danièle Lochak, Frontière du droit, critique des droits*, Textes réunis par Véronique Champeil-Desplats et Nathalie Ferré, LGDJ, 2007, pp. 251 s.

76 Devenu membre de l'Institut, Pierre Mazeaud n'allait pas abandonner son credo. Dans le cadre séances hebdomadaires de l'Académie, c'est encore à l'intérêt général qu'il devait consacrer son intervention du 11 février 2011.

77 <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/documentation-publications/cahiers-du-conseil/cahier-n-18/voeux-du-president-du-conseil-constitutionnel-m-pierre-mazeaud-au-president-de-la-republique.51930.html> (nous soulignons).

78 Par exemple, n° 82-141 DC du 27 juillet 1982, *Loi sur la communication audiovisuelle* ou n° 85-187 DC du 25 janvier 1985, *Loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie*. Les exigences du Conseil constitutionnel ont été, sur la question de la sauvegarde de l'ordre public, évidemment renforcées dans le contexte sécuritaire de l'après 11 septembre 2001, qui marque un durcissement de la jurisprudence constitutionnelle.

79 Par exemple, n° 2001-457 DC du 27 décembre 2001, *Loi de finances rectificatives pour 2001*.

du service public⁸⁰ qui, s'ils s'imposent à chacun « pour le bénéfice de tous », constituent aussi et peut-être surtout des instruments commodes de limitation des droits et libertés⁸¹. Eu égard à la plasticité de la notion d'intérêt général et à la subjectivité dont est inexorablement empreinte sa définition, son érection au rang d'exigence constitutionnelle peut en effet potentiellement permettre de valider et de légitimer à peu près n'importe quelle atteinte à un droit ou à une liberté constitutionnellement garantis. Plus loin dans ce même discours, le président du Conseil reconnaissait d'ailleurs que « l'intérêt général permet de restreindre, à condition de ne pas les dénaturer, l'exercice de droits de valeur constitutionnelle » afin de « tempérer ce qu'aurait d'excessif la revendication de certains droits, même lorsque ceux-ci trouvent une assise dans le texte constitutionnel »⁸². Cette même année, le président Mazeaud, décidément très inspiré par le sujet, devait organiser, dans les locaux du Conseil constitutionnel, un colloque consacré à l'intérêt général⁸³. Ses vœux adressés au Président de la République en janvier 2007, à l'extrême fin de son mandat, devaient, en partie, être consacrés à ce même thème. Déplorant – dans une certaine mesure à juste titre, d'ailleurs – « l'expansion illimitée des droits » et la « religion des droits de l'homme », M. Mazeaud mettait son auditoire en garde contre cette « logique des droits » qui, « par son caractère individualiste et absolutiste » pourrait « jouer tôt ou tard contre l'intérêt général ». C'est pour lutter contre cette dérive qu'aux dires mêmes de son président, la politique jurisprudentielle du Conseil constitutionnel s'est, de 2004 à 2007, efforcée à réhabiliter « l'intérêt général comme valeur constitutionnelle »⁸⁴. Faisant le bilan de son passage rue de Montpensier, Pierre Mazeaud se félicitait enfin d'avoir su résister « à la tentation de l'abstraction, de l'absolutisme des principes, d'un certain fondamentalisme des droits », « en faisant preuve de *retenue dans l'intensité du*

80 Décision n° 79-105 DC du 25 juillet 1979, *Loi modifiant les dispositions de la loi n° 74-696 du 7 août 1974 relatives à la continuité du service public de la radio et de la télévision en cas de cessation concertée du travail*.

81 La décision de 1979, précédemment citée, constitue à cet égard un exemple particulièrement révélateur. Comme l'écrit Danièle Lochak dès 1980, la création *ex nihilo* du principe de continuité du service public permettra au Conseil constitutionnel de valider une loi portant atteinte à un droit constitutionnellement protégé, le droit de grève, proclamé dans le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, « Le Conseil constitutionnel protecteur des libertés ? », *Pouvoirs* n° 13, 1980, pp. 37 s.

82 Discours prononcé le 3 janvier 2006, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/documentation-publications/cahiers-du-conseil/cahier-n-20/voeux-du-president-du-conseil-constitutionnel-m-pierre-mazeaud-au-president-de-la-republique.51762.html>

83 Les actes de ce colloque ont été publiés sous le titre *L'intérêt général, norme constitutionnelle*, Mathieu, Bertrand ; Verpeaux, Michel (dir.), Paris, Dalloz, 2007, 108 p.

84 Le discours de ces vœux, prononcé le 3 janvier 2007, peut être consulté sur le site de l'Académie des sciences morales et politiques : http://www.asmp.fr/fiches_academiciens/mazeaud_alire.htm. Dans le même sens, voir également le discours d'ouverture du président Mazeaud au colloque portant sur le thème « L'intérêt général, norme constitutionnelle » : « La promotion de l'intérêt général au sein du contrôle de constitutionnalité comme une prise en compte plus attentive des exigences relatives à la détermination du bien commun répond à une dérive. Celle qui tend à faire des droits de l'individu, ou d'une catégorie d'individus, le seul point de référence » ; et plus loins : « ce que l'on pourrait appeler [...] le « totalitarisme des droits de l'homme » rend souvent inaudible un discours qui, tout en intégrant les exigences engendrées par ces droits, n'est exclusivement construit sur leurs fondements », *op. cit.*, pp. 6-7.

contrôle, en recherchant toujours un ancrage textuel, en prenant appui sur les droits étrangers et, surtout, *en faisant toute sa place à l'intérêt général dans le système de valeurs constitutionnelles* », avant de reconnaître : « à l'occasion, la jurisprudence des dernières années a fait prévaloir l'intérêt général sur une conception jusqu'au-boutiste des droits subjectifs. Je ne dis pas qu'il ne faille pas défendre les droits individuels et notamment les « droits à ». Nous l'avons fait à de multiples reprises. Je dis seulement qu'il ne faut pas leur sacrifier les intérêts collectifs que l'Etat a vocation à sauvegarder »⁸⁵. La lecture de ces témoignages révèle que la défense des droits et libertés n'est pas toujours, loin s'en faut, la préoccupation fondamentale des conseillers de l'aile Montpensier du Palais-Royal. A cet égard, la conclusion de Danièle Lochak est sans appel : « la notion d'intérêt général apparaît finalement comme une sorte de notion-balai, destinée à légitimer des mesures dont la constitutionnalité n'est *a priori* pas évidente »⁸⁶. Et c'est ainsi que, de façon de plus en plus régulière, le législateur est autorisé, avec l'aval du Conseil constitutionnel, à porter atteinte aux droits ordinaires les plus anciens au nom d'objectifs d'intérêt général nouveaux comme, par exemple, la lutte contre le terrorisme, la lutte contre l'immigration clandestine, ou encore la lutte contre la délinquance des mineurs. Jacques Robert ne confessait-il pas, dans un ouvrage destiné aux étudiants préparant l'examen d'entrée à l'École du barreau, que « le signataire de ces lignes a mesuré de près – en ayant la chance de passer de la fonction d'enseignant à celle de juge – à quel point il est plus aisé de décrire le droit que de le faire, de proclamer devant des auditoires d'avance conquis l'impérieuse nécessité d'épanouissantes libertés que de tenter de les faire vivre sans mettre en péril la sécurité collective, de les faire respecter sans entraver l'action des protecteurs de l'ordre »⁸⁷ ? Et, de fait, il n'est pas rare – sur ce point la jurisprudence postérieure à septembre 2001 vient corroborer les assertions du Président Mazeaud – que le Conseil constitutionnel, dans un contexte qui, il est vrai, ne facilite guère la tâche de ses membres, fasse prévaloir la

85 « 2, rue de Montpensier : un bilan », *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n° 25, 2008, p. 27 (nous soulignons).

86 « Le contrôle de l'opportunité par le Conseil constitutionnel », art. cité, p. 104.

87 *Le juge constitutionnel, juge des libertés. Préparation au CRFPA*, Paris, Montchrestien, 1999, p. 137.

protection de l'intérêt général sur les droits et libertés constitutionnellement garantis.

A côté de ces éléments d'opportunité politique, il y a aussi des considérations prudentielles qui, elles, ne relèvent pas du politique, et qui constituent, à n'en pas douter, un sérieux frein au contrôle du Conseil.

II – L'influence décisive des considérations prudentielles

Sans doute serait-il ici possible de multiplier les exemples de contraintes, en vérité très diverses, qui pèsent sur les membres du Conseil constitutionnel, et qui peuvent fréquemment les conduire à se montrer cléments à l'égard de lois peu favorables aux droits et libertés constitutionnellement garantis. Mais le propos sera limité à des considérations dont il est apparu, par la fréquence de leur invocation dans les divers témoignages d'anciens membres et à la lecture des procès-verbaux publiés des séances plénières, qu'elles occupaient, régulièrement, une place décisive dans la prise de décision : ce sont, d'une part, les considérations tenant à la politique jurisprudentielle de l'institution (A) et, d'autre part, les contraintes proprement humaines qui pèsent sur le Conseil comme sur tout autre organisme collégial (B).

A – Le poids des éléments de politique jurisprudentielle

Il est certains axes de la politique jurisprudentielle du Conseil constitutionnel qui sont particulièrement saillants à la lecture à la fois des témoignages de ses anciens membres, mais aussi des délibérations publiées. C'est ainsi que depuis plus de cinquante ans et afin, principalement, d'assurer la légitimité et la pérennité d'une institution nouvelle et parfois encore fragile, les « sages » de la rue de Montpensier ont été contraints de tenir compte du contexte dans lequel leurs décisions étaient élaborées et, ce qui est sans doute en

partie lié, de la façon dont elles seraient reçues. De façon constante, les membres du Conseil constitutionnel se sont ainsi montrés très sensibles aux impératifs liés à la sécurité juridique qui donnent un relief particulier à la jurisprudence antérieure (a) et aux répercussions de leurs décisions (b). De ce point de vue, ils ont surtout veillé, de façon constante, à ne pas prêter le flanc à l'accusation de « gouvernement des juges », ce qui les a parfois conduit et les conduit sans doute encore à transiger avec les droits et libertés constitutionnellement garantis (c).

a) Respecter la jurisprudence antérieure

Dans le témoignage qu'elle livrait sur son passage au Conseil constitutionnel à l'occasion du cinquantième anniversaire de l'institution, Monique Pelletier, qui fut membre de mars 2000 à mars 2004 (en remplacement de Roland Dumas, démissionnaire), faisait part à ses lecteurs de l'étonnement qui avait été le sien lorsqu'elle avait constaté le poids de la jurisprudence antérieure (celle du Conseil constitutionnel lui-même, bien entendu, mais aussi celle du Conseil d'Etat⁸⁸), dans l'élaboration des décisions : « Quelques étonnements, toutefois, de ma part, notait-elle ainsi : – La révérence absolue de la majorité des Sages envers le Conseil d'Etat. Il ne fallait en aucun cas risquer de le contredire, sous peine de l'offenser. – L'attachement du Conseil à sa propre jurisprudence. Celle des tribunaux et cours judiciaires [*sic*] évolue au fil des ans. Le Conseil tient sa jurisprudence pour immuable »⁸⁹. Le problème de la continuité et de la stabilité des solutions jurisprudentielles n'est évidemment pas propre au juge et à la jurisprudence constitutionnels : elle concerne tout juge disposant d'une liberté d'interprétation, c'est-à-dire, en réalité, tous les juges. Or, de ce point de vue, et comme l'écrit de façon très percutante Paul Amselek, « le pouvoir du juge

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

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

est à la mesure de sa modération »⁹⁰. C'est ce qu'ont parfaitement compris les membres du Conseil constitutionnel dès la mise en place de l'institution⁹¹, comme le révèlent à la fois les procès-verbaux des séances plénières et les témoignages des conseillers. C'est ainsi que dans ses vœux adressés au Président de la République le 5 janvier 1987, Robert Badinter déclarait : « tout analyste sérieux de nos décisions ne peut que constater qu'elles trouvent leurs racines dans la jurisprudence antérieure du Conseil. La continuité plus que le changement marque notre démarche. Sans doute sommes-nous toujours soucieux de mieux définir et de faire progresser l'Etat de droit. Mais ces progrès, nous les concevons dans la continuité de notre jurisprudence, car l'harmonie et la sécurité juridiques sont à ce prix »⁹². De la même façon, dans un colloque consacré au quarantième anniversaire du Conseil constitutionnel, le doyen Vedel mettait l'accent (sans pour autant faire expressément référence aux précédents jurisprudentiels) sur toutes les contraintes qui pèsent, plus ou moins lourdement, sur l'institution : « quand on entre dans un système de logique (que d'autres appelleront simplement une déontologie), toute une série de données vont faire que contre soi-même, contre ce qu'on voudrait faire, contre ce qu'on pourrait faire, qu'on désirerait faire, on fait le contraire. Et on fait le contraire à cause de ce que certains appelleraient le scrupule juridique, d'autres la cohérence, etc. J'ai vécu personnellement ceci au Conseil constitutionnel, non pas dans tous les cas, mais dans un certain nombre de cas »⁹³. La contrainte liée au poids du précédent est également palpable dans le compte-rendu des délibérations du Conseil : il est relativement fréquent, dans les procès-verbaux publiés, de trouver des propos insistant sur le « souci [...] de ne pas faire apparaître de contradiction avec la précédente jurisprudence du Conseil »⁹⁴, ou des appels à éviter les « revirements » autres « qu'exceptionnels et mûrement réfléchis »⁹⁵. Comme le déclarait solennellement Louis Gros à ses collègues en les appelant à la prudence lors de la séance du 22 juillet 1980 consacrée à l'examen de la loi portant validation d'actes administratifs, « nous serons les enfants de nos décisions, elles nous lieront pour l'avenir »⁹⁶.

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

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

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

93 *Le Conseil constitutionnel a 40 ans*, *op. cit.*, p. 148. Par « cohérence » il faut aussi bien entendu comprendre cohérence et donc stabilité, dans une certaine mesure, de la jurisprudence.

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

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

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

Il est relativement aisé de concevoir les raisons pour lesquelles la contrainte du précédent, qui pèse de façon déterminante sur la prise de décision, peut conduire le Conseil constitutionnel à se montrer timoré à l'égard de l'œuvre du législateur – même si celle-ci porte atteinte à des droits ou libertés constitutionnellement garantis. Si, la plupart du temps, comme le rappelle Noëlle Lenoir aux yeux de qui « le "culte du précédent" » représente presque « un impératif kantien pour le juge constitutionnel », « le respect du précédent est une garantie pour le législateur dont les actes sont contrôlés, une sécurité pour les citoyens dont les droits fondamentaux sont protégés et un facteur de légitimité pour le juge mis ainsi à l'abri du reproche d'arbitraire »⁹⁷, le souci de continuité et de cohérence jurisprudentielle peut aussi, de l'avis des éditeurs des grandes délibérations, pousser le Conseil à « masquer ses propres contradictions » afin d'éviter de se « discréditer » ou de se « déjuger »⁹⁸ ; car ce sont alors la légitimité et la crédibilité de l'institution qui sont évidemment en cause. Conjugué à la véritable hantise qu'éprouvent les membres du Conseil d'être accusés de gouverner à la place des organes expressément habilités par la Constitution, ce souhait d'assurer une cohérence des solutions jurisprudentielles peut conduire le juge constitutionnel, de l'aveu même de l'un de ses présidents, à faire preuve de « retenue [dans] sa jurisprudence⁹⁹ ». Dans son ouvrage, Mme Schnapper relate ainsi le désarroi et la déception qu'elle a éprouvés en découvrant cette « religion » du précédent¹⁰⁰ qui animait les membres du Conseil constitutionnel :

octobre 1984.

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

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

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

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

« venue dans l'idée de faire triompher la vertu et mes convictions, observe-t-elle, je me retrouvais dans la situation de faire respecter et de poursuivre la jurisprudence du Conseil »¹⁰¹...

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

b) Tenir compte des répercussions des décisions

Les considérations relatives aux conséquences d'une déclaration de conformité ou de non-conformité sont absolument décisives au cours des débats qui agitent les membres du Conseil constitutionnel. Comme le déclarait André Ségalat lors de la séance du 24 décembre 1979 consacrée à l'examen de la loi de finances pour 1980, en résumant bien la politique jurisprudentielle du Conseil sur ce point, « on a beaucoup parlé de la mission du Conseil et de la manière dont il doit appliquer la règle constitutionnelle. On a parlé d'une application juridique. Ce terme [me] convient [...] mais il ne faut pas l'entendre d'une façon étroite. Le Conseil, comme d'ailleurs doit le faire tout juge, doit appliquer le droit en interprétant les normes en fonction de toutes les conséquences qu'elles entraînent. L'application du droit ne peut pas ne pas prendre en compte les nécessités des

101 *Ibid.*, p. 168.

situations qu'elles régissent »¹⁰². C'est ainsi que le Conseil constitutionnel a pu être amené à attacher une importance particulière aux contraintes pesant sur le travail du législateur, notamment eu égard au calendrier du vote des lois de finances¹⁰³, aux conséquences financières de ses décisions¹⁰⁴, ou encore, et c'est très net dans les délibérations qui ont fait l'objet d'une publication mais aussi dans les témoignages de membres et d'anciens membres, à leurs répercussions sur l'opinion publique¹⁰⁵. Dans un discours prononcé lors de la visite des juges de la Cour suprême des Etats-Unis en France le 16 juillet 2007 et consacré aux « Méthodes de travail du Conseil constitutionnel », Olivier Dutheillet de Lamothe, alors membre de l'institution (où il siégea de mars 2001 à mars 2010), reconnaissait ainsi que le Conseil, « saisi à chaud [entre l'adoption de la loi par le parlement et sa promulgation], [...] doit statuer en pratique dans les trois semaines qui viennent, c'est-à-dire également à chaud. La motivation de ses

102 *Les grandes délibérations...*, *op. cit.*, p. 320. Voir aussi, dans le même ouvrage, l'introduction à la quatrième période de délibérations, pp. 325 et 332.

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

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

105 Voir, par exemple, la séance du 19 juin 1970, durant laquelle le président appelle ses collègues à réfléchir à la solution « avec toutes ses possibilités constructives de façon que la solution retenue puisse être approuvée par l'ensemble de l'opinion », *Les grandes délibérations...*, *op. cit.*, p. 202 ; celle du 26 avril 1979, pendant laquelle André Ségalat s'inquiète de savoir « comment ces deux décisions successives du Conseil constitutionnel seront [...] interprétées par l'opinion ? », *ibid.*, p. 246 ; ou encore la séance consacrée à l'examen de la loi relative à l'interruption volontaire de grossesse, lors de laquelle Pierre Chatenet déclarait « qu'il ne lui paraît pas indécent de dire que le Conseil peut faire entrer en ligne de compte le trouble profond que représenterait une déclaration de non-conformité qui, à coup sûr, ferait rebondir le débat. Ce n'est pas suffisant pour déterminer le Conseil mais on ne peut pas ne pas y penser », *ibid.*, p. 279 ; enfin, l'introduction à la première période de délibérations, *ibid.*, p. 50.

décisions [et leur sens même, pourrait-on ajouter] en tient nécessairement compte. Statuant sur un recours formé par l'opposition dans un contexte politique conflictuel, la décision du Conseil doit être comprise non seulement par la classe politique mais aussi *par les médias et par l'opinion* »¹⁰⁶. L'intervention du contrôle de constitutionnalité avant l'entrée en vigueur de la loi implique en effet, surtout pour les textes les plus importants (ceux notamment dont la constitutionnalité eu égard par rapport aux droits et libertés fondamentaux pose problème), qu'il se fasse sous le regard vigilant de l'opinion publique « éclairée » et des médias (les décisions les plus sensibles politiquement étant attendues et très largement commentées, dans la presse écrite et parfois même à la télévision), c'est-à-dire dans un contexte social (mais aussi politique) dont le Conseil constitutionnel doit inexorablement tenir compte. Or cet attachement aux répercussions des décisions sur l'opinion publique, qui s'explique notamment par le souhait de soigner l'image de l'institution¹⁰⁷ en ne heurtant pas de front les différents acteurs de la société civile et politique, conduit parfois le Conseil à se montrer clément à l'égard de dispositions législatives dont la constitutionnalité, notamment à l'égard des droits et libertés protégés par la Constitution, est douteuse. Deux exemples concrets seront ici exposés, mais il serait sans doute possible de les multiplier, notamment pour la période suivant immédiatement les attentats du 11 septembre 2001, marquée par un sensible

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

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

durcissement de la politique de sécurité publique au nom de la lutte contre le terrorisme. Dans son ouvrage consacré à Robert Badinter, le professeur Dominique Rousseau note par exemple à propos de la décision n° 93-325 DC du 13 août 1993¹⁰⁸, que « le Président du Conseil cède, parfois, à la pression sécuritaire de l'opinion. A regret sans doute [...] ; mais il cède, ici ou là, dans le souci affirmé de ne pas exposer l'institution qu'il préside aux accusations de « gouvernement des juges » »¹⁰⁹. Quelques mois plus tard, explique encore Dominique Rousseau, le Conseil constitutionnel « valide » la loi Méhaignerie qui institue une peine incompressible de trente ans pour les assassinats de mineurs de quinze ans précédés ou accompagnés de viol, de tortures ou d'actes de barbarie. « Cette politique pénale et la théorie du criminel-né qui la sous-tend implicitement sont diamétralement opposées à la philosophie criminelle de Robert Badinter, note Dominique Rousseau [...]. Mais, parce que l'affaire arrive en jugement le 20 janvier 1994, juste après le viol et le meurtre d'une petite fille de huit ans (septembre 1993), après la crise provoquée par la décision sur le droit d'asile (novembre 1993) et la censure de l'abrogation de la loi Falloux (13 janvier 1994), le Président ne peut convaincre ses collègues de passer d'une condamnation morale à une censure juridictionnelle »¹¹⁰. Ces

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

109 *Sur le Conseil constitutionnel..., op. cit.*, p. 111.

110 *Ibid.*, p. 124, à propos de la décision n° 93-334 DC du 20 janvier 1994, *Loi instituant une peine incompressible et relative au nouveau code pénal et à certaines dispositions de procédure pénale*. Dans une intervention prononcée en Arménie en 2005, Pierre Mazeaud reconnaissait également le poids « des considérations de nature non juridique » dans l'élaboration des décisions du Conseil, et mettait (notamment) l'accent sur le regard que l'opinion publique pourrait porter sur l'institution. En évoquant la jurisprudence relative à la rétention administrative des étrangers en situation irrégulière en cours d'éloignement du territoire national, il justifie la décision du Conseil de valider l'allongement de la durée de la rétention en expliquant que « le réalisme a joué un rôle important dans cette décision. Le fait que la quasi-totalité des pays européens connaissaient une durée de rétention qui excédait la durée maximale prévue par la loi nouvelle n'a pu qu'influencer le Conseil dans le sens du changement de jurisprudence. La volonté du législateur de remédier à un état de fait dans lequel une faible proportion seulement des mesures d'éloignement prononcées étaient exécutées, ce que l'opinion publique avait du

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

c) Ecarter l'accusation de gouvernement des juges

Si ces considérations pèsent assurément sur la prise de décision, c'est pourtant avant tout le problème des équilibres institutionnels qui constitue une préoccupation fondamentale et constante aux yeux des membres de l'institution. Ces derniers sont en effet véritablement hantés par la crainte d'être accusés de gouvernement des juges. Cette hantise – « hantise du Conseil, dit le professeur Jacques Robert, d'être une troisième chambre »¹¹¹ – hantise qu'ils partagent – au moins pour partie – avec leurs collègues des autres cours constitutionnelles à travers le monde, mais qui est sans doute davantage encore présente dans un pays de tradition de souveraineté de la loi et de méfiance à l'égard du juge, est palpable à la fois dans les procès-verbaux des séances plénières¹¹²,

mal à admettre, a également été déterminant », « La place des considérations extra-juridiques dans l'exercice du contrôle de constitutionnalité », pp. 13-14, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/le-conseil-constitutionnel/pour-en-savoir-plus/techniques-contentieuses-et-portee-des-decisions/iii-techniques-contentieuses-et-portee-des-decisions.4717.html>

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

112 Voir, parmi de nombreux exemples, la séance du 25 juillet 1979 au cours de laquelle, s'interrogeant sur l'opportunité de préciser le sens de la loi qui était l'objet de la saisine (grâce à la technique – qui n'existait pas encore – de la réserve d'interprétation), l'un des membres du Conseil « se déclare inquiet car il craint [...] que le Conseil ne se substitue au législateur », *Les grandes délibérations...*, *op. cit.*, p. 309, et 308 à 311 ; celle du 30 octobre 1981, relatée dans la présentation de la période 1980-1983 des *Grandes délibérations...*, *op. cit.*, p. 338 ; celle du 1^{er} juillet 1980, *ibid.*, p. 356 ; Dominique Schnapper note aussi dans son ouvrage que « pendant les

dans les témoignages des membres et anciens membres, mais aussi dans les discours officiels des conseillers. Tout récemment encore, et alors que le Conseil constitutionnel venait de fêter ses cinquante ans, dans un discours prononcé le 3 janvier 2011 à la séance de rentrée de l'École du barreau de Paris, l'actuel président du Conseil croyait devoir marteler devant les élèves avocats que « la QPC, ce n'est pas le gouvernement des juges ! »¹¹³.

Les membres du Conseil ne perdent en effet jamais de vue que ce sont les lois votées par les représentants du peuple souverain qu'ils sont amenés à juger, lois dont l'encre est à peine séchée lorsqu'ils en apprécient la conformité par rapport à la Constitution. C'est pourquoi « l'idée des conséquences politiques est toujours présente [dans les délibérations] ; elle est directement évoquée dans les rapports prônant une censure »¹¹⁴. Comme l'expliquait Michel Ameller qui fut membre du Conseil constitutionnel de mars 1995 à mars 2004, « un des grands penseurs français du « siècle des Lumières », Montesquieu, écrivait au début du 18ème siècle que le législateur « devait écrire d'une main tremblante » [*sic*]. [...] La « main tremblante » doit s'imposer a fortiori au juge constitutionnel, doté du pouvoir, plus considérable encore, d'invalider sans appel l'oeuvre des représentants du peuple »¹¹⁵. On trouve la même remarque – et la même hantise –

délibérés, on entend souvent l'appel à la prudence, la crainte d'être accusés de juger au-delà de la saisine, *ultra petita*, la mise en garde contre l'accusation d'adresser des injonctions au gouvernement et de devenir un gouvernement des juges », *Une sociologue...*, *op. cit.*, p. 178.

113 <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/documentation-publications/discours-et-interventions-des-membres/2011/discours-et-interventions-2011.51977.html>, p. 11.

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

115 « Principes d'interprétation constitutionnelle et autolimitation du juge constitutionnel », p. 1, exposé présenté à l'occasion d'une rencontre organisée à Istanbul par l'OCDE en mai 1998, disponible sur le site

sous la plume de Jacques Robert : « arrêter une loi – ou même seulement certaines de ses dispositions – est un acte « politique » (au sens noble du mot) très grave, surtout quand, *non élu soi-même, on doit censurer ce qu'ont fait des représentants élus de la nation*. Il ne faut donc prendre une telle décision que lorsque l'inconstitutionnalité est patente, une liberté ouvertement violée, une irrégularité manifeste commise... Des censures successives, incomplètement motivées ou contestables, ne seraient point – à la longue – comprises par l'opinion publique et l'institution risquerait de susciter une réaction de rejet. Ce n'est l'intérêt de personne »¹¹⁶.

Le même Jacques Robert déclarait encore en des termes proches que le Conseil constitutionnel est contraint, avant d'élaborer ses décisions, de prévenir leurs conséquences afin de ne pas prêter le flanc à l'accusation de gouvernement des juges. « En disant cela, ajoutait-il, je vais faire hurler un certain nombre de juristes qui me répondront que l'on ne peut pas à la fois dire que le Conseil n'est pas une juridiction politique et qu'il a une stratégie politique. Mais nous avons une stratégie politique en ce sens qu'il faut quand même que nous fassions très attention à ce que nous faisons. Arrêter une loi c'est autre chose qu'annuler un arrêté municipal. Il faut expliquer au peuple français que neuf personnes non élues vont arrêter ce qui a été fait par la majorité de ceux qu'ils ont eux-même désignés »¹¹⁷. Et si, comme le notait le doyen Vedel dans son rapport consacré à l'examen de la loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes (séances des 19 et 20 janvier 1981) « le gouvernement de l'administration par le juge administratif n'est que modérément désirable, le gouvernement du législateur par le

du Conseil : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/le-conseil-constitutionnel/pour-en-savoir-plus/techniques-contentieuses-et-portee-des-decisions/iii-techniques-contentieuses-et-portee-des-decisions.4717.html>

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

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

Conseil constitutionnel serait inadmissible »¹¹⁸. Surtout dans un pays de tradition constitutionnelle de souveraineté de la loi, et dans le cadre d'un contrôle de constitutionnalité qui était, jusque très récemment, réalisé uniquement *a priori*.

Comme le disait à ses collègues Bernard Chenot lors de la séance du 2 octobre 1962 consacrée à l'examen du projet de loi référendaire relatif à l'élection du Président de la République au suffrage universel, « le droit constitutionnel c'est du droit politique »¹¹⁹. Cette affirmation est certes vraie du droit constitutionnel dans l'absolu. Elle prend une ampleur particulière s'agissant du contrôle de constitutionnalité des lois en France, qui, avant le 1^{er} mars 2010, était exclusivement réalisé avant la promulgation de la loi. De l'aveu même des membres et anciens membres du Conseil, le *moment* et la *nature* du contrôle (contrôle abstrait et *a priori*) conduisent inexorablement les juges à se montrer assez régulièrement circonspects lors de l'examen de la constitutionnalité des lois, afin de ne pas attaquer de front l'œuvre tout juste édiflée du législateur, afin d'éviter, comme l'écrivait un ancien secrétaire général du Conseil constitutionnel, de « susciter l'irritation des autres institutions » – au premier rang desquelles le Parlement¹²⁰. C'est ainsi que dans une communication consacrée à la présentation du Conseil constitutionnel français et prononcée en décembre 2002, le président de l'institution, Yves Guéna, mettait l'accent sur la particularité du contrôle de constitutionnalité français et sur la forte pression qui en découlait pour le juge : « sur le plan psychologique, déclarait-il alors, il faut souligner que le Conseil constitutionnel, à la différence de la plupart des autres cours constitutionnelles, intervient « à chaud » et sur tout un ensemble de dispositions controversées. A cet égard, son intervention joue souvent un rôle d'apaisement. En contrepartie, ses décisions sont naturellement exposées au risque de la critique politique »¹²¹.

La fréquence avec laquelle les anciens membres du Conseil constitutionnel insistent sur cette dimension du contrôle de constitutionnalité français lorsqu'ils relatent leur expérience rue de Montpensier révèle le poids décisif de cette contrainte particulière qui pèse sur eux. Cette difficulté est parfaitement mise en exergue par Noëlle Lenoir dans une interview accordée au *Débat* à la fin de son mandat au Conseil. « Le juge constitutionnel français, insiste-t-elle, est [...] amené à

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

119 *Les grandes délibérations...*, *op. cit.*, p. 104.

120 Bruno Genevois, « Un universitaire au Conseil constitutionnel : le Doyen Georges Vedel », *RFDA* 2004, p. 215.

121 <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/le-conseil-constitutionnel/pour-en-savoir-plus/le-role-et-le-fonctionnement-du-conseil-constitutionnel/i-le-role-et-le-fonctionnement-du-conseil-constitutionnel.4714.html>, p. 15.

contrôler des lois qui sont l'expression juridique de choix politiques du moment, des choix qui peuvent porter sur un élément essentiel du programme de la majorité en place. La confrontation avec le monde politique est d'autant plus directe que le Conseil constitutionnel ne peut être saisi que par des autorités politiques ». Or ce mécanisme du contrôle *a priori*, s'il est efficace (notamment du point de vue de la sécurité juridique), « contraint le juge français à interférer dans un processus de décision politique plus directement qu'ailleurs ». « Je veux [...] souligner, poursuit encore Noëlle Lenoir, qu'en France, plus qu'ailleurs, le juge constitutionnel est proche de l'arène politique dès lors que l'usage du contrôle de constitutionnalité est étroitement lié à la compétition politique. Du fait du système du contrôle a priori, le juge semble, à son corps défendant, faire en quelque sorte office de "tuteur" vis à vis du législateur ». Ce système « brutal », « qui met face à face une cour constitutionnelle et le pouvoir politique » place souvent le Conseil constitutionnel dans une situation embarrassante : car « être appelé à jouer de facto un rôle d'arbitre entre la majorité et l'opposition est une position qui n'est pas toujours très confortable pour un juge »¹²². Dans un texte consacré aux « Méthodes de travail du Conseil constitutionnel », Olivier Dutheillet de Lamothe insistait de la même façon sur cette contrainte psychologique fondamentale qui, inexorablement, joue lors de la prise de décision : « le Conseil constitutionnel français, écrivait-il, ne dispose pas de cette arme universelle qu'utilisent tous les juges du monde : le temps [...]. Le temps est, en matière juridictionnelle, une arme puissante : il apaise les passions, il permet de trancher non pas à chaud mais dans un climat beaucoup plus serein »¹²³. Pressé par le délai très court qui lui est imparti (un mois, en général), le Conseil constitutionnel français l'est aussi par le sentiment d'être appelé à arbitrer les conflits entre la majorité et l'opposition. Car selon que sa décision sera interprétée comme faisant triompher l'une ou l'autre des deux parties, il sera exposé, quel que soit d'ailleurs le sens de sa décision, à la critique politique.

La crainte que produit cette situation conduit le Conseil constitutionnel à pratiquer ce qu'il

122 L'interview peut être consultée sur le site internet du Conseil constitutionnel, à l'adresse suivante : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/le-conseil-constitutionnel/le-conseil-hier/les-membres-depuis-1959/temoignages-d-anciens-membres/le-metier-de-juge-constitutionnel.25704.html>.

123 <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/le-conseil-constitutionnel/pour-en-savoir-plus/le-role-et-le-fonctionnement-du-conseil-constitutionnel/i-le-role-et-le-fonctionnement-du-conseil-constitutionnel.4714.html>, pp. 8 et 10. On trouve la même constatation sous la plume de François Luchaire : « le Conseil constitutionnel, note-t-il également, statue aussitôt après le vote de la loi donc à un moment où les passions parlementaires sont loin d'être apaisées et l'intérêt de la presse écrite ou audiovisuelle reste très vif », *Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat*, colloque des jeudi 21 et vendredi 22 janvier 1988, Paris, LGDJ, 1988, Introduction, p. 45. Même remarque dans un article intitulé « Le Conseil constitutionnel et le gouvernement des juges », publié dans la *Revue de science administrative de la Méditerranée occidentale*, 1987, n° 19-20, reproduit dans les *Mélanges François Luchaire : un républicain au service de la République*, textes réunis par Didier Maus et Jeannette Bougrab, Paris, publications de la Sorbonne, 2005, p. 369 : le contrôle du Conseil constitutionnel « s'effectue alors que les passions entraînées par le débat parlementaire ne sont pas apaisées ; ce contrôle apparaît aussi comme une dernière phase du processus législatif ».

est convenu d'appeler la politique du *self-restraint*, qui se caractérise par une grande prudence dans l'élaboration des décisions. Comme le reconnaissait Pierre Mazeaud lors d'une intervention prononcée en Arménie en 2005, « oui, le contrôle de constitutionnalité repose pour partie sur des considérations extra-juridiques. [...] Juger la loi, c'est se prononcer sur un objet tant juridique que politique, façonné par les représentants du peuple. [...] Le Conseil constitutionnel s'était défini à l'origine, de manière assez modeste, comme un simple « régulateur de l'activité des pouvoirs publics ». Si l'accroissement de son rôle en matière de protection des droits fondamentaux l'a conduit à abandonner rapidement une définition aussi réductrice, il n'en a pas moins multiplié les mécanismes dits « d'autolimitation ». [...] Le Conseil a dégagé de lui-même plusieurs principes qui témoignent d'une volonté aussi ancienne que constante de se détourner du « gouvernement des juges ». Cette attitude a contribué à faire accepter ses décisions. Elle se traduit aussi bien *dans la définition de sa compétence que dans le choix des critères généraux de son exercice* »¹²⁴. Ce sont ces deux points qui vont être à présent examinés.

Le Conseil constitutionnel a d'abord et toujours, depuis sa création, veillé à n'interpréter ses compétences que de façon restrictive, ses membres les plus scrupuleux rappelant sans cesse à l'ordre leurs collègues trop audacieux en martelant que l'institution ne dispose que d'une compétence d'attribution – ce qui le conduit par exemple à refuser systématiquement le contrôle des lois référendaires et des lois constitutionnelles¹²⁵.

Ensuite, le Conseil a constamment exercé son contrôle avec modération afin de ne pas froisser le législateur « souverain ». Cette politique jurisprudentielle est encore « aggravée » par le fait que le Conseil est d'institution récente et, aux dires mêmes de ses membres, fragile. Comme le déclarait le doyen Vedel lors de la séance consacrée à l'examen de la loi de nationalisation I le 16 janvier 1982, « le Conseil constitutionnel est un juge encore fragile (...). Il a vingt ans seulement. Nous avons été créés par... inadvertance, en 1958 »¹²⁶, avant d'observer que la Cour suprême des Etats-Unis avait « attendu vingt ans avant de déclarer qu'une loi n'était pas contraire à la

124 « La place des considérations extra-juridiques dans l'exercice du contrôle de constitutionnalité », pp. 1 et 7, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/le-conseil-constitutionnel/pour-en-savoir-plus/techniques-contentieuses-et-portee-des-decisions/iii-techniques-contentieuses-et-portee-des-decisions.4717.html> (nous soulignons).

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

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

Constitution, et quatre-vingt [*sic*] ans pour oser déclarer inconstitutionnelle une loi fédérale »¹²⁷. Plus de cinquante ans après sa création, le bilan que tire Dominique Schnapper après son séjour rue de Montpensier n'est pas fondamentalement différent : l'interview publiée par le quotidien *Le Monde* à l'occasion de la parution de son ouvrage en février 2010 portait significativement pour titre : « Une institution encore fragile »¹²⁸. Le constat est le même dans son livre : « La lente densification de l'institution, son rôle accru n'empêchent pas que, jusqu'à la révision de 2008 en tout cas, dans l'organisation des différents pouvoirs publics, le Conseil reste une institution faible et fragile. C'était, selon le témoignage de Jacques Robert, le sentiment de Robert Badinter [...] lorsqu'il formulait, en 1992, « ses lancinantes inquiétudes sur la fragilité de l'institution. Intensément pénétré de la mission essentielle qui lui était confiée, il avait la hantise de la mauvaise décision rendue qui viendrait ébrécher la réputation du Conseil et compromettre le long travail mené. Rien n'était acquis. Un faux pas pouvait tout compromettre » »¹²⁹. Le poids de la contrainte qui pèse sur les conseillers est palpable dans cet extrait : encore aujourd'hui, le Conseil se doit de ne pas trop brusquer les représentants élus du peuple souverain, ce qui le conduit, régulièrement, et notamment lors de périodes sensibles du point de vue des équilibres politiques et institutionnels, à exercer un contrôle qu'il n'est pas excessif de qualifier de timoré. Comme l'écrivait Jacques Robert à propos de Robert Badinter – mais le propos pourrait sans doute s'appliquer à la plupart des conseillers – ce dernier « savait mieux que quiconque que, dans le domaine névralgique et infiniment sensible des libertés publiques, une prudente démarche s'imposait. Ne censurer que l'inacceptable. Savoir adopter, le cas échéant, profil bas. Ne pas en rajouter quand rien ne l'exige. Il évoluait savamment entre ces démarches subtiles »¹³⁰. On pourrait évidemment rétorquer qu'il ne saurait en aller autrement dans un régime qui se veut démocratique. Mais le propos n'est pas de savoir si le Conseil constitutionnel est une institution qui sied à la démocratie ; il est de savoir si sa jurisprudence est aussi libérale que le prétend une partie de la doctrine et qu'il le soutient lui-même.

Concrètement, cette prudence qu'explique la carence de légitimité (réelle ou supposée)

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

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

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

130 *La garde de la République...*, *op. cit.*, p. 124.

dont souffre l'institution par rapport au législateur se manifeste de plusieurs façons. Il est d'abord entendu que les « sages » de la rue de Montpensier ne souhaitent pas s'illustrer en s'opposant de front à des représentants du peuple que les urnes viennent tout juste de désigner, ou en sanctionnant les réformes d'un homme qui vient d'être porté à la présidence de la République par le suffrage universel. Durant sa présidence, Robert Badinter s'était par exemple donné pour règle de « ne pas heurter de front une majorité parlementaire nouvellement élue ». Comme l'écrit Dominique Rousseau, le président Badinter invoquait régulièrement cette « règle de comportement juridictionnel [...] pour répondre aux défenseurs des droits de l'homme insatisfaits par certaines décisions ». C'est ainsi qu'en 1993, afin de ne pas « engager le Conseil dans une politique de censure systématique des lois sécuritaires de la nouvelle majorité », Robert Badinter, « l'homme à la nuque raide, note encore le professeur Rousseau, a dû avoir [...] quelques douleurs retenues »¹³¹. En réalité, davantage qu'une ligne de conduite simplement imposée par le président Badinter, on tient là un élément fondamental de la politique jurisprudentielle du Conseil : l'examen systématique des décisions rendues lors de la période politiquement sensible qui suit l'installation d'une nouvelle législature ou l'élection d'un Président de la République révèle que ce moment clé de la vie politique est en général assez peu propice à la sanction. Dans les dix-huit mois qui suivent les élections législatives et/ou présidentielles, les décisions de conformité sont en effet plus nombreuses. Alors que, sur trente ans (de 1979 à 2009), la proportion des décisions de conformité est de 53,49 %, elle est presque systématiquement plus élevée au lendemain des élections¹³².

Mais la réserve du Conseil constitutionnel s'illustre aussi par la gradation dans le contrôle et dans les sanctions qui précèdent une évolution de la jurisprudence, notamment lors de la découverte de normes constitutionnelles non-écrites : ce fut singulièrement le cas lorsque les « sages » se sont lancés dans une politique de contrôle de la qualité de la loi notamment en censurant, à partir de 2005, les « neutrons législatifs ». Cette « politique des petits pas », selon l'expression de Georges Vedel, conduit le Conseil à ne censurer ce qu'il considère comme des violations de la Constitution

131 *Sur le Conseil constitutionnel...*, *op. cit.*, pp. 116-118, où l'on trouve également des exemples concrets de modération du contrôle de constitutionnalité dans la période post-électorale, et alors que des droits fondamentaux étaient affectés par les lois qui étaient l'objet de la saisine.

132 54,17 % de mai 1981 à décembre 1982 ; 54,54 % de juin 1988 à décembre 1989 ; 54,54 % d'avril 1993 à décembre 1994 ; 73,33 % de mai 1995 à décembre 1996 ; 56,25 % de juin 1997 à décembre 1998 ; 56,67 % de juin 2002 à décembre 2003. N'ont pas été ici mentionnées la période qui suit immédiatement les élections législatives de 1986, et celle qui suit les élections présidentielles et législatives de 2007, pour lesquelles la proportion de décisions de non-conformité est plus élevée que la moyenne (respectivement 48,15 % et 57,9 % au lieu de 46,51 % sur trente ans). Il convient néanmoins de préciser immédiatement que la présidence de monsieur Sarkozy est marquée par des taux de censure exceptionnellement élevés : 73,33 % en 2007 (avec cinq décisions de non-conformité sur sept décisions rendues entre mai et décembre 2007), 50 % en 2008 et 69,23 % en 2009). Pour les autres années, voir le tableau figurant en annexe. Les écarts par rapport à la moyenne constatés pour les années post-électorales ne sont certes pas toujours significatifs, mais ils sont tout de même probants.

qu'après avoir envoyé des « signaux d'alarme » au législateur¹³³ – c'est-à-dire seulement après avoir « laissé passer » quelques inconstitutionnalités.

« Dans le souci de ménager le législateur » et les équilibres institutionnels, selon les propres termes d'un ancien secrétaire général de l'institution¹³⁴, le Conseil constitutionnel peut aussi être régulièrement amené, de l'aveu de certains de ses anciens membres, à limiter le nombre de censures prononcées. Dans l'ouvrage relatant son expérience, Mme Schnapper expliquait par exemple qu'« un président avançait parfois, avec humour, que le Conseil avait épuisé son « quota » de censure pour l'année ou pour la session parlementaire en cours, qu'il ne pouvait plus se permettre d'en imposer une nouvelle – on était alors en période de cohabitation et la majorité des membres avait été nommée par l'opposition ; ou bien, autre formule, qu'il avait épuisé ses droits de tirage en censurant trois ou quatre dispositions dans une loi, et qu'il ne devait pas aller plus loin, sauf à susciter à nouveau des projets de réforme drastique. Comme me l'avait dit un autre conseiller proche du type du « politique » quand j'évoquais la possibilité d'une censure : « Il y a des moments où le Conseil doit se faire oublier, on va encore parler du gouvernement des juges... » »¹³⁵. De la même façon, Jacques Robert, interrogé par Dominique Rousseau, insistait sur le fait que pour être « crédible » aux yeux de l'opinion publique, le Conseil ne pouvait censurer les lois qu'en cas de « violation caractérisée de la Constitution », « dans les cas exemplaires et pas trop souvent ». « Je vous prends comme exemple le fameux été [1993] où nous avons été saisis de nombreuses lois, déclarait Jacques Robert. Nous avons commencé par en annuler [s'ic] quatre et non des moindres [...]. Qu'aurait dit l'opinion si on les avaient toutes annulées [s'ic] ? Même si on avait eu de bonnes raisons de le faire, l'opinion ne l'aurait pas

133 Cf., à ce sujet, les analyses de Dominique Schnapper, *Une sociologue...*, *op. cit.*, pp. 94 s., et l'étude de Bruno Genevois, « Un universitaire au Conseil constitutionnel : le Doyen Georges Vedel », art. cité.

134 Bruno Genevois, « Un universitaire au Conseil constitutionnel : le Doyen Georges Vedel », art. cité.

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

accepté. On aurait crié à l'obstruction, à l'émergence d'un « contre-pouvoir » abusif. Ne l'a-t-on d'ailleurs pas spectaculairement fait en haut lieu » ? Au professeur Rousseau qui s'étonnait que l'on puisse faire « souffrir le droit » pour ne pas heurter l'opinion (entendue au sens large ici, à la fois comme l'opinion publique et la classe politique), l'ancien membre du Conseil constitutionnel répliquait : « Vous savez très bien comme moi que tout n'est jamais tout blanc ou tout noir. Tout n'est jamais radicalement inconstitutionnel et tout n'est jamais radicalement constitutionnel ou rarement. Il y a des cas dans lesquels on peut sérieusement hésiter. Ce que je veux simplement dire c'est que quand sur deux ou trois lois successives le Conseil a rendu des décisions de non-conformités [*sic*], une bonne politique doit consister, sauf s'il y a une inconstitutionnalité notoire, à être peut-être plus circonspect sur d'autres afin que l'opinion ne se dise pas que la censure devient systématique et que Conseil bloque le bon fonctionnement de l'Etat [...]. Nous ne voulons pas trop censurer la loi, je l'ai dit tout à l'heure. Quand il n'y a pas d'inconstitutionnalité manifeste nous laissons passer... »¹³⁶. Afin d'éloigner le spectre du gouvernement des juges, les membres du Conseil peuvent donc, au cours d'une même session parlementaire, d'une même année civile, ou d'une même législature, faire le choix de se montrer cléments avec des textes qui, s'ils ne comportent pas d'inconstitutionnalité « manifeste » – ce qui, évidemment, ne peut avoir aucun sens – sont attentatoires aux droits et libertés constitutionnellement garantis. C'est sans doute ce qui s'est passé fin 1993, lors de l'examen de la loi quinquennale relative au travail, à l'emploi, et à la

136 « Neuf années au Conseil constitutionnel. Débat entre Jacques Robert et Dominique Rousseau », art. cité, pp. 1757-1758 et p. 1766.

formation professionnelle¹³⁷. D'après le professeur Rousseau, « malgré les dénégations de Robert Badinter, la date de la décision permet de comprendre sinon de justifier cet égarement jurisprudentiel. Elle fut rendue le 16 décembre 1993, soit trois semaines après le traumatisme des polémiques et de la révision constitutionnelle sur le droit d'asile *et alors que le Conseil se préparait à censurer l'abrogation de la loi Falloux, le 13 janvier 1994*. Le calme revenu, le Conseil a retrouvé le chemin de la protection des droits sociaux... »¹³⁸. A propos de la décision n° 93-321 DC du 20 juillet 1993, *Loi réformant le code de la nationalité*, Dominique Rousseau note encore : « le Président du Conseil n'a pas empêché qu'il soit désormais plus difficile de devenir Français. *Sans doute pensait-il aux autres affaires en jugement au même moment et en particulier au droit d'asile sur lequel il souhaitait se montrer ferme* »¹³⁹. En d'autres termes – un peu triviaux – le Conseil constitutionnel ne peut se permettre, aux yeux de ses membres, d'user toutes ses « cartouches » trop vite : la « sélection » qu'il opère sur les textes est réalisée en fonction du contexte politique et jurisprudentiel.

Mais le Conseil tient également compte, pour se prononcer sur la conformité ou la non-conformité d'une loi à la Constitution, des circonstances dans lesquelles elle a été adoptée. Comme l'expliquent certains de ses anciens membres et comme le révèlent les délibérations publiées, les conseillers sont réticents à censurer les dispositions d'une loi ayant fait l'objet d'un large consensus politique. On apprend ainsi, en lisant les procès-

137 Décision n° 93-328 DC.

138 *Sur le Conseil constitutionnel...*, *op. cit.*, p. 176, à propos de la décision n° 93-328 DC du 16 décembre 1993 (nous soulignons).

139 *Ibid.*, pp. 177-178.

verbaux des séances plénières, que « les membres hésitent à se saisir d'office d'une disposition qui n'a pas suscité la moindre contestation durant les débats parlementaires »¹⁴⁰. Toujours à propos des moyens soulevés d'office, le président Pierre Mazeaud explique aussi que « le choix d'en faire usage ou non résulte d'un processus dont il est difficile de rendre compte et qui repose sur la combinaison de considérations extra-juridiques qui tiennent, par exemple, au caractère plus ou moins important de la question en cause, à l'intérêt pédagogique que peut présenter la censure, *au caractère consensuel ou non de la disposition dont la constitutionnalité est douteuse* ». Plus loin, il observe encore que le Conseil se montre « très circonspect face à un texte faisant l'objet d'un large accord politique. Il s'efforcera alors – dans la mesure du possible – de limiter les censures et préférera – dans la mesure du possible aussi – les réserves d'interprétation aux déclarations d'inconstitutionnalité. De façon générale, le caractère consensuel ou conflictuel d'une loi est susceptible d'influer sur la décision rendue (sauf bien sûr lorsque la solution s'impose juridiquement) » – c'est-à-dire pratiquement jamais¹⁴¹ : et voilà comment l'accord de la majorité des acteurs politiques sur l'opportunité d'un texte peut devenir l'un des éléments – on ne saurait dire critères – de sa « constitutionnalité ». Evidemment, on comprend bien la position du Conseil constitutionnel à cet endroit : elle ne saurait être autre en démocratie. Mais les jonglages qu'il est contraint de réaliser pour éviter l'accusation de gouvernement des juges ne peuvent, une fois encore, que le conduire à transiger avec la norme constitutionnelle.

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

141 « La place des considérations extra-juridiques dans l'exercice du contrôle de constitutionnalité », pp. 9-10, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/le-conseil-constitutionnel/pour-en-savoir-plus/techniques-contentieuses-et-portee-des-decisions/iii-techniques-contentieuses-et-portee-des-decisions.4717.html>.

Cette situation est encore aggravée par le fait que les membres du Conseil se sont montrés, dans l'ensemble, plutôt réservés quant au principe du contrôle de constitutionnalité. Cela concerne évidemment, en tout premier lieu, les incondtionnels défenseurs des droits du parlement : car s'il est avéré que certains conseillers, avant d'entamer leur mandat dans l'aile Montpensier du Palais-Royal, s'étaient illustrés comme de fervents défenseurs des droits de l'homme et des libertés fondamentales¹⁴², d'autres au contraire étaient de notoires partisans des prérogatives parlementaires. Même si, en raison du principe du secret des délibérations, il est impossible de connaître avec précision l'activité de chacun de ces membres au cours de leur mandat, on peut au moins s'étonner de la nomination (par le président de l'une ou l'autre des deux assemblées parlementaires¹⁴³) de certaines personnalités qui avaient, çà et là, exprimé des critiques extrêmement virulentes à l'égard du Conseil constitutionnel. Ce fut par exemple le cas du sénateur et vice-président du Sénat Etienne Dailly, nommé par le président du Sénat en mars 1995 et qui avait, deux ans plus tôt, au moment de la crise provoquée par la décision du Conseil sur la *Loi relative à la maîtrise de l'immigration*¹⁴⁴, suggéré une révision de la

142 Ce fut par exemple le cas de René Cassin, prix Nobel de la paix pour son action en faveur d'une protection internationale des droits de l'homme en 1968, et fondateur, en 1969, de l'Institut international des droits de l'homme à Strasbourg, de Gaston Monnerville, de Daniel Mayer, qui fut président de la ligue des Droits de l'homme de 1958 à 1975 et qui était président de la Fédération internationale des Droits de l'homme au moment de sa nomination, en 1983, de Simone Veil, ou encore de Robert Badinter. René Cassin fut membre du Conseil constitutionnel de juillet 1960 à mars 1971. A son sujet, il convient de noter immédiatement – et cet élément est très révélateur au regard de ce qui va suivre – qu'au moment de l'élaboration de la Constitution de 1958, il était extrêmement réticent à l'égard de la création du Conseil constitutionnel, dont il ne concevait pas le rôle sur le modèle de celui de la Cour suprême des Etats-Unis. Voir, à ce sujet, Séverine Leroyer, *L'apport du Conseil d'Etat au droit constitutionnel de la V^e République. Essai sur une théorie de l'Etat*, thèse, Université de Caen, 2010, pp. 572 s. Gaston Monnerville, qui fut membre du Conseil constitutionnel de mars 1974 à mars 1983 avait, quant à lui, à plusieurs reprises, au début des années soixante-dix et alors qu'il était sénateur, demandé au gouvernement de ratifier la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (voir Jean-Paul Brunet, *Gaston Monnerville. Le Républicain qui défia de Gaulle*, Paris, Albin Michel, 1997, p. 278).

143 Les présidents de l'Assemblée nationale et du Sénat ont pour habitude de désigner au Conseil d'anciens parlementaires ou des fonctionnaires des assemblées parlementaires.

144 Décision n° 93-325 DC des 12-13 août 1993.

Constitution afin de limiter l'étendue du bloc de constitutionnalité. A la tribune du Congrès, le 19 novembre 1993, soit moins de dix-huit mois avant sa nomination au Conseil constitutionnel, Étienne Dailly critiquait vivement à la fois l'extension du bloc de constitutionnalité opérée par le Conseil dans sa décision de juillet 1971 (qui, rappelons-le, est bien entendu fondamentale dans la perspective de la protection des droits et libertés constitutionnellement garantis), mais aussi les méthodes du contrôle de constitutionnalité qui, à ses yeux, heurtaient la souveraineté du peuple telle qu'exprimée par les assemblées parlementaires¹⁴⁵. A la même époque et sur le même sujet, un peu moins de deux ans

145 Le passage est certes long, mais il mérite d'être cité car il révèle, malgré les dénégations de son auteur, une hostilité profondément ancrée au contrôle de constitutionnalité, et singulièrement dans sa dimension de protection des droits et libertés constitutionnellement garantis, puisque c'est principalement le tournant de 1971 qui est ici critiqué, en ce qu'il limite dangereusement la marge de manœuvre du législateur. S'exprimant à la tribune pour défendre son projet de restriction du bloc de constitutionnalité, Étienne Dailly commence par fustiger la décision « aussi imprévisible qu'inattendue, rendue le 13 août 1993 par le Conseil constitutionnel » qui « oblige à réviser la Constitution de la République ». « Mon groupe, poursuit le sénateur, l'accepte mal. Je dirai même qu'il ne l'accepte pas, et il pense que nous ne devrions pas nous borner à la dénoncer. Car si on en est arrivé là, c'est parce que, le 16 juillet 1971, le Conseil constitutionnel, dont la mission dans ce domaine, je le rappelle, n'est, conformément à l'article 61 de la Constitution, que de se prononcer sur la conformité à la Constitution des textes qui lui sont soumis, avait, et pour la première fois, fait entrer dans le droit positif constitutionnel le préambule de la Constitution de 1958, celui de la Constitution de 1946, auquel il renvoie, puis tous ces principes, de plus en plus abstraits, fixés par ces fameuses lois de la République dont je vous mets au défi de réussir à dresser la liste. Pourquoi en sommes-nous parvenus là ? Parce que, depuis ce 16 juillet 1971, s'est progressivement élaboré un ensemble plus vaste que la Constitution elle-même, à savoir cette notion nouvelle, alors inventée par le Conseil constitutionnel lui-même, de « bloc de constitutionnalité », bloc de constitutionnalité dont il n'est pas excessif de souligner que, faute de limites précises, il est à « géométrie variable ». On a alors vu surgir les « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » puis, au fil des décisions ultérieures, des notions nouvelles, comme les « principes particulièrement nécessaires à notre temps », les « principes à valeur constitutionnelle », les « fins d'intérêt général ayant valeur constitutionnelle », les « objectifs à valeur constitutionnelle » ou les « concepts juridiques à valeur constitutionnelle ». J'arrête là mon énumération mais je tiens, bien entendu, tous les numéros des décisions du Conseil constitutionnel à votre disposition ainsi que leur texte. Ces règles nouvelles, inventées par le Conseil constitutionnel, entretiennent finalement un rapport de plus en plus lointain, de plus en plus ténu, avec la Constitution proprement dite, qui semble, à la limite, être devenue une source presque accessoire du contrôle de constitutionnalité alors qu'elle dispose pourtant clairement qu'elle doit en être l'unique fondement. Mes chers collègues, le Conseil constitutionnel a même été ainsi entraîné à élaborer des techniques de contrôle de constitutionnalité, qui s'écartent vraiment de par trop loin de sa mission première ! Exemple ? Eh bien, toutes ces décisions de conformité rendues « sous les strictes réserves d'interprétation dont elles étaient assorties », ou bien comportant de multiples et minutieuses prescriptions destinées aux juridictions sur la façon d'appliquer la loi pour que celle-ci - j'ose à peine finir ma phrase - demeure constitutionnelle ! Tout cela est devenu extravagant [...]. Heureusement, il reste encore un pouvoir constituant, c'est le Parlement, et il lui suffira, un jour de préciser dans cet article 61 que le Conseil constitutionnel « se prononce sur la conformité des textes qui lui sont soumis » non plus « à la Constitution », mais « aux articles de la Constitution » pour que nous soyons délivrés de ces interprétations abusives qui nous conduisent à des situations aussi inattendues que celle de ce matin. En aucun cas, les membres du Conseil constitutionnel, n'ont eu et ne doivent avoir de pouvoir législatif. En aucun cas, ils n'ont eu et ne doivent avoir de pouvoir constituant. C'est pourquoi il n'est pas acceptable qu'ils se permettent d'ériger en « obligations constitutionnelles » des dispositions qui ne figurent pas dans la Constitution et ne sont évoquées qu'à titre de

avant sa nomination par le président de l'Assemblée nationale, Michel Ameller (qui était, depuis 1951, administrateur à l'Assemblée nationale et qui fut secrétaire général de la même assemblée de 1985 à 1992) publiait au courrier des lecteurs du journal *Le Monde* un « papier » significativement intitulé : « Conseil constitutionnel. De quoi se mêlent-ils ? ». « Il est malheureusement vrai que, depuis 1974, députés et sénateurs ont mis du leur pour accélérer la montée en puissance du Conseil, se lamentait-il alors ». A ses yeux, la crise de 1993 était révélatrice d'un « vrai problème de fond : quels sont donc les pouvoirs du Conseil en face du principe démocratique énoncé par l'article 3 de la Constitution ? La véritable question est bien celle qu'a posée François Mitterrand dès 1982 : "De quoi se

principes et dans des préambules qui n'ont aucun pouvoir normatif. Si l'on veut faire de certains d'entre eux des obligations constitutionnelles, il faudra en faire des articles de la Constitution et cela, mes chers collègues, ce seront les parlementaires, et eux seuls, qui auront le pouvoir de le faire. Je conclus. Lorsque l'on est, comme le sont les membres du groupe du Rassemblement démocratique et européen du Sénat, au nom desquels je m'exprime, très attaché au contrôle de constitutionnalité parce qu'il contribue, de façon globalement positive, à concilier les exigences parfois antagonistes de la politique et du droit, on ne peut que souhaiter mettre un terme à la redoutable dérive que je viens de rappeler. Cette dérive ne peut en effet qu'alimenter les craintes de ceux que préoccupe, à juste titre, le risque de voir s'instaurer, chez nous, une sorte de « gouvernement des juges ». Si on la laisse se perpétuer, elle ne manquera pas, en effet, de s'amplifier et, tôt ou tard, on aboutira à une remise en cause du principe même du contrôle de constitutionnalité, ce que les membres de mon groupe ne souhaitent pas. Ce que nous déplorons - je le disais tout à l'heure, en privé, à M. le Premier ministre avant qu'il ne parte pour Madrid - c'est finalement que la révision de la Constitution qui nous est proposée ce matin soit si peu ambitieuse, qu'elle ne comporte rien à ce sujet et que, de surcroît, on nous ait empêchés de l'y mettre pour éviter toute navette entre l'Assemblée nationale et le Sénat. En définitive, la révision constitutionnelle que l'on nous propose est nécessaire, je dirais même indispensable et notre groupe, dans sa quasi-unanimité, va donc la voter. Mais elle n'est pas suffisante et il faut que, par une révision de l'article 61, nous rétablissions dans sa souveraineté le Parlement de la République et que, du même coup, nous ramenions le Conseil constitutionnel et sa jurisprudence dans le rôle, dans le cadre de la mission qu'avaient entendu lui confier les constituants de 1958. Par là même, nous conforterons la place et le rôle éminent que doit avoir le Conseil constitutionnel dans les institutions de la République. (Applaudissements.) ». Le compte-rendu intégral de la séance du 19 novembre 1993 peut être consulté sur le site internet de l'Assemblée nationale à l'adresse suivante : http://www.assemblee-nationale.fr/connaissance/cr_19nov1993.asp. Et, de fait, Étienne Dailly a déposé, entre 1991 et 1995, trois propositions de lois constitutionnelles « tendant à combler les lacunes, à remédier aux défaillances et à prévenir les interprétations abusives de la Constitution de 1958, afin de préserver et de maintenir les Institutions de la Vème République », qui avait notamment pour objet de réduire l'étendue du bloc de constitutionnalité, en en retirant notamment le préambule de la Constitution de 1946. Aucune n'a abouti à une révision de la Constitution. De la même façon, note Dominique Schnapper, Pierre Mazeaud déclarait, au cours des débats de l'Assemblée nationale consacrés à la révision constitutionnelle de 1993 : « je considère depuis fort longtemps que le Conseil constitutionnel en tant qu'institution a élargi sa compétence *ratione materiae*. Dans l'esprit des constituants de 1958, il n'était pas question du préambule, encore moins des droits de l'homme, etc. Nous avons tous une très lourde responsabilité, que nous soyons dans la majorité ou dans la minorité, pour avoir permis au Conseil constitutionnel de tels débordements », *Une sociologie...*, *op. cit.*, p. 176.

mêlent-ils ?" Au nom de quoi se prononcent ces "sages", désignés de façon discrétionnaire, pour donner des leçons de morale constitutionnelle, dans le secret, à des représentants du peuple se déterminant en pleine clarté en conclusion de débats publics et qui, eux, courent le risque de la sanction électorale ? Sur quoi repose leur infaillibilité pour dire le fameux "état de droit" dont tout le monde se réclame ? Le débat reste ouvert »¹⁴⁶. Il n'est pas impossible que durant son séjour rue de Montpensier¹⁴⁷, ce « défenseur acharné des prérogatives parlementaires » – selon ses propres termes¹⁴⁸ –, extrêmement suspicieux à l'égard d'une institution qu'il considérait, « en [sa] qualité de fonctionnaire parlementaire, comme attentatoire à la souveraineté nationale, exprimée par les Assemblées législatives »¹⁴⁹ ait œuvré davantage à préserver les droits des assemblées parlementaires qu'à veiller scrupuleusement au respect des droits et libertés constitutionnellement garantis par le législateur¹⁵⁰. Et en effet, comme le confirme Dominique Schnapper, les « fonctionnaires des assemblées parlementaires, sont particulièrement attachés au rôle prépondérant du parlement. Ils sont parfois plus soucieux de respecter la souveraineté de l'institution où ils ont fait toute leur carrière professionnelle que les hommes politiques eux-mêmes. Quel que soit l'objet de la discussion, ils défendent les parlementaires et leurs droits, ils plaident pour que le Conseil

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

147 De mars 1995 à mars 2004.

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

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

150 Notons enfin que ce type de stratégie n'est évidemment pas étranger à l'exécutif. Un exemple topique, même s'il remonte aux origines du contrôle de constitutionnalité en France : en septembre 1964, pour achever le mandat de Bernard Chenot, le Président de la République allait nommer André Deschamps, c'est-à-dire « le seul conseiller d'État qui avait, en octobre 1962 et contre l'assemblée générale du conseil, admis la régularité du recours à l'article 11 » révèle Yves Beauvois, « Le Conseil constitutionnel à ses débuts » (II), art. cité, p. 132.

intervienne le moins possible dans le domaine législatif [*sic*] »¹⁵¹.

Plus fondamentalement encore, on est surpris d'apprendre, en lisant le livre de Mme Schnapper, que pour des raisons extrêmement variées – tenant tant à la culture politique et constitutionnelle française qu'à la composition particulière du Conseil¹⁵² – les résistances au développement de son rôle n'ont pas simplement été le fait des personnalités qui, avant leur séjour dans l'aile Montpensier du Palais-royal, avaient manifesté une franche réserve à l'égard de l'institution, de ses méthodes, ou de telle ou telle de ses décisions. En effet, comme elle le révèle dans son ouvrage, la plupart des conseillers sont, dans une certaine mesure, *hostiles* au contrôle de constitutionnalité et à l'extension des prérogatives du Conseil constitutionnel : « on ne comprendrait pas complètement le sens de l'ensemble des décisions par lesquelles le Conseil a limité son propre pouvoir, écrit-elle ainsi, [...] si l'on ne prenait pas en compte, outre les limites imposées par les textes et le poids de ses origines, *l'attitude fondamentale de retrait ou de critique qu'adoptent un grand nombre de ses membres à l'égard de cette institution singulière* [...]. L'accroissement de son rôle s'est produit par la logique de l'institution elle-même et par l'efficace propre du droit plus que par la volonté consciente de ses membres, le plus souvent même contre leur volonté »¹⁵³. Les universitaires, précise encore Mme Schnapper, seraient « les seuls à n'entretenir aucune réserve à l'égard de l'institution »¹⁵⁴. A lire les témoignages d'anciens membres du Conseil, on apprend plus précisément qu'en

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

152 *Une sociologue...*, *op. cit.*, notamment pp. 182-184.

153 *Une sociologue...*, *op. cit.*, pp. 200-201 (nous soulignons)

154 *Ibid.*, p. 191 ; sur le même sujet, voir aussi pp. 175 s.

1990, la plupart des « sages » étaient opposés à l'initiative du Président de la République de permettre aux justiciables de saisir le Conseil constitutionnel dès lors qu'ils estimaient que *les droits fondamentaux* qui leur étaient reconnus par la Constitution étaient violés par les dispositions d'une loi¹⁵⁵. De la même façon, Dominique Schnapper explique, dans une interview accordée au *Monde* à l'occasion de la parution de son ouvrage, que pour la réforme de 2008, qui devait inexorablement avoir pour effet de renforcer la protection des droits constitutionnellement garantis, « c'est la dynamique de l'Etat de droit et de l'exigence démocratique, ainsi que la logique de l'institution qui ont agi, *malgré la volonté des acteurs* [parmi lesquels il faut compter les membres de l'institution]. A quoi il faut ajouter le rôle de Jean-Louis Debré ainsi que le poids implicite et l'exemple des autres Cours européennes. *Mais imaginer que le Conseil a voulu gonfler sa propre importance est une erreur*. La réalité est beaucoup plus ambiguë »¹⁵⁶. Et de conclure : « parmi les conseillers, anciens hommes politiques, il en est qui continuent à penser et à affirmer que le Conseil viole la Constitution depuis 1971. L'hostilité à l'égard d'un contrôle juridique de l'action parlementaire s'exprime toujours, même si c'est avec plus de discrétion »¹⁵⁷.

Il convient de noter que de ce point de vue, les dernières nominations au Conseil

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

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

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

constitutionnel au début de l'année 2010 ne sont guère rassurantes. Au lendemain de sa nomination par le président de l'Assemblée nationale, Jacques Barrot ne déclarait-il pas, à propos des trois heureux élus, que « nous sommes *trois législateurs* qui connaissons la musique du Parlement. Le Conseil doit protéger les droits fondamentaux mais aussi réguler la vie politique. Les juristes considèrent un peu que le droit est une fin en soi, tandis que les législateurs sont mieux à même de le ramener à sa dimension de moyen », avant de conclure : « ce serait une erreur de transformer le Conseil en cour constitutionnelle. Le juge constitutionnel ne doit pas se prendre pour le législateur mais corriger les éventuels excès d'une majorité »¹⁵⁸. Assurément, cette prévalence (numérique) des hommes politiques sur les juristes qu'implique la « politisation » du Conseil n'est pas une bonne nouvelle pour la protection des droits et libertés constitutionnellement garantis. Car comme le dit si bien Jacques Barrot (dont on peut d'ailleurs s'inquiéter qu'il se présente encore comme un « législateur » même après sa nomination au Conseil), les représentations et les fins du juriste diffèrent de celles du politique. Ils n'ont tout simplement, pour le dire de façon un peu triviale, ni les mêmes objectifs ni les mêmes priorités.

B – La part de l'indicible : crainte de la réforme et contraintes psychologiques

Les éléments évoqués ici pourront sembler plus anecdotiques : cela ne signifie pas qu'ils sont moins importants. Il y a en effet des considérations extra-politiques et extra-juridiques qui, si elles ne constituent pas forcément des préoccupations fondamentales des membres du Conseil

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

constitutionnel, sont susceptibles de peser de façon parfois significative sur la prise de décision. Certains de ces éléments sont propres au Conseil constitutionnel, et tiennent à son histoire et à sa mission particulière ; d'autres, en revanche, sont communes à toutes les assemblées, à tous les organismes collégiaux.

La fragilité de l'institution, déjà longuement évoquée, le fait que son existence tranche avec la culture politique et constitutionnelle française, la tendance du monde politique à agiter de ce fait l'épouvantail du gouvernement des juges dès lors qu'une décision intervenue sur un sujet important déplâit, créent chez les membres du Conseil constitutionnel un sentiment d'insécurité dont ils ne peuvent pas, de leur propre aveu, ne pas tenir compte lorsqu'ils sont saisis pour se prononcer sur la conformité d'une loi à la Constitution. Un exemple récent : on se souvient du tollé déclenché au début de l'année 2010 dans les rangs de la majorité parlementaire par la censure des dispositions de la loi de finances instaurant la fameuse « taxe carbone »¹⁵⁹. Dans une interview publiée au journal *Le Monde*, M. Patrick Devedjian, alors ministre responsable de l'exécution du plan de relance, reprochait ouvertement au président du Conseil, M. Jean-Louis Debré, son hostilité à l'égard du président de la République¹⁶⁰. A ses yeux, certaines décisions du Conseil constitutionnel sont encore aujourd'hui « trop politiques ». « Je souhaite que le Conseil constitutionnel, expliquait-il alors, soit toujours à l'abri du soupçon. Il faut dire que, depuis qu'il peut s'appuyer sur le préambule de la Constitution de 1946, il peut justifier des choses contradictoires en raison du caractère très général du texte. *En fait, le Conseil constitutionnel a de plus en plus tendance à vouloir faire la loi en lieu et place du Parlement* »¹⁶¹. Evidemment, ce n'est pas la première fois que la majorité parlementaire reproche au Conseil son impartialité¹⁶² et agite le spectre du gouvernement des juges. En 1981, au moment du vote des lois de nationalisation, en 1993, lors de la crise provoquée par la décision sur la loi relative à la maîtrise de l'immigration, en 1999, après la décision relative au statut pénal du chef de l'Etat et, de façon générale, dès lors qu'une censure intervient sur un texte important, de nombreuses voix se sont élevées et s'élèvent encore pour fustiger une institution partielle, illégitime et partisane mais aussi, élément qui nous intéresse plus particulièrement ici, pour en demander la *réforme*. De ce fait, parce que le Conseil se situe à un carrefour politique stratégique et parce qu'il est une institution relativement récente dans l'histoire constitutionnelle de la France, ses membres ont longtemps craint et craignent parfois encore de ne pas être à l'abri d'une réforme

159 Décision n° 2009-599 DC du 29 décembre 2010, *Loi de finances pour 2010*.

160 Lorsque « le président du Conseil constitutionnel est un homme politique qui s'est vivement opposé au président en exercice, cela nuit à l'autorité de la décision prise par l'institution », *Le Monde*, édition du 13 janvier 2010.

161 *Le Monde*, édition du 13 janvier 2010.

162 Notons pourtant que tous les conseillers en cours de mandat fin 2009 (à l'exception de Pierre Joxe) avaient été nommés par des autorités politiques de droite.

qui pourrait bouleverser l'actuel équilibre institutionnel – même s'il n'est bien entendu plus question, aujourd'hui, de remettre en cause l'existence même de l'institution. Le Conseil constitutionnel peut-il réellement, dans ces circonstances, statuer sereinement ? Est-il possible de croire que ses membres ne se déterminent pas, dans une certaine mesure – même si on ne peut pas croire que cet élément soit significatif dans la prise de position – en tenant compte de cette circonstance ? Est-il par ailleurs illégitime de penser que le Conseil constitutionnel peut parfois faire preuve d'une certaine retenue lorsqu'une réforme prévoyant d'accroître ses pouvoirs se prépare, afin de ne pas froisser l'exécutif et/ou la majorité parlementaire chargée de la voter ? Dans son ouvrage, Dominique Schnapper insiste à plusieurs reprises sur cet aspect. « L'inquiétude sur le destin d'une institution dont la légitimité n'est jamais totalement établie, et à propos de laquelle des réformes ont toujours été débattues, explique-t-elle ainsi, contribue à rendre les conseillers prudents. On craint toujours qu'une décision trop violente remette en cause l'existence même de l'institution ou le projet de réforme discuté ou même en cours ». Et cela d'autant plus que, « depuis qu'il a été créé, la réforme du Conseil a toujours été à l'ordre du jour »¹⁶³.

En plus de la crainte de la réforme, il pèse sur le Conseil constitutionnel des contraintes qui sont communes à tout groupe d'hommes. Comme la plupart des institutions, le Conseil est avant tout un être collectif, fait d'hommes et de femmes qui l'animent, qui le font parler et agir. De ce simple fait, et en raison de la finitude de la nature humaine, sa mécanique interne ne peut être celle d'une horloge parfaitement réglée. A

163 *Une sociologue...*, *op. cit.*, p. 257. Voir, dans le même sens, pp. 100-101 : « Marqué par ses origines, le Conseil a longtemps pris ses décisions en se demandant si elles n'auraient pas pour effet de remettre en question sa propre [100] existence ou de faire échouer un projet de révision visant à étendre son rôle. On peut penser que la décision *IVG 75* a été adoptée en prenant compte les débats publics et la réserve que le Conseil devait s'imposer après la révision constitutionnelle de 1974. En 2008 encore, un membre de la doctrine n'hésita pas à avancer à nouveau que la censure, même partielle et prudente, de la loi sur la rétention de sûreté du 21 février 2008 (DC 2008-562) « entraînera des dommages collatéraux dont le Conseil constitutionnel pourrait faire les frais en se faisant priver, malgré le projet de loi en ce sens, d'un élargissement de sa saisine par les justiciables ». On peut constater que cette prévision ne s'est pas réalisée et, si la révision constitutionnelle a été finalement adoptée de justesse, les débats n'ont pas porté sur les dispositions concernant le Conseil constitutionnel. Il n'en reste pas moins que la menace constante d'une réforme n'est pas favorable à l'indépendance et à la légitimité d'une institution » ; et pp. 108-109.

cette première « insuffisance » structurelle s'en ajoute une autre, que l'on rencontre dans toute assemblée. La collégialité implique en effet que des facteurs de psychologie, individuelle ou collective – dont il est extrêmement difficile d'avoir connaissance, puisque la plupart du temps ils ne sont pas évoqués lors des séances plénières – interviennent lors de la prise de décision. On trouve, dans les délibérations publiées, un exemple de ce type de « dysfonctionnements », qui se manifeste dans cette affaire par la pression exercée par le rapporteur sur ses collègues afin de les rallier à sa position. Lors de la séance du 11 août 1960, consacrée à l'examen de la constitutionnalité de la loi de finance rectificative, Jean Gilbert-Jules¹⁶⁴, qui rapportait sur le texte, tentait de convaincre ses collègues que le Conseil constitutionnel pouvait (et devait) se prononcer sur la conformité de l'ensemble de la loi par rapport à la Constitution, sans se sentir lié par la saisine du Premier ministre, qui contestait, lui, la constitutionnalité de deux des articles de la loi uniquement. Ce jour-là, la question de savoir si le Conseil pouvait statuer *ultra petita* a donné lieu à de très vifs débats. La proposition du rapporteur ayant finalement été rejetée, ce dernier, nous apprennent les *Grandes délibérations*, « demande à M. le président d'être déchargé de sa fonction ; il déclare qu'il ne pourra pas signer une telle décision. M. le président Léon Noël, lit-on dans le procès-verbal de la séance, est surpris par cette manifestation d'amour-propre ; il précise à M. le rapporteur qu'une décision est celle du Conseil et non celle du rapporteur. M. le rapporteur répète qu'il ne lui sera pas possible de signer. M. le président Coty observe qu'il y a là une question de principe et que ce n'est pas la première fois qu'une décision est rendue contre les conclusions du rapporteur. M. le rapporteur explique que s'il était en désaccord sur un point mineur, son attitude serait différente. M. le président Léon Noël rappelle que l'effet de la signature du rapporteur est d'authentifier la décision rendue par le Conseil ; il estime que l'attitude de M. le rapporteur signifie un blâme adressé aux autres membres. M. le président Coty précise que le Conseil n'a pas

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

pris partie sur la possibilité pour lui d'examiner les articles de la loi qui ne lui sont pas explicitement déférés ; il n'en parle pas ; il réserve la question. [...] M. le rapporteur répète que la question en litige est à ses yeux capitale. [...] M. le président Léon Noël invoque le devoir de solidarité de M. le rapporteur et lui demande de se souvenir de ses appels à la conciliation au cours de certaines discussions passionnées qui se déroulaient dans d'autres Conseils. Il observe qu'ayant accepté d'être rapporteur, il doit signer la décision. M. le rapporteur remarque qu'il suffit de le remplacer... »¹⁶⁵. Comme l'explique Mme Schnapper, les « incidents » de ce type dans le fonctionnement de l'institution sont assez fréquents rue de Montpensier – ce qui, somme toute, est encore une fois relativement banal. « Les négociations entre conseillers avant la séance plénière font appel, d'abord, à des arguments de droit, note-t-elle ainsi dans son ouvrage. Mais au cours des discussions sont parfois mobilisées des réflexions sur l'opportunité de la décision [...]. Le destin même et le prestige de l'institution peuvent aussi être invoqués [...]. Il peut même arriver qu'on fasse appel aux sentiments et à la solidarité du groupe, même si, dans ce cas, on le fait sur le ton de la plaisanterie en marquant ostensiblement sa distance avec un argument aussi peu juridique : « On ne peut pas faire de peine » au rapporteur, qui peut-être « a de gros ennuis de santé », « On lui a déjà refusé telle décision ». On veut parfois éviter d'imposer deux échecs lors d'une même plénière à un conseiller, surtout s'il est prestigieux. On « n'a pas osé », selon la formule d'un conseiller à la sortie d'une réunion plénière, refuser d'inscrire un visa évidemment indéfendable à un autre conseiller tout auréolé de sa gloire extérieure. Quelle décision n'a pas été adoptée parce que le rapporteur n'en dormait plus depuis des semaines et qu'on ne voulait pas se sentir responsable de son effondrement psychologique ? Ou bien parce qu'un des conseillers ayant permis l'adoption d'une décision lors de la réunion plénière précédente par son revirement pendant le délibéré, il aurait été par trop désobligeant de ne pas se ranger à son avis lors de la séance suivante ? Un conseiller n'a-t-il pas voté contre une décision qu'il approuvait parce qu'il s'était si souvent démarqué d'un de ses amis

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

politiques au cours des séances précédentes qu'il devait, cette fois, manifester sa solidarité avec lui ? [...] Une décision n'a-t-elle pas finalement été adoptée parce que plusieurs conseillers craignaient, si on s'opposait à un rapporteur très engagé dans sa proposition de conformité ou de censure, de susciter des mesures de rétorsion lors d'une décision plus grave qui devait être débattue la semaine suivante ? Ou parce que des conseillers avaient un « compte à régler » avec le ministre responsable de la loi ou même avec le chef du gouvernement ? Ou avec le secrétaire général qui appuyait trop clairement le projet du rapporteur ? [...] Ou parce que le rapporteur avait menacé de donner sa démission du Conseil s'il n'était pas suivi ? (L'aurait-il fait ?...) Ou encore parce qu'un conseiller, devant la passion manifestée par certains de ses collègues, a voulu préserver la bonne atmosphère de la maison ? Une disposition du règlement de l'Assemblée nationale qu'on aurait pu juger inconstitutionnelle a été ainsi adoptée pour ne pas blesser un rapporteur particulièrement soucieux de conserver au parlement tous ses pouvoirs »¹⁶⁶. A cette longue liste de motifs qui peuvent conduire les conseillers à pencher dans tel ou tel sens indépendamment de considérations strictement juridiques, on pourrait encore ajouter le souhait de ne pas déplaire au président de l'institution, celui de ne pas s'opposer, surtout si la nomination est récente, à la décision d'une majorité de membres considérés, à tort ou à raison, comme plus expérimentés, voire plus compétents – d'autant que, comme l'observe Mme Schnapper, même si « la logique interne rebat jusqu'à un certain point les cartes », « le poids des différents protagonistes dans les discussions n'est pas indépendant de la hiérarchie extérieure » et antérieure¹⁶⁷ – ou encore tout simplement le désir de ne pas être en minorité : au Conseil constitutionnel, le vote se fait à main levée, de sorte que tout le monde sait comment chacun a voté¹⁶⁸ – ce qui, à n'en pas douter, constitue forcément un frein pour certains des conseillers.

Une fois encore, le propos ne doit pas être mal interprété. Il n'est pas question de suggérer ici que les conseillers de la rue de Montpensier s'abstiennent régulièrement de censurer des lois « liberticides » dans le seul but de ne pas peiner un rapporteur ou de préserver une bonne ambiance entre collègues. Mais l'enquête a révélé qu'un nombre

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

167 *Une sociologue..., op. cit.*, p. 278.

168 Comme le révèle Jacques Robert, *La garde de la République..., op. cit.*, p. 201 : « chaque membre du Conseil constitutionnel sait comment les autres ont voté puisque c'est à mains levées que se prennent les décisions ». Pierre Joxe note ainsi qu'à certaines reprises, tel ou tel conseiller qui partageait son point de vue n'osait pas exprimer son accord par son vote, *Cas de conscience, op. cit.*, p. 185.

considérable d'éléments d'importance il est vrai variable mais qui pour la plupart ne relèvent pas du strictement juridique, pèsent sur les débats et la prise de décision. Au final, il apparaît que pour trancher la question de la conformité ou de l'absence de conformité d'une loi par rapport à la Constitution, l'accent n'est pas toujours mis, dans l'enceinte de l'institution, sur la dimension de protection des droits et libertés fondamentaux, qui serait une mission fondamentale et, *in fine*, la raison d'être du contrôle de constitutionnalité. Pour le dire autrement, les témoignages des membres du Conseil et les procès-verbaux publiés des séances plénières montrent que la préoccupation de la sauvegarde des droits et libertés n'est pas la préoccupation fondamentale des conseillers (une fois en tous cas qu'ils se sont frottés aux contraintes et aux obstacles du contrôle de constitutionnalité). D'autres considérations sont au moins – si ce n'est plus – importantes : non pas celle de faire plaisir à ses « amis » politiques, car, nous l'avons vu, l'indépendance et l'impartialité du Conseil constitutionnel ne font pas de doute. En revanche, les conseillers s'interrogent systématiquement sur l'opportunité du texte qu'ils ont à examiner, mais aussi sur l'opportunité de la décision qu'ils vont rendre. Cette dernière doit à la fois respecter les axes généraux de la politique jurisprudentielle du Conseil, et ne pas conduire à bouleverser le bon fonctionnement (interne) de l'institution. Autant d'éléments qui ont conduit et peuvent encore conduire le Conseil à transiger avec les droits et libertés constitutionnellement garantis.

ANNEXE

Tableau des décisions de conformité et de non-conformité rendues par le Conseil constitutionnel entre 1979 et 2009

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

						conformité
1999	8	44,44%	10	55,56%	18	
2000	4	25,00%	12	75,00%	16	
2001	8	53,33%	7	46,67%	15	
2002 Elections présidentielles et législatives	0 + 2 (après les élections)	22,22%	3 + 4 (après les élections)	77,78%	9	Soit, de juin 2002 à décembre 2003, 17 décisions de conformité et 13 décisions de non- conformité
2003	15	62,50%	9	37,50%	24	
2004	10	50,00%	10	50,00%	20	
2005	13	61,90%	8	38,10%	21	
2006	5	35,71%	9	64,29%	14	
2007 Elections présidentielle et législatives	2 + 2 (après les élections)	26,67%	6 + 5 (après les élections)	73,33%	15	Soit, de juin 2007 à décembre 2008, 8 décisions de conformité et 11 décisions de non- conformité
2008	6	50,00%	6	50,00%	12	
2009	8	30,76%	18	69,23%	26	
Total	268	53,49%	233	46,51%	501	