



Mémoire de recherche

Master mention Contentieux Public parcours droit public

Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales | Université de Lille

Année universitaire 2022-2023

**Les limites inhérentes d'une institution qui peine à
s'émanciper : le Conseil constitutionnel confronté aux
enjeux constitutionnels contemporains**

Artus DELAIRE

Sous la direction de Monsieur le Professeur **Emmanuel CARTIER**

Remerciements

Je tiens tout d'abord à remercier Monsieur le Professeur Emmanuel Cartier de m'avoir fait l'honneur de diriger ce mémoire, mais également pour ses directives aussi bienveillantes que pédagogiques, ainsi que pour sa disponibilité.

Je remercie également le Professeur Jean-Philippe Derosier qui me fait l'honneur d'évaluer ce travail en tant que membre du jury.

Enfin, plus personnellement, je remercie tous mes proches, à la fois pour leur patience et leur soutien tout au long de mon parcours universitaire. Plus précisément, je remercie Basile, Gaëlle, Jeanne et Juliette pour leur travail de relecture.

L'Université de Lille n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans ce mémoire. Elles doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Abréviations

| | |
|-----------------|--|
| AJDA | Actualité juridique - Droit administratif |
| al. | alinéa |
| Art. | article |
| Ass. | Assemblée du contentieux |
| Cass. | Cour de cassation |
| CCC | Cahiers du Conseil Constitutionnel |
| CE | Conseil d'État |
| Civ. | chambre civile |
| coll. | Collection |
| concl. | conclusions |
| cons. | considérant |
| Cons. const. | Conseil constitutionnel |
| DDHC | Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen (1789) |
| dir. | sous la direction de |
| éd. | édition |
| <i>Ibid.</i> | <i>ibidem</i> |
| J.O.R.F | Journal officiel de la République française |
| LGDJ | Librairie générale de droit et de jurisprudence |
| n° | numéro |
| NCCC | Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel |
| <i>op. cit.</i> | <i>opus citatum</i> |
| p. | page(s) |
| PUF | Presses universitaires de France |
| QPC | question prioritaire de constitutionnalité |
| RDP | Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger |
| REP | recours pour excès de pouvoir |
| RFDA | Revue française de droit administratif |
| RFDC | Revue française de droit constitutionnel |
| s. | et suivant(es) |
| t. | tome |
| V. | voir |
| vol. | volume |

Sommaire

| | |
|-------------------|---|
| INTRODUCTION..... | 5 |
|-------------------|---|

PREMIÈRE PARTIE :

L'ÉMANCIPATION DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL CONFRONTÉE AUX LIMITATIONS DE SON CONTRÔLE

| | |
|---|----|
| Chapitre 1 – Entre avancée et déception : le double visage du Conseil constitutionnel.. | 18 |
|---|----|

| | |
|---|----|
| Chapitre 2 – Les limites du <i>self restraint</i> à la lumière des nouveaux enjeux de l'État de droit | 34 |
|---|----|

DEUXIEME PARTIE :

ENTRE RÉFORMES INTERNE ET INSTITUTIONNELLE : DEUX COMPOSANTES POUR UNE AVANCÉE MAJEURE

| | |
|--|----|
| Chapitre 1 – Les efforts du Conseil pour construire une véritable juridiction au profit des justiciables : un bilan en demi-teinte justifiant une exigence accrue..... | 53 |
|--|----|

| | |
|--|----|
| Chapitre 2 – La nomination des membres du Conseil : débat éternel, enjeux actuels | 71 |
|--|----|

| | |
|--------------------------|----|
| CONCLUSION GÉNÉRALE..... | 84 |
|--------------------------|----|

| | |
|--------------------|----|
| BIBLIOGRAPHIE..... | 86 |
|--------------------|----|

| | |
|-----------------------------|----|
| TABLE DE JURISPRUDENCE..... | 97 |
|-----------------------------|----|

| | |
|-------------------------|-----|
| TABLE DES MATIÈRES..... | 100 |
|-------------------------|-----|

Introduction

Avant que le Conseil constitutionnel ne rende sa décision sur le projet de loi incluant la réforme des retraites de 2023, réforme prévoyant notamment le passage de l'âge légal à la retraite de soixante-deux ans à soixante-quatre ans, le Professeur Dominique Rousseau a tenu à rappeler « *Que chaque président du Conseil constitutionnel a gardé son nom sur des grandes décisions (...). Tous les présidents ont tenu à identifier leur présidence par une grande décision et Laurent Fabius peut rentrer dans l'histoire avec cette décision, d'autant qu'objectivement, il y a de fortes chances ou de forts risques (...), pour que cette loi soit censurée dans la mesure où elle porte gravement atteinte aux droits du Parlement à débattre et à délibérer clairement et sincèrement du projet de loi (...). Le Conseil jouera son rôle de protecteur de la démocratie parlementaire en sanctionnant cette méconnaissance grave et continue du droit du Parlement* »¹. Au-delà de ce pronostic, il en vient même à faire de cette décision à venir un symbole qui refléterait toute l'importance du Conseil, en avançant que « *Dans ce moment historique particulier où le Conseil constitutionnel fait face à son destin, est ce qu'il va être l'institution gardienne des droits du Parlement lorsqu'ils sont manifestement bafoués ? Je pense que cette conscience du Conseil constitutionnel peut amener les membres du Conseil quel que soit leur passé à se mettre à la hauteur de la situation* »². En d'autres termes, Dominique Rousseau ne semblait pas douter du fait que ce projet de loi, tel qu'il a été présenté au Conseil constitutionnel, ne pouvait-être que censuré par celui-ci. De surcroît, il laisse penser que cette censure permettrait d'éclipser les questions récurrentes sur le passé politique de certains membres du Conseil.

Pourtant, moins d'un mois après cette analyse, le Conseil rendra sa décision, écartant un à un les moyens tirés d'une potentielle violation des exigences de clarté et de sincérité du débat parlementaire³. Au regard de l'argumentaire de Dominique Rousseau publié en amont de cette décision, il est possible de présager d'une certaine déception de sa part envers le Conseil. D'autres commentaires très critiques se sont élevés au sujet de cette décision, à l'image de Jean-Sébastien Boda, constatant au sujet des exigences de clarté et de sincérité du débat parlementaire, que « *Cette exigence constitutionnelle se verra appliquer des standards de*

¹ « Portrait de Laurent Fabius par le constitutionnaliste Dominique Rousseau », in Le Portrait de Carine Bécard, podcast France Inter, 26 mars 2023.

² *Ibid.*

³ Décision n°2023-849 DC du 14 avril 2023, *Loi de financement rectificative de la sécurité sociale pour 2023*.

contrôle très bas, autorisant le Gouvernement à bien des approximations, sinon des contre-vérités, devant les parlementaires »⁴. Sébastien Boda n'est pas le seul juriste à avoir réagi à cette décision du Conseil. En effet, Denis Baranger et Olivier Beaud ont, dans un article conjoint, tiré une conclusion similaire en jugeant qu'il n'y a « *Guère d'espoir que le juge de la rue de Montpensier fonctionne un jour comme un contre-pouvoir utile et légitime. La séquence des retraites permet de mesurer la fragilité de l'idée de la « politique saisie par le droit* », *agitée au milieu des années 1980 par certains constitutionnalistes* »⁵. Mais, si certains auteurs, en analysant cette décision, ont pu arriver à une conclusion similaire sur le Conseil en tant qu'institution, il s'agit ici de nuancer le propos.

Force est de constater qu'une large partie de la doctrine est bien plus nuancée et souligne particulièrement l'engouement médiatique qui avait alors entouré le Conseil constitutionnel en amont de cette décision, créant une attente doublement erronée. Tout d'abord, cette attente pouvait être largement politique, ce qui ne correspond pas à la mission du Conseil, comme l'analyse par exemple Samuel Turi. Ce dernier indique que « *Placé (à tort) sur le devant de la scène politique, il semble condamné irrémédiablement à l'instrumentalisation et à la vindicte. La justice constitutionnelle mérite mieux* »⁶. Tel est également le constat de Samy Benzina qui met en exergue cette « *Attention médiatique particulière dont a fait l'objet le Conseil constitutionnel et ses décisions dans le cadre de la séquence des retraites* »⁷. Dès lors, Olivier Beaud met surtout en garde contre une « *notion d'inculture constitutionnelle que nous avons introduite pour décrire le comportement ou l'éthos politico-juridique française visait à démontrer qu'en France, beaucoup de citoyens et d'acteurs perçoivent la Constitution comme n'étant rien d'autre qu'un moyen efficace de gouverner un État. Or, ce n'est pas du tout la vision constitutionnaliste de la constitution* »⁸. Reste que, en centrant une réflexion juridique sur le fond de cette décision, et après avoir mis en garde contre une manipulation politique qui ne peut que nuire au bon déroulement du contentieux constitutionnel français, ce verdict a suscité quelques réactions.

⁴ BODA (J.-S.), « La décision du Conseil constitutionnel relative à la loi de financement rectificative de la sécurité sociale pour 2023 : un mauvais coup porté à la Constitution », *La Semaine juridique. Administrations et collectivités territoriales*, 24 avril 2023, n°16, act. 277.

⁵ BARANGER (D.) et BEAUD (O.), « Ce que la réforme des retraites nous enseigne sur le droit constitutionnel de la Ve République », *Jus Politicum*, n°30, Juillet 2023.

⁶ TURI (S.), « Le Conseil constitutionnel n'est pas une cours suprême : l'instrumentalisation discutable du juge constitutionnel français dans l'épisode de la réforme des retraites », *JP Blog*, 27 avril 2023.

⁷ BENZINA (S.), « Une illustration de la conception française du contrôle de constitutionnalité : les décisions sur la réforme des retraites », *Jus Politicum*, n°30, Juillet 2023.

⁸ BEAUD (O.), « Ce que la réforme des retraites nous enseigne sur le droit constitutionnel de la Ve République », *Jus Politicum*, n°30, Juillet 2023.

Si certains auteurs juridiques ont été assez nuancé, y voyant une décision cohérente⁹, d'autres ont avancé qu'il ne s'agissait là que de l'illustration flagrante d'une certaine retenue du Conseil et de ses membres. Ainsi, pour Samy Benzina, « *ces trois décisions s'inscrivent dans une tendance structurelle du Conseil constitutionnel, qui peut être qualifiée de doctrine de l'institution, qui consiste à faire prévaloir l'efficacité de l'action publique, donc sa finalité, sur la protection des règles constitutionnelles, en particulier lorsqu'il s'agit de règles procédurales* »¹⁰, avant de conclure que cette décision a « *eu un mérite non négligeable : elle a permis au grand public de comprendre qu'il y a encore beaucoup de chemin à faire avant que la justice constitutionnelle à la française ne soit au niveau des autres juridictions constitutionnelles européennes* »¹¹. Si les mots sont durs envers le Conseil, c'est qu'il ressort un problème plus profond qu'une simple décision controversée. Pourtant, ce constat ne fait pas l'unanimité au sein de la doctrine juridique française. Ce débat doit interroger, existe-t-il un problème, une lacune structurelle, au sein de la justice constitutionnelle française ?

Avant de poursuivre sur cette controverse, il s'agit de mesurer le chemin accompli par ce même Conseil constitutionnel depuis sa création en 1958 par l'instauration de la Vème République.

*

1. De 1958 à 2023 : les actes de naissance du Conseil constitutionnel vers une véritable juridiction constitutionnelle ?

En mars 2017, l'actuel président du Conseil déclare que « *Au départ, le Conseil Constitutionnel c'était fait pour empêcher le Parlement de trop ennuyer le gouvernement. Puis il s'est passé ce qu'il se passe souvent avec les institutions, le Conseil Constitutionnel est devenu autre chose que ce qu'avaient prévu ses initiateurs et ses maîtres. Il y avait un professeur de droit, Jean Rivero, qui disait qu'il y avait une grande différence entre les fusées et les institutions. Pour les fusées, l'objectif est qu'elles restent sur leur orbite, tandis que les institutions dérivent toujours de leur but initial. C'est exactement ce qu'il s'est passé avec le*

⁹ Voir notamment VERPEAUX (M.), « Une décision (trop ?) attendue À propos de Cons. const., 14 avr. 2023, n° 2023-849 DC », *La Semaine juridique. Édition générale*, 24 avril 2023, n° 16, act. 504.

¹⁰ BENZINA (S.), « Une illustration de la conception française du contrôle de constitutionnalité : les décisions sur la réforme des retraites », *op. cit.*.

¹¹ *Ibid.*

Conseil Constitutionnel. Cette évolution s'est faite en trois grandes phases »¹². Ces trois grandes phases étant la décision du Conseil de 1971¹³, intégrant au bloc de constitutionnalité les préambules des Constitutions de 1946 et 1958 et la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, la réforme de 1974, ouvrant la saisine du Conseil aux groupes de 60 députés ou sénateurs¹⁴ et l'instauration d'un contrôle *a posteriori* des lois par la procédure de Question Prioritaire de Constitutionnalité en vigueur depuis le 1^{er} mars 2010¹⁵. En soulignant ces trois étapes, Laurent Fabius met en exergue une évidence selon laquelle le Conseil, tel qu'il existe aujourd'hui, n'est pas celui de 1958. Celui-ci s'est progressivement détaché de sa fonction première de « *chien de garde de l'exécutif* » selon l'expression du premier président de la IV^{ème} République Vincent Auriol. Cette mutation pousse alors François Hollande dès 2013 en s'adressant directement au Conseil en tant que Président de la République à constater que « *D'organe régulateur de la Constitution, vous êtes devenus une cour constitutionnelle considérée comme telle par les autres juridictions constitutionnelles en Europe* »¹⁶.

Si cette déclaration d'un ancien Président de la République est symboliquement forte, il s'agit de souligner que celle-ci ne comporte pas de véritable portée juridique. Pourtant, près de cinq mois plus tard, la même qualification se retrouve dans une décision de la Cour de Justice de l'Union Européenne. En effet, dans le cadre de son contrôle *a posteriori*, le Conseil décide de poser une question préjudicielle en interprétation à la Cour de Justice¹⁷ en vertu de l'article 267 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne pour la première fois de son histoire. Or, ce mécanisme prévu par le texte prévoit qu'il s'agit d'une procédure exclusivement de juge à juge. En d'autres termes, si la Cour de Justice accepte de répondre, elle reconnaît implicitement que le Conseil est une véritable juridiction nationale. La Cour répondra à cette question¹⁸ et le Conseil en tirera toutes les conséquences¹⁹, devenant une juridiction aux yeux

¹² FABIUS (L.), « Le Conseil Constitutionnel, institution repère de la République », Conférence organisée à l'Université de Lille le 24 février 2017 sur invitation de M. TOULEMONDE (G.).

¹³ Décision n°71-44 DC du 16 juillet 1971, *Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association*.

¹⁴ Loi constitutionnelle n°74-904 du 29 octobre 1974 portant révision de l'article 61 de la constitution.

¹⁵ Loi constitutionnelle n°2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la V^{ème} République, complété par la Loi organique n°2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, ainsi que par le Décret n°2010-148 du 10 février 2010 portant application de la loi organique n°2009-1523, et le Décret n°2010-149 du 16 février 2010 relatif à la continuité de l'aide juridictionnelle en cas d'examen de la question prioritaire de constitutionnalité par le Conseil d'État, la Cour de Cassation et le Conseil constitutionnel.

¹⁶ HOLLANDE (F.), « Vœux du Président de la République au Conseil constitutionnel », 7 janvier 2013.

¹⁷ Décision n°2013-314 P QPC, 4 avril 2013, *M. Jérémy F.*

¹⁸ CJUE, 30 mai 2013, *Jeremy F. c/ Premier ministre*, aff. C-168/13 PPU.

¹⁹ Décision n°2013-314 QPC, 14 juin 2013, *M. Jérémy F.*

de la Cour de Justice comme le démontre le professeur Xavier Magnon²⁰. Dès lors, l'affirmation du Président de la République François Hollande combinée à cette réponse de la Cour de Justice de l'Union Européenne quelques mois plus tard permet d'affirmer que le Conseil constitutionnel est une véritable cour reconnue comme telle *a minima* à l'échelle européenne. Pourtant, quelques années auparavant, le professeur Dominique Rousseau avait clairement indiqué que « *Même avec des guillemets, même avec des points d'interrogations, associer les mots « procès » et « constitutionnel » est, au mieux, vouloir provoquer, au pis, manquer de savoir juridique (...). Car il est entendu que le Conseil n'est pas une vraie juridiction* »²¹. Alors même qu'il admet que « *sous l'impulsion du doyen Georges Vedel et du président Robert Badinter, la figure juridictionnelle du Conseil s'est progressivement affirmée* »²². Cette ambiguïté quant à la qualification du Conseil, entre reconnaissance d'un organe de justice constitutionnelle basée sur le modèle européen et organe plus politique que juridique, trouve son fondement dans la particularité même du Conseil constitutionnel notamment vis-à-vis des cours constitutionnelles européennes, expliquant notamment le bilan contrasté des analyses qui ont suivi la décision du Conseil lors de l'épisode de la réforme des retraites de 2023.

En effet, le cas français de justice constitutionnelle semble répondre à un modèle *sui generis* et ce malgré le fait que le Conseil concentre en son sein le contentieux constitutionnel, l'éloignant *de facto* du contrôle diffus basé sur le modèle anglo-saxon du contrôle de constitutionnalité. En réalité, l'ambiguïté ne repose pas sur le modèle de contrôle, tout comme elle ne se fonde pas sur le débat entre Carl Schmitt et Hans Kelsen. Et ce quand bien même la Vème République ne semble pas clairement trancher ce débat comme le constate Olivier Beaud qui indique qu'il y a « *concurrence d'interprétation authentique de la Constitution entre le juge et l'autorité exécutive* »²³. En effet, la particularité du Conseil semble résider dans le refus d'affirmer explicitement que le Conseil est une juridiction, jusqu'à sa dénomination, refusant le qualificatif de Cour ou de tribunal contrairement à l'immense majorité des juridictions constitutionnelles européennes. Malgré cela, le Conseil, fort de ces trois grandes dates, n'a cessé de se développer, fondant en partie ces avancées sur le modèle du Conseil d'État.

C'est ce que rappelle Marcel Waline dès 1974 en indiquant que « *jusqu'au début du siècle, on avait douté du caractère juridictionnel du jugement des recours pour excès de pouvoir ; puis*

²⁰ MAGNON (X.), « La révolution continue : le Conseil constitutionnel est une juridiction... au sens de l'article 267 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne », *RFDC*, 2013/4, n°96, pp. 917 à 940.

²¹ ROUSSEAU (D.), « Le procès constitutionnel », *Pouvoirs*, 2011/2, n°132, pp. 47 à 55.

²² *Ibid.*

²³ BEAUD (O.), *La puissance de l'État*, PUF, 1994, p. 392.

*on a admis ce caractère ; et aujourd'hui d'ailleurs, il faut bien admettre que le recours ouvre un litige entre parties »*²⁴. En d'autres termes, à la manière du Conseil d'État, le Conseil constitutionnel devient une véritable juridiction par l'affirmation progressive de son contrôle, et ce surtout par un élément essentiel : l'autorité de la chose jugée. En effet, dans le cadre de ses contrôles *a priori* et *a posteriori*, les décisions du Conseil se voient doté incontestablement de cette autorité via l'article 62 de la Constitution qui indique en son alinéa 3 que « *Les décisions du Conseil constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles* ». Dès lors, il n'y a rien de surprenant à ce que, progressivement, le Conseil s'affirme comme une juridiction constitutionnelle.

Georges Vedel va même jusqu'à comparer l'excès de pouvoir administratif avec ce qu'il appelle l'excès de pouvoir législatif. S'il réfute très vite l'idée selon laquelle le Conseil est juge d'un véritable recours, il observe que lors de ces deux contrôles, les « *opérations sont conduites selon des règles et des méthodes qui sont proprement celles d'un juge statuant en droit et exclusivement en droit en vue d'apprécier la validité des normes ou actes de degré inférieur au regard du contenu de normes de degré supérieur* »²⁵. Cette similarité majeure ouvre selon lui une possible comparaison. Pourtant, il admet très rapidement que le contrôle ne constitue pas un recours à proprement parler. Si Georges Vedel réalise cette analyse en 1996, il convient de souligner que l'entrée en vigueur de la Question Prioritaire de Constitutionnalité atténue quelque peu son propos, sans pour autant le rendre totalement obsolète en ce que ce débat subsiste encore aujourd'hui. Malgré cette absence de recours, il constate que « *Si le juge constitutionnel a incontestablement en sa possession cette technique et ces instruments, ce n'est pas pour les avoir délibérément copiés, mais pour les avoir retrouvés dans une démarche largement indépendante. À la limite l'on pourrait dire que, même s'il n'avait pas eu sous les yeux l'exemple du juge de l'excès de pouvoir, le Conseil constitutionnel aurait non seulement pu mais dû l'inventer lui-même* »²⁶. En d'autres termes, les similitudes entre le contrôle exercé par le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel étaient inévitables au regard d'une mission similaire confiée aux deux juridictions. Seulement, en s'inspirant grandement du contrôle du Conseil d'État, le Conseil constitutionnel opère quelques changements, notamment dans l'interprétation du vocabulaire employé par le Conseil d'État, ce qui n'est en rien un détail. Par

²⁴ WALINE (M.), « Préface de la 1^{ère} édition des grandes Décisions du Conseil constitutionnel », *Dalloz*, 1974, p. 2.

²⁵ VEDEL (G.), « Excès de pouvoir administratif et excès de pouvoir législatif (II) », *CCC*, n°2, 1997.

²⁶ VEDEL (G.), « Excès de pouvoir administratif et excès de pouvoir législatif (I) », *CCC*, n°1, 1996.

exemple, « Le terme « d'erreur manifeste » a été évidemment emprunté à la jurisprudence du Conseil d'État par le Conseil constitutionnel et ceci à des fins identiques. (...) Logiquement le terme de « manifeste » pose deux problèmes. Le premier est de savoir ce que signifie « manifeste ». Il semble bien fournir un instrument de mesure de la gravité de l'erreur, tellement aberrante que son évidence saute aux yeux d'un profane. Mais en quoi le degré de l'erreur influe-t-il pour limiter le pouvoir discrétionnaire ? »²⁷. Si cette question se pose dans le cadre de la jurisprudence constitutionnelle et non dans celle du Conseil d'État, c'est en réalité car cette formulation était pour la juridiction administrative la première fondation vers un contrôle de plus en plus approfondi, tendant nécessairement vers le contrôle de proportionnalité. Or, le Conseil semble encore et toujours se refuser à l'exercice de ce contrôle, restant dans la majorité des cas sur un contrôle minimal, ce qui s'inscrit dans un souhait plus grand du Conseil de ne pas « froisser » le législateur.

Ainsi, le caractère progressif de cette affirmation laisse planer quelques doutes, ce qui provoque parfois un débat doctrinal et peut, le cas échéant, engendrer une crise institutionnelle. Dès lors, le Conseil constitutionnel se doit de faire preuve de prudence tout en utilisant les outils à sa disposition afin d'imposer son contrôle des normes législatives qui lui sont transmises. Reste que son rôle a mué en même temps qu'évoluait la notion d'État de droit dont il est un des gardiens majeurs.

*

2. Des évolutions majeures pour répondre aux nouvelles définitions de l'État de droit par le prisme des droits et libertés fondamentaux

La particularité du Conseil constitutionnel sur la scène des cours constitutionnelles européennes s'explique peut-être par un basculement plus tardif, qui s'est opéré différemment. Ce point de bascule se matérialise dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel par la jurisprudence de 1971 « Liberté d'association » élargissant le bloc de constitutionnalité, ce qui a pour conséquence directe de conférer une valeur constitutionnelle à nombre de droits et libertés fondamentaux. Dès lors, Frédéric Krenc estime qu'il existe désormais trois types d'exigences qui découlent de l'État de droit. Il qualifie la première de « formelle », qui désigne

²⁷ VEDEL (G.), « Excès de pouvoir administratif et excès de pouvoir législatif (II) », *op. cit.*.

toutes les qualités que doit revêtir la règle de droit, et la seconde de « fonctionnelle », en faisant notamment référence au principe de séparation des pouvoirs. C'est donc la troisième branche de ces exigences dont il est ici question, celle qualifiée de « substantielle » relative « *au contenu même du droit auquel gouvernants et gouvernés sont soumis. En effet, si l'État de droit implique l'assujettissement de tous au droit, il ne peut s'agir de « n'importe quel droit ». Le droit produit par l'État doit observer un ensemble de droits et de principes fondamentaux, au premier rang desquels figure le principe d'égalité et de non-discrimination qui tend à protéger l'égalité des individus et, par voie de conséquence, les minorités* »²⁸. Ainsi, le Conseil doit, dès 1971, s'affirmer comme le garant de ces trois grandes composantes.

C'est une conception qui se retrouve chez Jacques Chevallier. Ce dernier écrit que « *L'État de droit n'est plus considéré seulement comme un dispositif technique de limitation du pouvoir, résultant de l'encadrement de la production des normes juridiques ; c'est aussi une conception au fond des libertés publiques, de la démocratie, du rôle du chef de l'État* »²⁹. S'il existe autant de définition de l'État de droit que d'ouvrages traitant de la question³⁰, c'est bien cette approche qui fera ici l'objet d'une analyse approfondie. Plus précisément, c'est les notions de droits et libertés fondamentaux avec le Conseil constitutionnel comme gardien dont il sera question.

Cette approche fixée sur le Conseil se justifie par un constat relativement simple : s'il n'est pas le seul gardien des droits et libertés fondamentaux, il détient le monopole de l'interprétation des droits et libertés à valeurs constitutionnelles face à la loi. Il s'agit donc de définir cette compétence. Pour Alexandre Viala, cela consiste « *à faire vivre un récit écrit dans le passé pour l'adapter au temps présent, quitte à ce que les décors de la pièce changent et répondent aux canons de l'époque contemporaine* »³¹, si bien que par sa fonction de garant et d'interprète, le Conseil peut en quelque sorte devenir créateur, paradoxalement en se fondant sur d'anciens textes, afin que les droits et libertés fondamentaux ne soient pas menacés d'obsolescence. Dès lors, « *Il incombera bien entendu au juge contemporain d'adapter cet énoncé aux difficultés de son époque. Par où l'on voit que la puissance du juge, (...) réside en ceci qu'il ne récite pas mais adapte son texte* »³². Ainsi, il existe bel et bien un nouveau rôle du juge constitutionnel

²⁸ KRENC (F.), « L'État de droit : une exigence à clarifier, un édifice à préserver », *Revue trimestrielle des droits de l'Homme*, 2021/4, n°128, pp. 775 à 790.

²⁹ CHEVALLIER (J.), *L'État de droit*, LGDJ, 6^{ème} édition, 2017, p. 66.

³⁰ Voir notamment : HEUSCHLING (L.), *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2002, 739 p. ; TROPER (M.), « Le concept d'État de droit », *Droits*, 1992, pp.51 à 63 ou encore BENEHSA (G.), *Le totem de l'État de droit : concept flou et conséquences claires*, L'Artilleur, 2021, p. 240.

³¹ VIALA (A.), « Interpréter les droits et libertés, qu'est-ce à dire ? », *RFDC*, 2023/1, n°133, pp. 7 à 15.

³² *Ibid.*

dans un État de droit en raison des évolutions de cette notion. Si bien qu'il apparaît nécessaire d'étudier les attentes ainsi que les nouvelles prérogatives de ce qui s'apparente à une justice constitutionnelle moderne.

S'interroger sur la place moderne qu'occupe le juge constitutionnel français c'est nécessairement étudier les contraintes textuelles qui pèsent sur ce dernier. En effet, le Conseil n'est pas compétent sans habilitation textuelle, principe qu'il applique lui-même de la manière la plus stricte, en témoigne sa jurisprudence de 1982 « Blocage des prix »³³. En ce sens, Georges Vedel indiquait que « *Le Conseil constitutionnel manifeste lui aussi sa volonté de ne pas se reconnaître un pouvoir initial de création de normes nouvelles sous prétexte d'interprétation. Il a pris depuis assez longtemps l'habitude de rattacher, fût-ce au prix d'une interprétation très constructive, toutes ses décisions à un texte de force constitutionnelle* »³⁴. À cette volonté de rattachement à un texte s'ajoute également le fait que même dans le cas d'une censure par le Conseil, le Parlement peut décider en congrès de réformer la Constitution pour permettre l'entrée en vigueur de la loi. En d'autres termes, l'État de droit n'empêche pas le Parlement de rester souverain. Enfin, le Conseil énonce clairement depuis 1975 qu'il ne dispose pas d'un « *pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement* »³⁵. Cette formule n'empêche pas pour autant le contrôle de constitutionnalité, c'est une précaution oratoire visant à ne pas froisser le Parlement. Cependant, à trop avoir une pratique prudentielle, à trop vouloir se restreindre, le Conseil peut parfois saboter lui-même son travail. Or, quand il n'exerce pas son contrôle, il n'existe plus de garantie de l'État de droit, excepté celle incarnée par le Président de la République qui de toute façon n'a, jusqu'à aujourd'hui, jamais exercé un contrôle juridictionnel de constitutionnalité des lois. Dès lors, cette politique adoptée par le Conseil, qualifiée par la doctrine de *self restraint*, laisse apparaître un contrôle de constitutionnalité affaibli qui semble s'opposer au rôle moderne des juridictions constitutionnelles.

Ce « *Repli jurisprudentiel* » comme le qualifie Arthur Deyvre³⁶, est compréhensible lorsqu'il est question de ne pas légiférer à la place du Parlement, mais difficilement défendable

³³ Décision n°82-143 DC du 30 juillet 1982, *Loi sur les prix et les revenus, notamment ses articles 1, 3 et 4*. Ici, le Conseil refusera de s'exprimer sur un possible empiètement de la disposition législative sur le domaine réglementaire car il est saisi sur le fondement de l'article 61, et non 41 de la Constitution qui prévoit explicitement cela.

³⁴ VEDEL (G.), « Excès de pouvoir législatif et excès de pouvoir administratif », *CCC*, n°2, 1996, p. 48.

³⁵ Décision n°74-54 DC du 15 janvier 1975, *Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse*.

³⁶ DYEUVRE (A.), « Les pouvoirs du juge constitutionnel dans les démocraties contemporaines », *RFDC*, 2023/1, n°133, pp. 17 à 26.

lorsque le Conseil est confronté à une potentielle atteinte des droits et libertés fondamentaux. Dès lors, il s'agit de définir clairement le champ de l'étude, avant de pouvoir analyser la traduction de ce phénomène, ses conséquences ainsi que ses potentiels remèdes.

*

3. Champ de l'étude et délimitation du sujet

Afin de centrer la suite de ces travaux, une triple délimitation est à effectuer. Il s'agit alors d'effectuer une délimitation matérielle (A), temporelle (B) et géographique (C) de l'étude étant donné l'ampleur du sujet.

A) Délimitation matérielle

Cette étude s'efforcera d'analyser le contentieux constitutionnel dans le cadre du contrôle de constitutionnalité des lois *a priori* mais également *a posteriori*. De plus, d'autres positions du Conseil pourront être analysées bien que dotées d'une valeur juridique incertaine, que celles-ci prennent la forme d'avis ou de simple déclarations du Conseil ou de ses membres isolément, afin d'obtenir quelques éclaircissements sur diverses questions. Pour mener à bien cette analyse, il s'agira de se fonder sur divers écrits doctrinaux, particulièrement riches en matière de droit constitutionnel, aussi bien en termes de quantité que de qualité. Le Conseil se prononçant sur un nombre particulièrement grand de sujets, il ne s'agira pas de prétendre à analyser exhaustivement chacune de ses jurisprudences, mais bien d'étudier un échantillon de décisions et de prises de position dans des domaines précis afin de tirer des conclusions plus générales. Enfin, bien que certaines solutions seront envisagées, aucune n'a la prétention d'être absolument parfaite ni exclusive. Sur ce point, David Godefridi indique à propos de l'État de droit que « *La réalisation de cet idéal relève d'une aspiration qui ne sera jamais pleinement satisfaite* »³⁷. Il est rejoint par Jacques Chevallier qui précise que « *Si l'État de droit s'est trouvé investi d'une puissance symbolique, d'une force dévastatrice et d'une portée juridique nouvelle, il est, à l'instar de tout mythe, voué à l'inachèvement et à l'incomplétude* »³⁸. Si ces deux

³⁷ GODEFRIDI (D.), « État de droit, liberté et démocratie », *Politique et Société*, 2004, n°1, pp. 143 à 169.

³⁸ CHEVALLIER (J.), *op. cit.*, p. 145

affirmations ne doivent en aucun cas mettre un terme à toute tentative d'éclaircissement et d'amélioration de l'État de droit, elles justifient néanmoins une certaine modestie dans la proposition de solutions aux maux qui seront ensuite soulignés.

B) *Délimitation temporelle*

Si les notions de contentieux constitutionnel et d'État de droit sont plus anciennes que la Vème République³⁹, il ne s'agira pas ici de remonter le fil du temps jusqu'à la naissance du terme *Rechtsstaat*. Dès lors, la présente étude s'efforcera de concentrer son analyse aux institutions de la Constitution, et plus particulièrement au Conseil constitutionnel, du 4 octobre 1958 jusqu'à aujourd'hui. Ainsi, et malgré l'influence indéniable du Comité constitutionnel de la IVème République sur le Conseil tel qu'imaginé en 1958⁴⁰, ne seront pas ici utilisées les précédentes tentatives de justice constitutionnelle française.

C) *Délimitation géographique*

Enfin, ce travail de recherche n'adoptera pas une démarche purement comparative. L'objectif sera donc d'étudier l'approche et la réflexion du Conseil constitutionnel. Cependant, dans le cadre de l'universalisation, ou *a minima* l'eupéanisation, de certaines questions, avec par exemple le contentieux lié au réchauffement climatique, il est impossible d'exclure totalement de l'analyse certaines cours constitutionnelles étrangères. De la même façon, différentes cours internationales sont amenées à rendre des décisions similaires au Conseil. Dès lors, elles ne seront pas exclues de certains pans de cette démonstration. De la même façon, ces cours ont pu être confrontées à des lacunes semblables à celles qui seront mises en avant au sein du Conseil, et y ont donc apporté différentes réponses. Cette étude proposant elle-même quelques suggestions, il s'agira donc de ne pas ignorer ces différentes possibilités.

*

³⁹ La notion d'État de droit est arrivée en France dans les années 1920, empruntée à la doctrine juridique allemande, notamment via l'ouvrage de DUGUIT (L.), *Traité de droit constitutionnel*, Boccard, 3ème ed., 1928, p. 618.

⁴⁰ Voir notamment CHARPY (M.), *Le Comité constitutionnel de la Constitution de la IVème République*, 2015, mémoire sous la direction du Professeur Armel Le Divillec, *jus politicum*, p. 69 ; ou encore SAVONITTO (F.), « L'atonie du Comité constitutionnel dans l'exercice du contrôle de constitutionnalité des lois sous la IVème République », *RFDC*, 2019/3, n°119, pp. E19 à E56.

4. Problématisation et annonce de plan

« *La montée en puissance des droits et libertés dans le paysage juridique français et européen, et plus largement au sein des États de droit contemporains, a reconfiguré les termes des grandes questions du droit constitutionnel* »⁴¹. Cette déclaration d’Audrey Bachert-Peretti et de Julien Padovani mêlée aux inquiétudes formulées en amont suffisent à dégager une curiosité juridique. **De quelle façon faut-il accompagner voire transformer le Conseil constitutionnel afin de répondre aux enjeux modernes du droit constitutionnel et ainsi remédier aux inquiétudes que suscitent sa retenue ?**

Afin de cerner plus précisément d’où viennent ces inquiétudes et leurs diverses formes, il apparaît nécessaire d’étudier cette véritable politique de *self restraint* du Conseil malgré une tentative indéniable d’émancipation de l’institution (**Partie I**). Une fois ces contours définis, alors seulement il sera possible d’envisager certaines solutions, qui prendront à la fois la forme d’une réforme interne et externe du Conseil, c’est-à-dire des modifications à l’initiative de l’institution elle-même comme du législateur organique voire du constituant (**Partie II**).

⁴¹ BACHERT-PERETTI (A.) et PADOVANI (J.), « Propos introductifs », *RFDC*, 2023/1, n°133, pp. 3 à 6.

Partie I – L’émancipation du Conseil constitutionnel confrontée aux limitations de son contrôle

Avec les trois grandes étapes de 1971, 1974 et 2008, tout aussi importantes que la création même du Conseil constitutionnel par la Constitution du 4 octobre 1958, l’institution n’a cessé de prendre de l’ampleur. Statistiquement, l’année 1974 marque le premier véritable tournant puisqu’entre 1974 et 1976, donc en trois ans seulement, le Conseil sera saisi plus de fois que les seize années qui ont suivi sa création. Ensuite, l’entrée en vigueur du contrôle *a posteriori* sera lui aussi une réussite sur le plan statistique. En effet, il compose aujourd’hui la majorité du travail du Conseil qui répond en moyenne à soixante-quinze Questions Prioritaires de Constitutionnalité par an depuis le 1^{er} mars 2010, contre environ vingt et vingt-cinq saisines *a priori* par an. S’il a pu légitimement être avancé que le contrôle *a posteriori* entraînerait une diminution progressive du contrôle *a priori*, le contraire peut se constater depuis maintenant près de treize ans, Marc Guillaume avançant que « *La mise en place de la Question Prioritaire de Constitutionnalité a ainsi conduit à une augmentation concomitante du nombre des saisines a priori* »⁴². Ainsi, le nombre de décisions rendues par le Conseil constitutionnel n’a cessé de croître depuis sa création, au gré des deux réformes constitutionnelles essentielles.

Dans cette dynamique, il a paru tout à fait naturel, pour un Conseil constitutionnel trouvant progressivement sa place au sein des institutions françaises, d’approfondir son contrôle, le juridictionnalisant en s’inspirant de ce que le Conseil d’État avait pu faire avec le recours en excès de pouvoir. Pourtant, si celui-ci affirme souvent des avancées majeures, cela reste relativement rare et surtout souvent purement théorique (Chapitre 1). Cette limitation est le fruit d’une doctrine de *self restraint* adoptée par le Conseil depuis 1975, doctrine qui peut être remise en question au regard de l’importance du Conseil vis-à-vis de la montée en puissance et de la redéfinition de l’État de droit et les enjeux qui l’accompagnent (Chapitre 2).

⁴² GUILLAUME (M.), « L’enrichissement des saisines parlementaires par le Conseil constitutionnel depuis la QPC », *NCCC*, 2015, n°48, pp. 127 à 142.

Chapitre 1 – Entre avancée et déception : le double visage du Conseil constitutionnel

Ainsi, le Conseil exprime son souhait d'exercer un contrôle qui tend à être approfondi à travers ses diverses jurisprudences. De ce fait, les exigences liées à ces mêmes jurisprudences ne font que s'accroître au fur et à mesure que celui-ci semble vouloir atteindre les pouvoirs de contrôle de véritables juridictions, en s'inspirant surtout du Conseil d'État. Pourtant, si cet approfondissement devait logiquement s'accompagner d'une surveillance accrue du législateur, le Conseil refuse encore aujourd'hui d'enjoindre au Parlement d'agir (*Section 1*). Si ce refus pur et dur illustre bien une forme de retenue persistante du Conseil, il convient de souligner que ces incompétences liées au *self-restraint* du Conseil ne prennent habituellement pas cette forme. En effet, cela semble plutôt répondre à un schéma type où la pratique ne suit pas la théorie. Ainsi, si le Conseil annonce, depuis quelques années, un degré de contrôle de plus en plus élevé, faisant parfois référence au contrôle de proportionnalité, l'effectivité d'un tel contrôle ne se perçoit pas toujours (*Section 2*). De même, avec l'aide du Conseil d'État, le Conseil constitutionnel a admis une potentielle responsabilité de l'État du fait des lois. En réalité, si cette possibilité existe bel et bien dorénavant en contentieux français, ce revirement apparaît plus symbolique qu'en apparence du fait de sa mise en œuvre rendue complexe (*Section 3*).

Section 1 – L'absence persistante de pouvoir d'injonction au Parlement comme symbole de l'auto-limitation du Conseil

Dans une série de décisions fleurissant particulièrement au début des années 2000, le Conseil a été amené à se prononcer sur la possibilité d'enjoindre au législateur. S'il semble que celui-ci se refuse un pouvoir général d'injonction (§1), cette position a pu faire l'objet de certaines critiques à l'égard de cette jurisprudence, plaidant alors pour un renouveau de la vision du Conseil (§2).

§1 – Analyse d'un refus tempéré

Avant de véritablement aborder la question de ce refus, il s'agit de définir l'injonction qui malgré un usage courant du terme, ne fait pas l'objet d'une définition unanime. Pour autant, la notion reste comprise dans sa globalité par la doctrine malgré quelques confusions. Alix Perrin souligne en ce sens que « *Celle-ci est très souvent assimilée à une sanction* », ce qui est une erreur. En effet, « *L'analyse de l'injonction d'un point de vue subjectif montre que celle-ci ne vise pas à réprimer un comportement fautif. De plus, l'injonction désigne dans le langage juridique ordinaire un commandement, une norme dont le seul trait caractéristique résiderait dans sa portée individuelle* ». Ce qui est également une erreur car « *L'étude de l'injonction d'un point de vue objectif montre que celle-ci n'est pas un simple commandement consistant à prescrire une règle de conduite. L'injonction a en effet un rôle spécifique vis-à-vis des autres éléments ou phénomènes juridiques qui composent notre système juridique* »⁴³. Ainsi, l'injonction se rapproche plus de l'acte correctif visant la bonne application de la règle de droit. Pour ces raisons, Alix Perrin souligne que « *Cette mesure poursuit un résultat « supérieur », moins immédiat que la correction d'un comportement illégal. Sa justification profonde réside dans la concrétisation du droit* »⁴⁴. Dès lors, rien ne semble s'opposer à ce que l'injonction au Parlement puisse apparaître dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, en ce que celui-ci a précisément pour fonction de s'assurer du respect de la norme suprême par le législateur. En effet, si le but affiché de l'injonction était de sanctionner le législateur, alors il serait tout à fait compréhensible que le Conseil s'y refuse, ce qui n'est pas le cas.

Pourtant, dans une décision de 2003, le Conseil a lui-même refusé ce pouvoir, estimant « *Que le Conseil constitutionnel ne saurait, sans outrepasser les limites des pouvoirs que lui a confiés la Constitution, adresser une telle injonction au législateur* »⁴⁵. Si le Conseil semble refuser ce pouvoir pour des raisons liées à son office même, il prend le temps dans le même considérant d'expliquer les raisons de son refus, se fondant sur le cas de l'espèce en indiquant que la mesure demandée ne ferait qu'aggraver la situation. De plus, cette décision est rendue en 2003, avant l'entrée en vigueur de la Question Prioritaire de Constitutionnalité. Or, l'instauration de ce contrôle *a posteriori* aurait pu avoir comme effet de modifier légèrement l'office même du Conseil. Dès lors, ces deux explications permettent de se demander si cette jurisprudence est toujours d'actualité. Dans une décision bien plus récente puisqu'en date du

⁴³ PERRIN (A.), *L'injonction en droit public français*, Editions Panthéon Assas – Thèses, 2009, p. 50.

⁴⁴ *Ibid.* p. 51.

⁴⁵ Décision n°2003-483 DC du 14 août 2003, *Loi portant réforme des retraites*, Cons. 26.

13 août 2021, le Conseil a eu l'occasion de réaffirmer cette vision en estimant que « *En tout état de cause, le Conseil constitutionnel ne dispose pas d'un pouvoir général d'injonction à l'égard du législateur* »⁴⁶. L'affirmation paraît d'autant plus catégorique que dans ce paragraphe, le Conseil écarte dans un premier temps le moyen selon lequel l'ensemble de la loi serait contraire à la Constitution, moyen sur lequel était ensuite fondé la demande d'injonction par les soixante députés saisissant le Conseil. Écartant ce moyen tout de suite, le Conseil aurait pu s'en contenter sans affirmer ensuite qu'il ne dispose pas du pouvoir d'enjoindre au législateur, cette demande était alors de toute évidence rendue obsolète par le premier refus d'examiner une loi dans sa globalité en ce que celle-ci serait contraire dans sa « mentalité » à la Constitution. Pourtant, le Conseil prend ensuite le temps d'affirmer catégoriquement ce rejet, laissant peu de place au doute en la matière.

Finalement, ce refus du Conseil actualisé en 2021 semble contenir une innovation : sa portée générale. Car si en 2003 cette portée n'apparaissait pas, ce n'était pas non plus le cas en 2012 où il avait estimé « *Qu'en demandant que le Conseil constitutionnel « complète sa décision par une précision propre à en assurer l'effet utile », Mme. L. remet en cause la décision du Conseil constitutionnel sur les conditions dans lesquelles cette déclaration d'inconstitutionnalité prend effet ; (...) qu'il s'ensuit que sa requête doit être rejetée* »⁴⁷. Ainsi, entre 2003 et 2012, quand bien même le Conseil refuse ce pouvoir d'injonction, aussi bien dans son contrôle *a priori* qu'*a posteriori*, ce refus ne revêt pas de portée générale, laissant de l'espoir à ceux qui souhaitent son apparition, ou de la crainte à ceux qui au contraire n'en veulent pas, que le Conseil accepte un jour d'enjoindre au législateur.

Pourtant, la formule générale de 2021 semble porter un coup fatal à cette possibilité. Mais Maxime Charité tire quant à lui une autre conclusion de cette nouvelle formulation, indiquant que « *l'utilisation de la locution « en tout état de cause » et de l'adjectif « général », (...) n'exclut pas que dans certains cas limitatifs, le conseil constitutionnel puisse disposer d'un pouvoir spécial d'injonction à l'égard du législateur* »⁴⁸. En d'autres termes, le caractère général de l'affirmation laisse entendre un pouvoir spécial d'injonction dont dispose le Conseil. Or Maxime Charité constate que ce pouvoir spécial existe et qu'il a déjà été mis en œuvre par le Conseil dans trois cas de figures. Le premier cas de figure est celui où le Conseil relève l'inconstitutionnalité d'un article de loi sans pour autant censurer cette même disposition à la

⁴⁶ Décision n°2021-825 DC du 13 août 2021, *Loi portant lutte contre le dérèglement climatique*, Paragr. 3.

⁴⁷ Décision n°2012-483 R QPC du 27 décembre 2012, *Mme. Maryse L.*, Cons. 2.

⁴⁸ CHARITÉ (M.), « Le refus du Conseil constitutionnel d'un pouvoir général d'injonction à l'égard du législateur », *Les Petites Affiches*, 2021, n°5, pp. 23 à 26.

condition que le législateur lui-même corrige cette erreur⁴⁹. Le second cas de figure implique une décision de conformité de la norme en question, norme qui pourtant peut devenir inconstitutionnelle. Dès lors, le Conseil formule « *un simple appel : l'injonction au législateur se justifie par la virtualité de l'inconstitutionnalité en voie de formation* »^{50.51} Enfin, le troisième cas de figure particulier relatif à la procédure de la Question prioritaire de Constitutionnalité « *qui n'a cependant été expressément qualifiée d'injonction au législateur qu'à l'occasion de sa première application positive* »⁵². Cela concerne le cas des abrogations différées du Conseil et leurs exécutions⁵³. Ainsi, le Conseil dispose bien d'une compétence spéciale d'injonction à l'égard du législateur, mais celle-ci reste tout de même rare et exceptionnelle, sans commune mesure avec un pouvoir général d'injonction.

Or, sur ce pouvoir général d'enjoindre au législateur, Michel Verpeaux se montre catégorique en indiquant que le Conseil ferme en 2021 « *tout espoir en sens contraire* »⁵⁴. Ce refus fera l'objet d'une critique d'une partie de la doctrine, plaidant alors ouvertement en faveur d'une autre approche de l'injonction dans la jurisprudence du Conseil.

§2 – Pour un pouvoir général d'injonction du Conseil constitutionnel

Face à ce refus, Servane Le Dû se montre pour le moins dubitative, s'interrogeant notamment sur la portée de la décision de 2021, mais aussi sur sa pertinence en avançant que « *L'abandon du Conseil constitutionnel d'un tel pouvoir indique qu'il rejettera sûrement, pour le moment et de manière quasiment systématique, toute demande d'injonction formulée par les saisissants. En effet, quel pourrait être dans l'intérêt d'une généralisation, si ce n'est son application à une majorité de ces cas particuliers ? La question qui toutefois demeure est celle de la permanence ou non d'une telle formule* »⁵⁵. En réalité, la seule conclusion claire qui puisse être tirée de cette décision était déjà connue et n'est ici que réaffirmée : le Conseil juge la loi et

⁴⁹ Pour un exemple de cette application, voir notamment la Décision n°2005-530 DC du 29 décembre 2005, *Loi de finances pour 2006*, Cons. 41.

⁵⁰ CHARITÉ (M.), *Op. Cit.*, pp. 23 à 26.

⁵¹ Pour un exemple de cette application, voir notamment la Décisions n°2009-579 DC du 9 avril 2009, *Loi organique relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution*, Cons. 15 et 17.

⁵² CHARITÉ (M.), *Op. Cit.*, pp. 23 à 26.

⁵³ Pour un exemple de cette application, voir notamment la Décision n°2010-14/22 QPC du 20 juillet 2010, *M. Daniel W. et autres*.

⁵⁴ VERPEAUX (M.), « la lutte contre le dérèglement climatique devant le juge constitutionnel : les espoirs déçus », *AJDA*, 2021, n°43, pp. 2526 à 2532.

⁵⁵ LE DÛ (S.), « Le refus du Conseil constitutionnel d'enjoindre au législateur : moins de pouvoirs, plus de déférence ? », *RFDC*, 2022, n°130, pp. 457 à 467.

non le législateur. Sur la remise en question même du pouvoir spécial d'injonction, il est impossible de donner une réponse catégorique à l'heure actuelle. Car si le Conseil semble refuser le pouvoir général, il ne remet pas explicitement en cause le pouvoir spécial. Pourtant, il utilise la formule « *en tout état de cause* », qui intervient lorsque le Conseil « *Souhaite expédier un grief jugé inopérant. Le motif placé à la suite de la locution désigne alors l'argument ultime, venant écarter de manière définitive le grief* »⁵⁶. Servane Le Dû qualifie cette formulation de « surprenante », ce qui est une critique à peine masquée du Conseil. Mais cette critique vise particulièrement la forme du refus. Or, sur le fond, c'est-à-dire sur le choix même du refus d'enjoindre au législateur, le Conseil n'est pas exempt de tout reproche, allant même jusqu'à s'interroger sur un potentiel opportunisme dont ferait preuve cette décision.

En dehors de ce cas d'espèce, Alix Perrin soulignait la nécessité pour le Conseil de se reconnaître un pouvoir général d'injonction au législateur. En 2009 déjà, il était alors souligné l'absence d'obstacles insurmontables à l'élaboration d'une jurisprudence constitutionnelle reconnaissant un pouvoir général d'injonction au Conseil. En effet, Alix Perrin constate que « *Il n'existe pas de raisons, théoriques ou pratiques, valables pour imposer au juge constitutionnel des limites autres que celles qui sont inhérentes à l'exercice de la fonction juridictionnelle. Ni le caractère politique du Conseil constitutionnel, ni les caractéristiques du contrôle de constitutionnalité des lois, ni enfin la nature spécifique de l'acte soumis à son contrôle ne justifient le refus du Conseil de se reconnaître un pouvoir d'injonction pour l'exécution de ses décisions de justice* »⁵⁷. Autrement formulé, seule la jurisprudence du Conseil et sa retenue, empêche un tel pouvoir d'injonction. Dès lors, « *Il n'est pas illogique de reconnaître dans cette décision une attitude de déférence du Conseil constitutionnel vis-à-vis du législateur* »⁵⁸, déférence qui n'a pas à proprement parler de véritable fondement juridique. Ainsi, s'il est understandable que, pour l'instant, le Conseil ne souhaite pas généraliser ces injonctions, il n'est pas non plus compréhensible qu'en 2021 laisse encore entendre, selon la lecture qui est faite de sa décision, un abandon sans véritable explication de son pouvoir d'injonction spéciale qui n'était déjà pas pleinement un véritable pouvoir d'injonction assumée. C'est précisément parce qu'il s'agit d'un pouvoir fort qui permet une meilleure exécution de la chose jugée que le Conseil doit s'en saisir, plutôt que de le délaissier. Cependant, le Conseil perçoit sans doute dans ce pouvoir d'injonction une arme trop puissante rabaisant un Parlement démocratiquement élu. C'est ce que laisse entendre Alix Perrin, précisant que « *L'injonction est*

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ PERRIN (A.), *Op. Cit.*, p. 566.

⁵⁸ LE DÛ (S.), *Op. Cit.*, pp. 457 à 467.

encore assimilée par le juge constitutionnel à une technique du pouvoir hiérarchique, et par voie de conséquence à un empiètement d'un pouvoir au sein d'un autre pouvoir »⁵⁹, avant de constater que cette vision n'est pas celle du juge administratif, ce qui finit de démontrer que la jurisprudence du Conseil en la matière ne reflète en aucun cas d'une vision universelle de l'injonction, allant jusqu'à laisser apparaître une forme d'incompétence dans la jurisprudence constitutionnelle.

Si cette première limite est flagrante, en ce que le Conseil affirme, plus ou moins clairement mais affirme tout de même, lui-même sa retenue. Or, tel n'est pas le cas quant au degré du contrôle de constitutionnalité, où le Conseil semble proche du déni en affirmant parfois un contrôle de proportionnalité, donc maximal, avant de laisser entrevoir les fondements d'un contrôle de l'erreur manifeste du législateur, donc minimal.

Section 2 – Le degré de contrôle : l'affirmation d'un contrôle maximal et les doutes liés à la lenteur de ce progrès

Avant de s'intéresser à ce constat, qu'est-ce que le contrôle de proportionnalité aux yeux du Conseil ? Cela s'apparente en réalité aujourd'hui à un triple test visant à étudier la nécessité, l'adéquation et la proportionnalité d'une mesure législative venant restreindre un droit ou une liberté fondamentale. Si ce triple test n'est pas la seule forme existante du contrôle de proportionnalité, cela demeure sa forme la plus aboutie dans le cadre des contrôles de constitutionnalité, forme que le Conseil a déjà pu employer. Dès lors, il s'agit d'étudier le contrôle de proportionnalité sous cette forme dans la jurisprudence du Conseil en ce qu'elle révèle une volonté de contrôle maximal. Cette apparition dans la jurisprudence du Conseil est relativement récente puisqu'en date de 2008⁶⁰ et était « *Proposée à l'origine par la doctrine (...) et discutée avec le chef du service juridique du Conseil lors d'un colloque* »⁶¹. Cette formule de Valérie Goesel-Le Bihan est d'autant plus véridique qu'elle représentait alors dès les années 1990 une partie de cette doctrine qui plaidait pour une telle évolution de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, s'appuyant sur le droit comparé et l'usage qui était

⁵⁹ PERRIN (A.), *Op. Cit.*, p. 567.

⁶⁰ Décision n°2008-562 DC du 21 février 2008, *Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental*, Cons. 14 à 23.

⁶¹ GOESEL-LE BIHAN (V.), « Le contrôle de proportionnalité au Conseil constitutionnel », *AJDA*, 2021, n°14, pp. 786 à 792.

fait du contrôle de proportionnalité par le juge administratif français⁶². Empruntée notamment à la jurisprudence constitutionnelle allemande, cette technique de contrôle maximale s'est ensuite progressivement imposée dans les décisions du Conseil constitutionnel, la question de son utilisation lors d'atteintes à certaines libertés par le législateur se posant au fur et à mesure des saisines du Conseil. Seulement, il apparaît alors que le Conseil accepte l'utilisation de cette méthode pour les droits de premier rang, se montrant plus hésitant pour ceux de second rang. En procédant ainsi, le Conseil procède à une sorte de classification des droits et libertés fondamentaux, classification critiquable en ce que celle-ci ne se fonde sur aucun texte, et encore moins des textes à valeur constitutionnelle.

En réalité, cela témoigne d'une hésitation du Conseil qui ne sait que faire, choisissant soit de rester silencieux, soit d'annoncer l'absence de disproportion manifeste, mélangeant alors contrôle maximal et minimal. Quoi qu'il en soit, aucune de ces deux solutions n'offre de satisfaction, autant sur le plan de la protection des droits et libertés fondamentaux que sur la clarté de la jurisprudence du Conseil. Si Valérie Goesel-Le Bihan souligne que « *La multiplicité des paramètres pris en compte pour déterminer l'intensité du contrôle exercé est normale. Tel est en effet le cas dans la jurisprudence de toutes les cours, qu'elles soient constitutionnelles ou quasi-constitutionnelles. Ne l'est plus en revanche leur non-explicitation dans la motivation des décisions du Conseil constitutionnel, son contrôle donnant l'impression d'osciller en tout arbitraire* »⁶³. En d'autres termes, il est tout à fait normal et compréhensible que le Conseil utilise différents degrés de contrôle dans des situations différentes, n'étant pas ici question de réclamer un test de proportionnalité à chaque décision du Conseil, en revanche sa jurisprudence laisse aujourd'hui apparaître une forme d'opportunisme qui s'apparente à de l'hésitation. Cette situation étant d'autant plus frustrante dans l'analyse que le Conseil a démontré dès son premier usage du test de proportionnalité en 2008 qu'il était tout à fait capable d'en user de façon claire et efficace. Une partie de la doctrine s'est alors essayée à expliquer cette hésitation.

Le premier constat est relativement simple à tirer : aucun texte n'autorise explicitement le Conseil à exercer un tel contrôle. Dès lors, rien de surprenant à ce que le Conseil en use prudemment, particulièrement au regard de la puissance de ce contrôle. Pour autant, il convient de souligner que rien ne l'interdit, ce qui explique que le test de proportionnalité soit apparu dans la jurisprudence du Conseil. Dès lors, Jean-Baptiste Duclercq en étudiant l'autorisation ou

⁶² En ce sens, voir notamment GOESEL-LE BIHAN (V.), « Le contrôle exercé par le Conseil constitutionnel : défense et illustration d'une théorie générale », *RFDC*, 2001/1, n°45, pp. 67 à 83.

⁶³ GOESEL-LE BIHAN (V.), « Le contrôle de proportionnalité au Conseil constitutionnel », *op. cit.*, pp. 786 à 792.

non de la Constitution d'un tel contrôle par le Conseil remarque que « *Si ces analyses ne permettent pas de trouver dans la Constitution une habilitation générale à l'exercice d'un contrôle de proportionnalité déployé dans le fond de la loi, elles ne l'interdisent pas non plus. La proportionnalité n'est pas seulement une norme de contrôle, elle est également une technique de contrôle. Fort de cette distinction, le contrôle du Conseil constitutionnel s'est lentement et progressivement infléchi* »⁶⁴. Ainsi, tout semblait réuni pour que le Conseil constitutionnel connaisse des évolutions similaires que le Conseil d'État dans le degré de son contrôle, partant alors d'un contrôle minimal pour affirmer sa compétence, avant d'approfondir celui-ci progressivement au fur et à mesure de ses décisions. Dès lors, le Conseil se trouverait en théorie dans un entre deux et les critiques sur son exercice du contrôle de proportionnalité ne relèveraient alors que de l'impatience.

En théorie seulement car en réalité, plus que révélateur de l'impatience d'une partie de la doctrine, cela témoigne d'une forme de retenue d'une juridiction constitutionnelle qui peine à s'affirmer ainsi. Car réduire ces imperfections à un vide juridique ne suffit pas pour expliquer un tel tâtonnement, comme le souligne Jean-Baptiste Duclercq qui avance que « *Comme toute institution, le Conseil constitutionnel est traversé par des clivages et souffre de contradictions. Lorsqu'elle les perçoit, la recherche juridique ne doit pas les masquer pour simplifier la manière de penser la jurisprudence, mais au contraire les aborder de front pour clarifier – sans chercher à les légitimer – les facteurs de la jurisprudence* »⁶⁵. Si cette formule s'adresse à la doctrine, elle aurait tout aussi bien pu être à l'intention directe du Conseil. Seulement, Jean-Baptiste Duclercq décide ensuite de tempérer son propos en ajoutant que s'il s'agit d'une « *Jeune institution dans l'architecture au moins centenaire des institutions de la République, le Conseil constitutionnel a fait sa mue, timidement, au prix de transformations dans son contrôle, parfois à rebours de certaines voies empruntées lorsqu'il rencontrait des impasses où se trouvait – rétrospectivement – trop en avance* »⁶⁶. Si cette atténuation peut s'entendre, il convient de ne pas faire preuve d'une trop grande tolérance à l'égard de la jurisprudence du Conseil au nom de sa « *jeunesse* ». En effet, celui-ci aspire au titre de juridiction constitutionnelle, et a même obtenu ce grade aux yeux d'un Président de la République et d'une institution telle que la Cour de Justice de l'Union Européenne. Ainsi, il convient de s'interroger sur sa prise en compte du test de proportionnalité dans son contrôle avec toute la rigueur qui

⁶⁴ DUCLERCQ (J.-B.), *Les mutations du contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, LGDJ, Bibliothèque Constitutionnelle et de Science Politique, 2015, p. 95.

⁶⁵ *Ibid.* p. 463.

⁶⁶ *Ibid.*

serait employée pour une autre juridiction reconnue comme telle. D'autant qu'il a été démontré précédemment que le Conseil a connu trois réformes majeures qui lui permettaient de s'affirmer comme une véritable cour constitutionnelle.

C'est précisément cette troisième étape qui fera l'objet de l'étude de Laurie Marguet, qui étudie l'usage du test de proportionnalité par le Conseil dans le cadre de son contrôle *a posteriori* des textes législatifs⁶⁷ entre 2010 et 2020. Cette étude se montre particulièrement pertinente en ce que, depuis le 1^{er} mars 2010 et l'entrée en vigueur de la Question Prioritaire de Constitutionnalité, celle-ci représente la majorité de son contentieux. Sur cette période, le Conseil a eu l'occasion de se prononcer sur sept cent trente-quatre décisions QPC. Parmi celles-ci, seulement vingt-sept ont fait l'objet de ce test de proportionnalité, ce qui représente environ 3,67 % des décisions étudiées. Si cette simple statistique permet déjà de tirer une conclusion accablante, l'analyse ne s'arrête pas ici. En effet, Laurie Marguet remarque que seule trois de ces vingt-sept décisions font un examen explicite de proportionnalité. En d'autres termes, entre 2010 et 2020, trois décisions QPC du Conseil feront apparaître un raisonnement visible où il est possible de retrouver le plus clairement l'examen de la nécessité, de l'adaptation et de la proportionnalité. Six décisions QPC annonceront un tel contrôle qui n'aura finalement pas lieu en raison de l'absence d'atteinte à une liberté que la constitution garantit, ce qui permet de souligner que le test de proportionnalité comporte en réalité quatre étapes. Huit décisions QPC utiliseront en apparence le test de proportionnalité très rapidement en pesant d'un côté l'objectif poursuivi et de l'autre la proportionnalité, ce qui est déjà critiquable en soi. Enfin, dix décisions QPC feront ce que Laurie Marguet a nommé un « *examen obscur* » du test de proportionnalité, ce qui désigne les cas « *dans lesquels la réalisation du triple test demeure complètement mystérieuse* »⁶⁸. Dès lors, il ressort de cette analyse que, non seulement le Conseil ne semble pas en mesure de généraliser ce contrôle maximal, mais il ne semble pas non plus capable de clarifier les moments où il est nécessaire de l'utiliser ou non, usant volontairement d'un certain flou, à l'image de ces « *Examens obscurs* » qui représentent de loin la majorité simple des tests de proportionnalités effectués par le Conseil entre 2010 et 2020. Véritable démonstration d'une hésitation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, ces statistiques mettent en lumière l'embarras du Conseil quant à l'usage de ce triple test, reflétant le difficile équilibre entre affirmation et respect du législateur qu'il cherche à atteindre. Certes il ne s'agit pas d'exiger le

⁶⁷ MARGUET (L.), « Le triple test est-il vraiment central à la protection constitutionnelles des libertés ? Observations sur un standard de contrôle à géométrie variable », *Revue des Droits de l'Homme*, 2021, n°21, pp. 266 à 294.

⁶⁸ *Ibid.*

test de proportionnalité à chaque contrôle de constitutionnalité, certes le Conseil ne peut se construire trop rapidement et il se doit de faire preuve de prudence, seulement les résultats de cette étude sont accablants. C'est pour cela que les conclusions de Laurie Marguet le sont tout autant lorsqu'elle conclut que « *Sans trancher ici la question de savoir si le Conseil est une « vraie » Cour constitutionnelle ou une Cour constitutionnelle « de référence », il ressort malgré tout de l'analyse des QPC mobilisant, d'une manière ou d'une autre, le triple test que si ce statut devait effectivement dépendre l'audace et de la clarté du contrôle de proportionnalité réalisé par le Conseil, il peinerait très certainement à pouvoir être unanimement qualifié comme telle* ». ⁶⁹ Fruit de l'analyse statistique précédemment détaillé, ce constat peut difficilement être contredit. Cette vision particulière du Conseil est en réalité le résultat d'une construction particulièrement singulière.

Même s'il a été avancé précédemment que le contrôle de proportionnalité est apparu dans la jurisprudence constitutionnelle française sous sa forme la plus approfondie du test de proportionnalité en 2008, il existait déjà une autre forme de contrôle de proportionnalité dans le contrôle du Conseil. Seulement, le Conseil ne le dénommait pas comme tel, marquant déjà ses hésitations quant à l'usage d'un contrôle maximal de constitutionnalité. Ainsi, Rhita Bousta soulignait en 2007, soit un an avant la prise en compte par le Conseil du triple test dans son contrôle, que « *Le contrôle de proportionnalité est donc relégué au niveau inférieur de la hiérarchie des normes* » ⁷⁰ selon la vision du Conseil. Elle démontre alors toute la particularité du contrôle constitutionnel de proportionnalité français vis-à-vis de la jurisprudence constitutionnelle allemande qui a quant à elle fini d'intégrer l'usage du triple test. Si ce constat explique cette particularité, il ne justifie pas pour autant que plus de vingt-cinq ans après, le Conseil n'ait toujours pas une jurisprudence lisible en la matière, arbitrant au gré de ses décisions de l'usage qu'il fera du test de proportionnalité.

Dès lors, la question de l'utilisation du contrôle de proportionnalité par le Conseil constitutionnel est à son tour révélateur d'une forme de retenue. En cherchant à affiner son contrôle de la constitutionnalité des lois, le Conseil semble encore se heurter à une sorte de plafond de verre qu'il s'inflige à lui-même, au détriment de la lisibilité de ses décisions, ou pire, au détriment de la protection des droits et libertés fondamentaux dont il s'est pourtant lui-même affirmé comme un des principaux garants. Pourtant, le Conseil n'est pas une institution avare

⁶⁹ *Ibid.*

⁷⁰ BOUSTA (R.), « La « spécificité » du contrôle constitutionnel français de proportionnalité », *Revue Internationale de Droit Comparée*, 2007, n°59 (4), pp. 859 à 877.

en décisions symboliquement fortes, en profitant même pour confirmer son rôle croissant. Tel est le cas notamment de la responsabilité de l'État du fait des lois contraires à la Constitution où, là encore, le Conseil se heurte à ses propres limites.

Section 3 – La responsabilité de l'État du fait des lois irrégulières ou l'avancée trop ambitieuse ?

La responsabilité de l'État du fait des lois inconstitutionnelles est le fruit d'une jurisprudence particulièrement récente. À ce titre, il est plus délicat de tirer des conclusions générales quant à l'usage qu'en fait le Conseil. Pourtant, cela demeure une avancée symboliquement forte où les juges constitutionnels et administratifs ont su travailler conjointement pour faire avancer leur jurisprudence (§1). Cependant, comme toute avancée, elle n'est pas exempte de toutes critiques en ce que celle-ci fait face à une certaine retenue, au point de s'interroger sur le caractère purement symbolique de cette évolution (§2).

§1 – La construction complexe d'une jurisprudence louable

Longtemps, le principe d'irresponsabilité de la puissance publique a dominé, ce qui a d'emblée exclu toute réparation. Ce principe était d'autant plus fort qu'en l'espèce il est question de la loi qui constitue ici le fait générateur. Or la loi est la marque la plus pure de la souveraineté d'un État. Dès lors, difficile d'imaginer un régime de responsabilité fondé sur les potentielles imperfections de la loi. Pourtant, cette remise en question aura bien lieu et ce dès 2007 lorsque le Conseil d'État brise ce tabou en reconnaissant la responsabilité de l'État du fait des lois inconstitutionnelles⁷¹. La première pierre étant posée, il n'était qu'une question de temps avant que la même question *a minima* se pose s'agissant des lois inconstitutionnelles. Cela arrivera avec l'entrée en vigueur de la Question Prioritaire de Constitutionnalité, et ce dans les premières saisines des juridictions administratives puisque le Tribunal Administratif de Marseille sera amené à se prononcer à ce sujet dès 2010⁷². Sans doute trop rapidement, comme le souligne Manon Roy en indiquant que « *Le juge administratif, encore prudent concernant la consécration de cette responsabilité, a alors préféré la reporter vers le pouvoir réglementaire*

⁷¹ CE, Ass., 8 février 2007, *Gardedieu*, req. n°279522.

⁷² TA de Marseille, 22 novembre 2010, *Drugmanne*, req. n°0806068.

chargé d'appliquer la loi litigieuse »⁷³. Sans doute fallait-il alors laisser le temps aux juges de se familiariser avec cette nouvelle procédure, ce qui peut s'entendre. Mais là encore, ce n'était qu'une question de temps et en 2017 les juridictions administratives se sont saisies de la question afin d'y apporter une réponse claire.

En effet, c'est le Tribunal Administratif de Paris qui saisira l'opportunité de se prononcer sur cette interrogation en 2017 par une série de trois arrêts de même date⁷⁴. Le juge administratif décide alors de fonder ce nouveau régime de responsabilité en se fondant sur une déclaration d'inconstitutionnalité du Conseil constitutionnel⁷⁵, vision qui sera reprise en appel par la Cour Administrative d'Appel de Paris⁷⁶. Enfin, le Conseil d'État finira d'entériner cette nouvelle jurisprudence en 2019, se prononçant sur ces mêmes affaires en cassation, se contentant d'ajuster les principes posés par le tribunal puis par la cour d'appel⁷⁷. S'il apparaît que cette nouvelle jurisprudence s'est construite à tous les niveaux de la juridiction administrative, cela ne signifie pas que le Conseil n'est jamais amené à intervenir. Cette responsabilité de l'État du fait des lois inconstitutionnelles telle qu'élaborée par la juridiction administrative ne peut être mise en œuvre sans déclaration préalable d'inconstitutionnalité de la disposition législative en question par le Conseil constitutionnel, seul juge de la constitutionnalité des lois. Ainsi, il fallait nécessairement attendre le contrôle *a posteriori* des lois par le Conseil afin d'imaginer une telle jurisprudence. En ce sens, la Question Prioritaire de Constitutionnalité a permis d'encourager, d'une part, le dialogue des juges en ce que le Conseil d'État n'aurait pu élaborer cette jurisprudence sans le travail du Conseil constitutionnel, et d'autre part un meilleur contrôle de la constitutionnalité des lois.

Cette amélioration est d'autant plus visible que le juge administratif a fait une interprétation extensive quant aux décisions du Conseil constitutionnel lui permettant de prononcer une telle responsabilité. En effet, s'il a été précisé que cela est rendu possible par un contrôle *a posteriori* des lois par le Conseil, le juge administratif ne se limite pas à l'article 61-1 de la Constitution. Le Conseil d'État décide en effet d'également prendre en compte l'article 61 de la Constitution et le contrôle *a priori* du Conseil, en ce que celui-ci, en vertu de sa

⁷³ ROY (M.), « La responsabilité de l'État du fait des lois irrégulières », *RFDC*, 2020/2, n°122, pp. e1 à e24.

⁷⁴ TA de Paris, 7 février 2017, *Société Paris Clichy*, req. n°1505725/3-1 ; *M. Philippe V.*, req. n°1507714/3-1 et *Guern*, req. n°1507681/3-1.

⁷⁵ Décision n°2013-336 QPC du 1^{er} août 2013, *Société Natixis Asset Management*.

⁷⁶ CAA de Paris, 5 octobre 2018, *Société Paris Clichy*, req. n°17PA01180 et req. n°17PA1188 ; CAA de Paris, 18 décembre 2018, *Société Natixis Asset Management*, req. n°17PA01167.

⁷⁷ CE, 24 décembre 2019, *Société Paris Clichy*, *Société Hôtelière Paris Eiffel Suffren*, *M. Laillat*, req. n°415981, n°425983 et n°428162.

jurisprudence, a admis un examen incident de la constitutionnalité d'une loi en vigueur à l'occasion du contrôle d'une loi nouvelle modifiant la loi en vigueur⁷⁸. Cette prise en compte est en réalité le fruit d'un ajout du Conseil d'État que n'avait pas envisagé le tribunal et la cour d'appel. Reste que cela constitue une approche large de la notion de contrôle *a posteriori* qui a pour conséquence une responsabilité de l'État du fait des lois inconstitutionnelles accrues. Cette approche se retrouve également dans l'interprétation de l'article 62 de la Constitution par le juge administratif qui reste silencieux quant aux conséquences de l'inconstitutionnalité en termes de réparations. Si le Conseil constitutionnel retient de manière générale en principe l'abrogation immédiate au nom de l'effet utile de la Question Prioritaire de Constitutionnalité, celui-ci reste très libre quant à l'effet de ses décisions. Pourtant, Agnès Roblot-Troizier observe que « Si le juge administratif doit tenir compte du champ de l'effet utile de la déclaration d'inconstitutionnalité tel que défini par la décision du Conseil constitutionnel, il n'est pourtant pas nécessaire que le Conseil constitutionnel ait prévu une remise en cause des effets passés de la loi inconstitutionnelle pour que la réparation des préjudices causés par l'application de la loi soit admise. Le silence vaut donc acceptation. À n'en pas douter, le Conseil constitutionnel prendra en compte l'invitation du Conseil d'État de préciser à l'avenir les conditions de la réparation des préjudices nés de l'application de la loi déclarée inconstitutionnelle »⁷⁹. En d'autres termes, alors même que rien ne l'oblige, le juge administratif décide d'opter pour la solution permettant d'engager la responsabilité de l'État le plus simplement possible.

Pour autant, si cette nouvelle jurisprudence bénéficie d'une part d'une symbolique forte, acceptant une responsabilité de l'État-législateur du fait des lois irrégulières, et d'autre part d'une vision relativement large lorsqu'il est question de sa mise en œuvre, ce nouveau régime de responsabilité souffre de certaines limites qui viennent drastiquement restreindre les possibilités de sa mise en œuvre.

§2 – Les limites inhérentes à une responsabilité de l'État du fait des lois inconstitutionnelles

Il est difficilement envisageable qu'un tel pouvoir ne soit pas un minimum borné et encadré. Tout d'abord, s'il a été avancé que le Conseil d'État avait décidé de comprendre l'examen incident du Conseil constitutionnel comme possibilité à part entière pour engager la

⁷⁸ Décision n°85-187 DC du 25 janvier 1985, *Loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances*, Cons. 10.

⁷⁹ ROBLOT-TROIZIER (A.), « La responsabilité du fait des lois inconstitutionnelles », *RFDA*, 2020/1, pp. 149 à 156.

responsabilité de l'État, il n'a en revanche pas jugé nécessaire d'y inclure les très rares cas où le Conseil d'État lui-même déclare contraire à la Constitution certaines dispositions législatives du fait de l'entrée en vigueur de la Constitution du 4 octobre 1958⁸⁰. Si la rareté de ces cas de figure vient atténuer cette lacune, il reste surprenant que le Conseil d'État envisage la possibilité de l'examen incident du Conseil constitutionnel, mais ne prend pas en compte l'abrogation implicite pourtant issue de sa propre jurisprudence. Mais cela ne constitue en aucun cas une forme de véritable incompetence. Pourtant, le régime de responsabilité des lois inconstitutionnelles n'en n'est pas dépourvu, et comme un symbole ces lacunes trouvent pour la majorité leur source dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et non dans celle du juge administratif.

En réalité, la première limite n'est pas véritablement le fruit d'une hésitation du Conseil. Cette limite concerne les cas où le Conseil ne prononce pas l'abrogation d'une disposition législative, mais se contente d'utiliser la technique des réserves d'interprétations. Dans ce cas de figure, il est impossible pour le Conseil d'État de constater la responsabilité de l'État législateur, la loi n'ayant pas formellement été déclarée contraire à la Constitution. Si cela ne constitue pas une lacune de la part du Conseil, en ce que celui-ci ne fait qu'utiliser un des outils à sa disposition dans l'exercice de son contrôle, Agnès Roblot-Troizier constate que cela ne matérialise pas moins une sérieuse limite à la responsabilité de l'État en la matière. En effet, « *Certes, la réserve d'interprétation se fonde dans la disposition législative. Toutefois, lorsque le Conseil constitutionnel décide de moduler dans le temps les effets de ses réserves, il est possible d'envisager l'hypothèse d'un préjudice causé par l'application d'une loi avant que la réserve produise son effet ou à des situations qu'elle ne régit pas. Une réserve d'interprétation peut en effet ne valoir que pour les actes accomplis postérieurement à la publication de la décision du Conseil constitutionnel de sorte que la disposition législative concernée aura fait l'objet d'une application inconstitutionnelle antérieurement* »⁸¹. Dès lors, il s'agit non seulement d'une limite, mais également d'une lacune à part entière.

Autre limite qui trouve son fondement dans la jurisprudence du Conseil, le Conseil d'État ne peut engager la responsabilité de l'État si le Conseil constitutionnel refuse de se prononcer sur une disposition législative, car par conséquent le Conseil ne peut déclarer la disposition contraire à la Constitution. C'est le cas par exemple des lois référendaires où le

⁸⁰ CE, 12 février 1960, *Société Eky*, req. n°46922.

⁸¹ ROBLOT-TROIZIER (A.), *Op. Cit.*, pp. 149 à 156.

Conseil ne s'estime pas compétent et de ce fait ne déclare ni conformité ni annulation⁸². Dans ce cas de figure, le Conseil d'État est directement limité dans son action par la jurisprudence du Conseil constitutionnel, jurisprudence qui a par ailleurs fait l'objet de critiques par la doctrine, bien que celle-ci ne soit pas pour autant catégorique à ce sujet⁸³.

Enfin, la dernière limite majeure à ce nouveau régime de responsabilité de l'État-législateur est quant à lui moins juridique. Il s'agit de se placer au niveau du justiciable qui, pour espérer obtenir réparation, doit non seulement formuler une requête devant le juge du fond, poser une Question Prioritaire de Constitutionnalité qui ne s'arrête au niveau du filtrage et enfin démontrer un lien de causalité entre le préjudice subi et l'inconstitutionnalité. En dehors des incertitudes procédurales qui pèsent alors sur lui, combien d'individus sont capables aujourd'hui en France d'assumer une telle procédure ? Manon Roy tire le même constat lorsqu'elle indique que « *Finalement, le régime consacré a été pensé pour des justiciables aguerris (...), l'accumulation des difficultés procédurales et matérielles conduit à se demander si, au contraire, le juge n'a pas accepté la reconnaissance de cette nouvelle voie d'engagement de la responsabilité de l'État seulement dans la mesure où le risque de condamnation de l'État reste très faible* »⁸⁴.

En d'autres termes, cette nouvelle jurisprudence, si elle a une portée symbolique indéniablement forte, cela reste plus théorique que pratique au regard de la complexité de sa mise en œuvre. Pourtant, Théo Ducharme écrivait avant l'arrêt du Conseil d'État que « *La banalisation des actes adoptés par le Parlement justifie pleinement de l'indemnisation des atteintes subies par les justiciables* »⁸⁵, ce qui démontre le caractère nécessaire de la reconnaissance effective d'une responsabilité de l'État du fait des lois inconstitutionnelles. De plus, il s'agit de souligner que cette nouveauté est le fruit d'une construction jurisprudentielle majoritairement administrative et non constitutionnelle. Formulé autrement, c'est le juge administratif qui a permis cette avancée et non le Conseil constitutionnel. Pire, lors de l'élaboration de cette jurisprudence, le juge administratif s'est directement confronté aux

⁸² Décision n°62-20 DC du 6 novembre 1962, *Loi relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel direct, adoptée par le référendum du 28 octobre 1962* et Décision n°92-313 du 23 septembre 1992, *Loi autorisant la ratification du traité sur l'Union Européenne*.

⁸³ A ce sujet, voir notamment FATIN-ROUGE STEFANINI (M.), *Le contrôle du référendum par la justice constitutionnelle*, Presse Universitaire d'Aix-Marseille, 2004, p. 384 ; DOKHAN (D.), *Les limites du contrôle de la constitutionnalité des actes législatifs*, LGDJ, Bibliothèque Constitutionnelle et de Science Politique, 2005, p. 580 ; ou encore ROCHE (J.-B.), « Le contrôle juridictionnel du référendum en France (Partie I et II) », *Revue juridique de l'Ouest*, 2012-1 et 2012-2, pp. 47 à 99 et pp. 183 à 227.

⁸⁴ ROY (M.), *Op. Cit.*, pp. e1 à e24.

⁸⁵ DUCHARME (T.), *La responsabilité de l'État du fait des lois déclarées contraires à la Constitution*, LGDJ, Bibliothèque Constitutionnelle et de Science Politique, 2019, p. 467.

craintes du Conseil constitutionnel. Ainsi, si ce cas n'est pas aussi révélateur que l'étude du contrôle de proportionnalité ou de l'injonction dans la jurisprudence du Conseil, il n'en demeure pas moins que cela témoigne d'une certaine retenue dans une construction jurisprudentielle du Conseil.

*

Tous ces exemples témoignent d'une volonté de la part du Conseil constitutionnel de faire progresser sa jurisprudence, aussi bien en s'appuyant sur le Conseil d'État pour reconnaître une responsabilité de l'État du fait des lois irrégulières, que dans l'utilisation du test de proportionnalité. Pourtant, en parallèle de cette volonté, le Conseil souffre des limites qu'il impose à sa propre jurisprudence, aussi bien à travers ces deux exemples que dans son refus d'enjoindre au législateur. Cette limitation est le fruit d'un *self restraint* qui semble le dépasser au regard de la prise d'importance du Conseil constitutionnel au sein des institutions de la République, mais aussi vis-à-vis de la notion même de l'État de droit qu'aspire à être la France. *De facto*, si pour être une véritable juridiction constitutionnelle, le Conseil doit se laver des tâtonnements présents dans sa jurisprudence, pour être un État de droit une nation doit se doter d'une véritable juridiction constitutionnelle.

Chapitre 2 – Les limites du *self restraint* à la lumière des nouveaux enjeux de l’État de droit

Cette doctrine du *self restraint*, présente dans la jurisprudence constitutionnelle française depuis 1975, et qui prend souvent la forme d’un considérant au sein duquel le Conseil affirme ne pas posséder le même pouvoir d’appréciation que le législateur, est donc devenu un outil de justification des hésitations du Conseil. Si un tel considérant à parfois lieu à s’appliquer, son omniprésence pour expliquer les lacunes persistantes d’un Conseil constitutionnel hésitant ne peut plus prendre autant de place dans la jurisprudence constitutionnelle. De fait, le Conseil est amené à se prononcer sur les nouveaux enjeux qui constituent aujourd’hui l’État de droit. Or, lorsqu’il est par exemple question de l’urgence climatique, la doctrine publiciste n’accepte plus une telle retenue du Conseil (*Section 1*). Afin de surmonter cette incompétence, il ne s’agit pas seulement de passer outre cette limitation que le Conseil s’impose, il faudra peut-être remettre en question l’incompétence du Conseil constitutionnel en matière du contrôle de conventionnalité des lois, deuxième facette du *self restraint* (*Section 2*). Enfin, si ces deux cas illustrent parfaitement cette nécessité, la réflexion peut en réalité être prise d’un point de vue plus global pour démontrer que cette limitation du Conseil n’est plus en phase avec la protection des droits et libertés fondamentaux dont le Conseil souhaite être le garant (*Section 3*).

Section 1 – La question environnementale confrontée à la retenue et l’approche abstraite du Conseil

Le choix de la question environnementale comme outil de démonstration de l’omniprésence du *self restraint* dans la jurisprudence constitutionnelle française peut ici surprendre tant le Conseil semble afficher une volonté plus évidente que dans tout autres thèmes d’aller de l’avant par une jurisprudence constructive. C’est précisément pour cela que cette question est un parfait exemple de cette retenue du Conseil, car même si le Conseil dispose d’un texte à valeur constitutionnel pour fonder son contrôle en la matière, ce qui est unique en Europe (§1), celui-ci semble tout de même hésitant dans l’élaboration de sa jurisprudence constructive rappelant régulièrement le texte et ses limites (§2).

§1 – La charte de l’environnement, fondement textuel unique en son genre...

En matière d’urgence climatique, le Conseil constitutionnel, qui ne fonde son contrôle et sa compétence que sur des textes, peut s’appuyer sur la Charte de l’environnement, intégrée au bloc de constitutionnalité depuis 2005⁸⁶. Dès lors, le Conseil doit connaître de certaines questions liées à la crise climatique, incarnation d’un nouvel enjeu qui intègre progressivement le contentieux constitutionnel. En ce sens, Christel Cournil constate que « *Les références constitutionnelles – droit constitutionnel environnemental et droits fondamentaux – sont de plus en plus soulevées et parfois retenues par les juges, amorçant ainsi une sorte de « constitutionnalisation du procès climatique »* »⁸⁷. Ainsi, si cette problématique est relativement récente, elle est amenée à prendre une place de plus en plus importante dans le contentieux constitutionnel. Or, l’urgence climatique a fait l’objet d’une prise de conscience de l’opinion publique extrêmement rapide. En effet, près de 18 ans séparent la constitutionnalisation de cette Charte de l’environnement de la présente étude, ce qui est peu à l’échelle des Constitutions. Pourtant, celle-ci interroge déjà quant à sa potentielle obsolescence. En effet, « *au regard de l’accélération de la prise de conscience climatique et surtout de l’urgence climatique, l’absence de référence implicite au dérèglement climatique dans ce texte constitutionnel contemporain interroge rétrospectivement* »⁸⁸, car en 2005, les termes employés et les objectifs poursuivis n’étaient pas ceux d’aujourd’hui. Dès lors, Christel Cournil constate également que « *À la lecture des travaux préparatoires de la Charte, on constate que les changements climatiques – leur existence, leurs manifestations, mais surtout les moyens pour y faire face – sont peu soulignés ou n’apparaissent qu’incidemment* »⁸⁹, avant de souligner que « *L’absence de référence directe à la protection du système climatique n’est pas en soi une limite de la Charte. La force de l’interprétation de ce texte constitutionnel aussi riche en devoirs et principes (surtout les obligations prudentielles des articles 3 et 5) est réelle à condition d’avoir des juges réceptifs et dynamiques qui rendent ce texte vivant* »⁹⁰. En d’autres termes, si le Conseil dispose bien d’un texte dont il peut user pour fonder son contrôle en la matière, celui-ci doit être constamment adapté par sa jurisprudence afin que la charte de l’environnement puisse trouver toute son efficacité. Or, c’est précisément cette nécessaire jurisprudence constitutionnelle qui

⁸⁶ Loi constitutionnelle n°2005-205 du 1^{er} mars 2005 relative à la Charte de l’environnement.

⁸⁷ COURNIL (C.), « Enjeux et limites de la Charte de l’environnement face à l’urgence climatique », *RFDC*, 2020/2, n°122, pp. 345 à 368.

⁸⁸ *Ibid.*

⁸⁹ *Ibid.*

⁹⁰ *Ibid.*

va freiner la constitutionnalisation du contentieux climatique, frein qui est actionné par le Conseil.

Lors de la précédente étude du potentiel pouvoir d'injonction du Conseil envers le législateur, il a été cité une décision de 2021 qui portait justement sur le contrôle d'une loi abordant la question de l'urgence climatique et proposant une série de solutions à cet égard⁹¹. En commentant cette décision, Michel Verpeaux déplore un contrôle relativement pauvre du Conseil qui, en plus de refuser d'enjoindre au législateur, laisse une très grande marge de manœuvre au Parlement en la matière, ce qui implique un contrôle d'autant plus faible⁹². Pourtant, le Conseil a paradoxalement su construire les outils nécessaires à l'exercice d'un contrôle plus approfondi. En témoigne sa vision du droit à un environnement sain confirmé comme un droit et liberté à valeur constitutionnelle donc invocable lors de son contrôle *a posteriori*⁹³, et surtout de hisser la protection de l'environnement au rang des objectifs à valeur constitutionnelle⁹⁴. Cette dernière consécration est fondamentale en ce que Florian Savonitto constate que « *Tel un aimant, il a vocation à terme à attirer à lui tous les objectifs d'intérêt général qui lui sont connexes* »⁹⁵. Il poursuit ensuite en prenant pour exemple les objectifs de réduction de la consommation énergétique des bâtiments résidentiels⁹⁶, de lutte contre la pollution atmosphérique⁹⁷, et surtout de lutte contre le réchauffement climatique⁹⁸, tous découlant de la Charte de l'environnement aux yeux du Conseil. Ce dernier exemple est particulièrement révélateur de la capacité du Conseil à surmonter les « imperfections » de la Charte de l'environnement sur laquelle il se fonde, en ce que l'absence de la notion de la lutte contre le réchauffement climatique était la critique principale dont souffrait la Charte. Or, le Conseil a su surmonter cet obstacle afin de mettre sa jurisprudence au goût du jour tout en se fondant sur la Charte, alors d'où viennent les lacunes du Conseil en matière de contentieux climatique ?

Elles prennent deux formes bien distinctes. La première d'entre elles reste que malgré ces interprétations extensives du Conseil constitutionnel, celui-ci refuse toujours de consacrer

⁹¹ Loi n°2021-1104 du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets.

⁹² VERPEAUX (M.), « La lutte contre le dérèglement climatique devant le juge constitutionnel : Les espoirs déçus », *AJDA*, 2021, n°43, pp. 2526 à 2532.

⁹³ Décision n°2011-116 QPC du 8 avril 2011, *M. Michel Z.*, Cons. 5.

⁹⁴ Décision n°2019-823 QPC du 31 janvier 2020, *Union des industries de la protection des plantes*, Cons. 4.

⁹⁵ SAVONITTO (F.), « Le Conseil constitutionnel et le contentieux climatique », *AJDA*, 2022, n°3, pp. 152 à 159.

⁹⁶ Décision n°2015-718 DC du 13 août 2015, *Loi relative à la transition énergétique pour la croissance verte*, Cons. 19.

⁹⁷ Décision n°2013-317 QPC du 24 mai 2013, *Syndicat français de l'industrie cimetière*, Cons. 5 à 7.

⁹⁸ Décision n°2009-599 DC du 29 décembre 2009, *Loi de finances pour 2010*, Cons. 81.

des obligations à valeur constitutionnelle afin de contraindre le législateur. De plus, Florian Savonitto constate que le Conseil « *n'a pas initié un mouvement jurisprudentiel de « climatisation » (...) des droits et libertés constitutionnels, qu'ils soient issus de la Charte où d'ailleurs* »⁹⁹. Ces deux éléments permettent de conclure à une interprétation *a minima* de la part du Conseil en matière de lutte contre le réchauffement climatique. Il y a tout de même interprétation par le Conseil, ce qui a le mérite de créer un contentieux constitutionnel climatique en France. Mais celui-ci reste relativement éloigné de la vision souhaitée par Christel Cournil qui plaidait à raison pour que le Conseil se saisisse plus en profondeur à la fois de la Charte de l'environnement, mais aussi des notions qui découlent de l'objectif de lutte contre le changement climatique. Or, malgré quelques efforts, certes louables, la jurisprudence du Conseil ne s'est pas mise au niveau de ces exigences. Mais en dehors de cette interprétation *a minima*, c'est véritablement dans l'exercice de son contrôle que le Conseil fait preuve d'un *self restraint* excessif, ce qui constitue la deuxième forme de limitation.

§2 - ...Entaché d'un *self restraint* freinant le développement de la jurisprudence constitutionnelle en matière environnementale

Ce contrôle est limité de trois façons. Tout d'abord, le Conseil laisse une liberté quasi-absolue au législateur dans la poursuite de cet objectif, en témoigne notamment l'absence de consécration d'obligations pesant sur lui, ce qui a le mérite d'être cohérent avec l'impossible injonction au législateur. La question devient alors : est-ce que le Conseil censurera un jour un texte législatif au motif que celui-ci ne contribue pas suffisamment à l'objectif de lutte contre le réchauffement climatique ? Si le Conseil a récemment démontré que oui¹⁰⁰, cela reste difficile d'imaginer une systématisation de ce genre de décision en l'état actuel. Cette première limitation est également constaté par Florian Savonitto qui, en partant du principe de conciliation et de sa mise en œuvre, avance que « *le législateur se voit alors accorder une grande liberté à un point tel que les sénateurs tenaient fermement à un renvoi au développement durable prôné par la Charte dans le cadre de la révision constitutionnelle de l'article 1^{er} de la*

⁹⁹ SAVONITTO (F.), *op. cit.*, pp. 152 à 159.

¹⁰⁰ Décision n°2021-971 QPC du 18 février 2022, *France nature environnement*. A noter par ailleurs que, si cette décision conclut à la non-conformité des dispositions législatives vis-à-vis de la lecture combinée des articles 1 et 3 de la Charte de l'environnement, il s'agit d'une abrogation de date à date, ce qui diminue drastiquement la valeur symbolique de cette décision. Seulement, cela demeure une avancée indéniable, démontrant une prise de conscience nécessaire qui tarde à véritablement s'imposer. Pour approfondir, voir notamment CARTIER (E.), « Un grand pas en avant pour la protection de l'environnement : décision n°2021-971 QPC du 18 février 2022, France nature environnement [Prolongation de plein droit de certaines concessions minières] », *Titre VII*, octobre 2022, n°9.

Constitution »¹⁰¹, ce qui est particulièrement révélateur de la retenue dans la jurisprudence du Conseil. Ensuite, le deuxième visage du *self restraint* dans le contrôle du Conseil se retrouve dans le degré de contrôle. En effet, le Conseil se refuse à employer un contrôle maximal. C'est ce que démontre Florian Savonitto qui analyse que « *Contrairement à la liberté d'expression et de communication, considérée comme une condition de la démocratie ou de l'exercice des autres droits et libertés, les atteintes qui sont portées au droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé ne doivent pas passer l'épreuve du triple test de nécessité, d'adaptation et de proportionnalité à l'objectif poursuivi. Pour l'heure, le Conseil constitutionnel ne conçoit pas la préservation de l'environnement comme une condition d'exercice des droits et libertés* »¹⁰². Ainsi, le Conseil démontre qu'il nage à contre-courant, la lecture de ses décisions en la matière témoignant presque d'une forme d'indifférence au-delà de l'hésitation. Enfin, troisième et dernier visage du contrôle *a minima*, le Conseil ne tient pas compte de l'étude des parlementaires des données scientifiques, ce qui témoigne encore d'une approche minimaliste de son contrôle lorsqu'il est question de réchauffement climatique.

Ce constat est d'autant plus frustrant que le Conseil communique régulièrement sur la question, annonçant un contrôle toujours plus approfondi et une approche la plus sérieuse possible de ces problématiques¹⁰³. Si certains auteurs ont pu avancer que ces contradictions du Conseil pouvaient uniquement se surmonter via des réformes externes au Conseil, il n'en est rien. En effet, il est possible de faire entrer un objectif de lutte contre le réchauffement climatique dans l'article premier de la Constitution pour faciliter le travail du Conseil. Il a également pu être avancé que le fait que le Conseil se prononce majoritairement dans le cadre de son contrôle a priori pouvait nuire à l'effectivité de son contrôle, tout comme les délais courts au sein desquels son contrôle est restreint nuit à son efficacité. Pourtant, le Conseil lui-même a démontré qu'il était en mesure de rendre une vision plus protectrice de l'environnement, qu'il pouvait utiliser la Charte de l'environnement pour consacrer de nouveaux droits et libertés fondamentaux, de la même façon qu'il est en mesure d'utiliser le test de proportionnalité pour exercer son contrôle. Seulement, le Conseil se borne à rester enfermé dans un *self restraint* presque de confort pour justifier la lenteur des avancées jurisprudentielles. Dès lors, il n'appartient qu'à lui de se saisir véritablement de ces questions pour être à la hauteur de la volonté de la doctrine, et même de sa propre volonté puisque les membres du Conseil

¹⁰¹ SAVONITTO (F.), *op. cit.*, pp. 152 à 159.

¹⁰² *Ibid.*

¹⁰³ A titre d'exemple voir notamment FABIOUS (L.), « Face aux crises et aux grandes mutations, resserrer les liens autour de l'État de droit », Rapport d'étude - Entretien, octobre 2022.

témoignent régulièrement de leur attachement à ces questions au travers de leur président. C'est également la conclusion de Florian Savonitto qui avance que rechercher des excuses externes au Conseil « *Peut s'avérer finalement vain. La consécration de l'OVC de protection de l'environnement en 2020 nous enseigne que le Conseil constitutionnel n'a nul besoin de prétexte pour faire évoluer sa jurisprudence, quitte à ce qu'il expose au grand jour son pouvoir créateur. Finalement, il n'appartient qu'à lui de quitter le milieu du gué pour rejoindre les autres juridictions dans le concert de la justice climatique* »¹⁰⁴.

Il est ici fait référence aux autres juridictions car, d'une part, le juge administratif a su se montrer bien plus audacieux que le Conseil constitutionnel en matière de contentieux climatique, et d'autre part car d'autres juridictions constitutionnelles ont su fournir le travail nécessaire afin de proposer une autre jurisprudence sur les mêmes questions, notamment la Cour constitutionnelle allemande¹⁰⁵, alors même que toutes ces juridictions se sont prononcées sensiblement à la même date. Pour autant, il est vrai que toutes ces juridictions ne sont pas dotées des mêmes outils, celles-ci se fondant notamment sur un contrôle de conventionnalité. Dès lors, il y a lieu de remettre en question l'autre forme de *self restraint* du Conseil constitutionnel, à savoir son incompétence dans le contrôle de conventionnalité des lois.

Section 2 – Vers une remise en question du refus du contrôle de conventionnalité par le Conseil constitutionnel ?

En se fondant sur les critiques développées quant à la jurisprudence constitutionnelle française en matière de lutte contre le réchauffement climatique, un autre constat émerge rapidement : le Conseil est limité par son *self restraint* aussi bien dans le degré de son contrôle que par les normes fondant ce contrôle. Pourtant, le Conseil se refuse constamment le contrôle de conventionnalité des lois depuis maintenant près de cinquante ans¹⁰⁶. En application de cette jurisprudence, cette compétence est donc revenue aux juridictions ordinaires¹⁰⁷. Il ne sera pas

¹⁰⁴ SAVONITTO (F.), *op. cit.*, pp. 152 à 159.

¹⁰⁵ En ce sens, voir notamment RASTOLL (A.), « Une méthode du contentieux constitutionnel climatique en construction ? », *Revue juridique de l'environnement*, 2022/2, n°47, pp. 261 à 264.

¹⁰⁶ Décision n°74-54 du 15 janvier 1975, *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse*, Cons. 7.

¹⁰⁷ Cass. du 24 mai 1975, *Société des cafés Jacques Vabre*, n°73-13.556 et CE du 20 octobre 1989, *Nicolo*, n°108243.

ici question d'étudier la remise en question globale de cette jurisprudence¹⁰⁸, ni de s'intéresser à un potentiel conflit de compétence entre le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel¹⁰⁹, ni même l'entrée en vigueur de la Question Prioritaire de Constitutionnalité et les difficultés que celle-ci a engendrées vis-à-vis de la question préjudicielle à la Cour de Justice de l'Union Européenne¹¹⁰. Il s'agira donc essentiellement de démontrer que cette déclaration d'incompétence a pu avoir un effet indésirable sur la jurisprudence du Conseil en matière de droit de l'environnement.

Pour tirer ce constat, il faut en réalité réaliser une étude des jurisprudences européennes en la matière, sept cours constitutionnelles se sont prononcées sur les questions climatiques en Europe. C'est précisément le champ de l'étude menée par Noëlle Lenoir qui estime que « *La jurisprudence du Conseil constitutionnel trace une voie médiane entre l'approche directive de certaines cours européennes et la volonté affichée des autres de ne pas interférer dans le débat politique en matière climatique* »¹¹¹. Pour ce faire, le Conseil décide alors de rester dans le cadre d'un contrôle strictement juridictionnel en se fondant sur la Charte de l'environnement. Or, cette approche n'est pas celle d'autres juridictions constitutionnelles, deux mouvances se distinguent alors.

La première est notamment celle du Tribunal Fédéral Suisse qui rejette une demande similaire visant à faire respecter les engagements de l'accord de Paris, tribunal qui indiquera par ailleurs que cette cause doit se défendre auprès des institutions politiques¹¹². Cette vision sera également celle de la Cour suprême de Norvège, qui précise simplement que les requérants ne peuvent pas être perçus comme victimes¹¹³, amenant donc un rejet de sa part. Cette problématique liée aux requérants ressort également de l'approche de la Cour suprême irlandaise qui, quant à elle, estime que lesdits requérants ne peuvent pas légitimement

¹⁰⁸ Comme a notamment pu le faire GENEVOIS (B), « Faut-il maintenir la jurisprudence issue de la décision n°74-54 DC du 15 janvier 1975 ? », *CCC*, 1999, n°7.

¹⁰⁹ Pour approfondir voir notamment GAÏA (P.), « Le Conseil constitutionnel, le Conseil d'État et les normes internationales : duel ou duo ? », *RFDC*, 2021/1, n°125, pp. 3 à 96 ; ou encore CHARPY (C.), « Droit constitutionnel et droit communautaire. Le statut constitutionnel du droit communautaire dans la jurisprudence (récente) du Conseil constitutionnel et de Conseil d'État (Contribution pour l'étude des rapports de systèmes constitutionnel et communautaire) », *RFDC*, 2009/4, n°80, pp. 795 à 815.

¹¹⁰ Sur ce point voir : Cour de Justice de l'Union Européenne, 22 juin 2010, *Aziz Melki (C-188/10)* et *Sélim Abdeli (C-189/10)*. Pour approfondir, voir notamment SIMON (D.), « Conventioanlité et constitutionnalité », *Pouvoirs*, 2011/2, n°137, pp. 19 à 31.

¹¹¹ LENOIR (N.), « La décision n°2021-825 DC du 13 août 2021 sur la loi portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience à l'aune du droit constitutionnel européen », *La semaine juridique Édition Générale*, 2021, n°40, pp. 1798 à 1801.

¹¹² Tribunal Fédéral Suisse, aff. n°1C37/2019 du 5 mai 2020, *Aînées pour la protection du climat*.

¹¹³ Cour Suprême de Norvège, aff. n°20-051052 du 22 décembre 2020, *Nature and Youth Norway, GreenPeace Nordic*.

représenter la collectivité¹¹⁴. Ces trois cas démontrent en réalité une volonté des juges de ne pas s’immiscer dans une question qu’ils jugent politique. En ce sens, c’est une forme de *self restraint* qu’il est possible de retrouver dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel français, il est simplement ici poussé à l’extrême. La réflexion derrière ces exemples et la jurisprudence du Conseil constitutionnel est donc similaire et permet au juge de s’écarter d’un débat qu’il estime sensible. Cette approche ne saurait être reconnue comme satisfaisante car si la temporalité des juridictions constitutionnelles dans l’exercice de leur contrôle peut être la même que celle du débat politique, cela ne signifie en aucun cas que ces mêmes juridictions doivent alors s’abstenir d’exercer leur contrôle. En d’autres termes, il n’est pas envisageable de renier un pouvoir de contrôle juridictionnel de ces textes, particulièrement au regard de l’objectif de lutte contre le changement climatique. Ces approches sont d’autant plus critiquables qu’une deuxième voie a été ouverte par d’autres juridictions constitutionnelles européennes.

C’est notamment le cas du Tribunal Constitutionnel d’Allemagne qui, dans le cadre du contrôle d’une loi climat venant appliquer les accords de Paris, estime que le législateur méconnaît les droits des requérants¹¹⁵. Les juges estiment entre autres qu’en raison du jeune âge de ces requérants, certains risquent de connaître des atteintes futures à leurs libertés si les mesures prises aujourd’hui ne sont pas suffisantes. Ainsi, ils enjoignent le législateur allemand à réviser cette loi pour fin 2022 au plus tard. Sans les invoquer explicitement, le tribunal envisage ensuite d’utiliser les articles 2 et 8 de la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l’Homme. Sur ce dernier point, la Cour de Karlsruhe rejoint timidement l’approche envisagée par la Cour suprême des Pays-Bas qui condamne l’État pour son inaction climatique en invoquant un viol des mêmes articles 2 et 8 de la convention, enjoignant alors à l’État de revoir sa politique climatique¹¹⁶. Ces deux approches bien plus contraignantes pour les États se fondent alors sur un pouvoir de contrôle de conventionnalité des lois, précisément ce que le Conseil s’interdit dans sa jurisprudence en date de 1975. La décision du Tribunal Constitutionnel d’Allemagne a particulièrement été saluée par une partie de la doctrine, y voyant alors les prémices d’une jurisprudence constitutionnelle européenne pour le climat à suivre. Ainsi, Amélie Rastoll avance au sujet de cette jurisprudence que « *Ce contrôle en demi-teinte enjoignant la prise par le Parlement de mesures pour la période après 2030 avant le 31*

¹¹⁴ Cour Suprême d’Irlande, aff. n°205-19 du 31 juillet 2020, *Friends of the Irish Environment*.

¹¹⁵ Tribunal Constitutionnel d’Allemagne, aff. n°1BvR2656/18 du 24 mars 2021, *Klimaschutzgesetz c/ loi relative à la protection du climat*.

¹¹⁶ Cour Suprême des Pays-Bas, aff. n°19/00135 du 13 janvier 2020, *Urgenda*.

décembre 2022 se montre finalement extrêmement encourageant. En effet, dès le 12 mai 2021, un projet d'avenant visant la neutralité carbone en 2045 avec une diminution de 65 % des émissions dès 2030 a été proposé. De plus, il s'accompagnait de nouveaux financements et de mesures sectorielles. Ainsi, même sans censure, la nécessité d'agir dès maintenant a été concrétisée dans cet avenant entré en vigueur le 31 août 2021. Cette décision a donc participé à l'élaboration d'un contentieux climatique structuré offrant des perspectives prometteuses puisqu'il permet un durcissement du contrôle proportionnel à l'urgence climatique¹¹⁷. Autrement dit, cette approche du contentieux climatique tel que prôné par la cour de Karlsruhe, mais aussi par la Cour suprême des Pays-Bas, permet de concrétiser un nouvel enjeu de l'État de droit et d'en imposer le respect au législateur. Cependant, cette vision a également pu être perçue comme inutile dans le cas particulier du contentieux constitutionnel climatique français, en ce que le Conseil est la seule juridiction parmi ces cas à pouvoir fonder son contrôle sur un texte à valeur constitutionnelle spécialement dédié au droit de l'environnement. Pourtant, cette critique est infondée à bien des égards.

En effet, l'analyse de la jurisprudence du Conseil développée précédemment démontre que si le Conseil fait preuve de retenue en matière de droit de l'environnement, c'est en partie dû au fait que cette Charte de l'environnement est quelque peu dépassée par les nouveaux enjeux de lutte contre le réchauffement climatique. Dès lors, le Conseil gagnerait à ajouter à son contrôle les articles de la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme, sans pour autant abandonner la Charte de l'environnement, profitant alors de deux textes aux valeurs différentes certes mais supérieurs aux lois dans les deux cas. Ensuite, le Conseil a eu l'occasion de préciser qu'il appréhendait la notion de protection de l'environnement et ses corollaires de manière universelle¹¹⁸. Or la Charte de l'environnement n'est aujourd'hui applicable qu'en France, ce qui n'est pas le cas des articles 2 et 8 précités. Certes, ceux-ci ne sont pas non plus applicables de manière universelle, mais ils permettent d'envisager une vision européenne de la protection de l'environnement, ce qui correspond davantage à la vision que prône le Conseil lui-même. En se fermant à toute utilisation de ces articles, le Conseil contredit alors sa propre jurisprudence, ne cherchant pas nécessairement à l'appliquer. C'est également l'avis de Noëlle Lenoir qui souligne que « *Si, comme l'a jugé le Conseil constitutionnel, la protection de l'environnement doit être appréhendée de manière universelle (...), la logique voudrait que les jurisprudences soient harmonisées, ne serait-ce que sur le continent européen.*

¹¹⁷ RASTOLL (A.), *op. cit.*, pp. 261 à 264.

¹¹⁸ Décision n°2019-823 QPC du 31 janvier 2020, *Union des industries de la protection des plantes*, Cons. 6.

C'est bien ce que tentent d'obtenir les ONG requérantes à travers le monde (étant d'ailleurs souvent les mêmes d'un contentieux à l'autre) en présentant les mêmes arguments constitutionnels »¹¹⁹. Preuve que cette volonté semble nécessaire, le Conseil lui-même paraît répondre à cette demande par une décision de 2022 en postulant que « *les choix destinés à répondre aux besoins du présent ne doivent pas compromettre la capacité des générations futures à satisfaire leurs propres besoins* »¹²⁰, considérant dans lequel il est possible de voir certaines similarités avec la jurisprudence constitutionnelle allemande détaillée précédemment, bien que cela ne reste qu'un début.

Afin d'envisager cette harmonisation, Noëlle Lenoir en appelle à une décision de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, ce qui paraît en effet nécessaire. En revanche, cela risque de ne pas régler l'obstacle selon lequel le Conseil ne peut exercer un tel contrôle de conventionnalité. Dès lors, il apparaît que le seul remède en la matière doit venir du Conseil lui-même qui est en mesure de revenir sur sa jurisprudence et, plus précisément, sur sa politique de *self restraint*. La question est alors celle de la portée de cette remise en question. Le Conseil doit-il remettre l'entièreté de cette jurisprudence ou simplement formuler une exception en matière de lutte contre le réchauffement climatique au titre de l'approche universelle de la question ? Les arguments développés précédemment invitent à répondre qu'il faudrait *a minima* une remise en question en droit de l'environnement. Dès lors, il devient légitime d'interroger une telle remise en question lorsque le Conseil constitutionnel aborde plus généralement la question des droits et libertés fondamentaux.

Section 3 – Le self restraint et ses conséquences : une protection affaiblie des droits et libertés fondamentaux

Il est indéniable que le contentieux constitutionnel a évolué depuis 1958. Mais au-delà d'une simple évolution de la jurisprudence constitutionnelle, il apparaît que ce contentieux a changé de dimension, le Conseil devenant de fait un garant des droits et libertés fondamentaux. En effet, c'était le sens de l'argumentation de Jacques Chevallier lorsque celui-ci affirmait que « *La hiérarchie des normes n'est plus conçue simple police interne de l'ordre juridique, mais*

¹¹⁹ LENOIR (N.), *op. cit.*, pp. 1798 à 1801.

¹²⁰ Décision n°2022-843 DC du 12 août 2022, *Loi portant mesures d'urgence pour la protection du pouvoir d'achat*, Cons. 12.

comme un moyen de protection des droits fondamentaux »¹²¹. Ce changement de paradigme a notamment amené plusieurs réflexions sur la notion même de droits et libertés fondamentaux¹²². Dès lors, il convient d'interroger la suffisance du contrôle exercé par le Conseil en la matière à la lumière de ces évolutions au regard des limites que le Conseil semble lui-même s'infliger par cette politique de *self restraint*. En d'autres termes, les conséquences de ce *self restraint* sont-elles excessives où un simple dommage collatéral qui se justifie par une nécessaire retenue du Conseil constitutionnel ?

En réalité, le *self restraint* porte atteinte à l'exercice d'un contrôle approfondi de sa part, ce qui paraît donc intolérable au vu de l'importance de cette nouvelle mission. D'autant que « *L'État de droit est parallèlement mis à l'épreuve par les diverses « crises » qui régissent notre quotidien depuis plusieurs années. De la crise économique à la crise sanitaire en passant par la menace terroriste, force est de constater que la question de la sauvegarde de l'État de droit se pose, à chaque fois, en des termes substantiellement identiques. Cette question est d'autant plus cruciale que la récurrence de ces crises conduit à la résurgence des états d'urgence et d'exception* »¹²³. À ces crises, il est donc possible de rajouter celle climatique, accentuant encore l'importance d'un contrôle effectif. Comme détaillé précédemment lors de l'examen du test de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil, celui-ci effectue bien ce contrôle, mais à un degré qui n'est plus aujourd'hui satisfaisant, son refus d'enjoindre au législateur étant un parfait exemple d'une retenue déplacée. Dès lors, cet apport moderne de l'État de droit ne doit pas être diminué par le Conseil dans une logique conciliatrice avec le législateur, particulièrement dans une période de défis qui prend l'image de crises successives. Ainsi, le Conseil se doit d'adopter une nouvelle approche de ce contentieux, notamment en s'inspirant des autres juridictions constitutionnelles européennes, tout en remettant en question sa doctrine constante de *self restraint*, pour aborder à la fois la question du degré de son contrôle, mais également le cas de la conventionnalité, notamment au regard de la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme.

Dans un premier temps, il est indéniable que ces deux juridictions ne peuvent s'ignorer lorsqu'elles sont saisies de questions similaires, ce qui arrive fréquemment au regard des droits

¹²¹ CHEVALLIER (J.), *L'État de droit*, LGDJ, 6^{ème} édition, 2017, p. 66.

¹²² En ce sens, voir notamment CHARITÉ (M.), « Des « droits fondamentaux » aux « droits essentiels », proposition pour une évolution conceptuelle », AFDC – Congrès de Toulon 2023, Atelier 5, *Garanties juridictionnelles des droits et libertés fondamentaux* ; ou encore DEROSIER (J.-P.), « Enquête sur la limite constitutionnelle : du concept à la notion », *RFDC*, 2008/4, n°76, pp. 785 à 795.

¹²³ KRENC (F.), « L'État de droit : une exigence à clarifier, un édifice à préserver », *Revue trimestrielle des droits de l'Homme*, 2021/4, n°128, pp. 775 à 790.

protégés par le bloc de constitutionnalité et la Convention européenne de Sauvegarde des droits de l'Homme. Tel est également l'analyse de Laurence Burgorgue-Larsen qui avance que « *Les interactions entre les juridictions constitutionnelles et la Cour européenne sont caractéristiques de cet état de fait : les juges de deux rives de l'espace européen doivent en permanence rechercher un point d'équilibre, tant dans le cadre de leurs relations procédurales que dans leur manière d'interpréter leurs catalogues respectifs de droits* »¹²⁴. Dès lors, elle souligne que la Cour européenne agit dans cette optique comme un véritable soutien des cours constitutionnelles européennes, aussi bien au contentieux que dans sa fonction consultative. Mais l'inverse est également vrai, en ce que « *Les gardiens des Constitutions sont devenus les ambassadeurs de la Convention au sein des ordres juridiques nationaux. En effet, dans la grande majorité des cas, les cours constitutionnelles se sont transformées, à la longue, et sans doute contre toute attente, en agents de la concorde interprétative avec la Cour européenne* »¹²⁵. Seulement, pour une juridiction comme le Conseil constitutionnel, cela passe par un contrôle qui se fonde non pas sur cette Convention, mais bien sur le bloc de constitutionnalité. Dès lors, les jurisprudences des deux juridictions se recoupent largement, ce qui est à n'en pas douter bénéfique, mais relativement « mensonger », le Conseil laissant entendre qu'il ne se permet pas d'étudier la protection des droits fondamentaux à la lumière de ladite Convention, ce qui est donc faux. Cette approche de la question est absolument nécessaire, les deux institutions se prononçant sur les mêmes questions dans le même but, à savoir la sauvegarde des droits et libertés fondamentaux. Seulement, afin d'assurer une plus grande harmonisation et de faciliter le travail des juridictions dans leur dialogue européen, il s'agirait de fonder le contrôle du Conseil sur la Convention en plus du bloc de constitutionnalité. D'autant que cela permet de prévenir d'une autre menace que déplore Laurence Burgorgue-Larsen que sont « *Des phases d'extrêmes tensions (...). Surtout à une époque où le « discours sur les droits » n'enchant plus ; où la souveraineté reprend de sa superbe ; où l'autoritarisme resurgit ; où certaines Cours constitutionnelles de pays de l'Est sont sous la coupe du pouvoir exécutif* »¹²⁶.

Ainsi, il s'agit d'harmoniser les jurisprudences de ces juridictions *a minima* pour garantir une meilleure protection des droits et libertés des individus et donc de l'État de droit.

¹²⁴ BURGORGUE-LARSEN (L.), « Les relations entre les cours constitutionnelles européennes et la Cour européenne des droits de l'homme – La dialectique de la complexité », In AFROUKH (M.) et BONNET (J.) (Dir.), *Le Conseil constitutionnel et la Cour européenne des droits de l'homme : vers un nouvel équilibre ?*, Droit & Justice, 2021, n°121, p. 53.

¹²⁵ *Ibid.* p. 65.

¹²⁶ *Ibid.* p. 89.

Pour ce faire, il est préférable que le Conseil abandonne sa jurisprudence de 1975, les jurisprudences n'étant pour l'heure pas encore harmonisées, tout du moins pas suffisamment. En effet, Pascale Deumier avance que si les deux juridictions s'accordent sur la nécessité de contrôler une règle, affirmation à nuancer au regard de l'étude du contentieux climatique, elles ne s'alignent pas autant lorsqu'il est question du fond de ce contrôle. Dès lors, « *La différence de culture de nos juridictions nous semble jouer de façon très nette et peut se vérifier sous trois angles. Selon que la règle jurisprudentielle est appréhendée par le Conseil ou la Cour, elle s'inscrira dans une approche plus formelle ou plus matérielle des règles ; elle sera identifiée de façon abstraite ou concrète ; elle sera soumise aux exigences communes ou à des exigences spécifiques* »¹²⁷. Dès lors, s'il est impossible d'envisager un changement de la nature du contrôle du Conseil sans intervention du constituant, éliminant les deux premières possibilités, reste que le Conseil et la Cour peuvent, pour harmoniser leur jurisprudence, chercher à répondre à des exigences communes. Or, cette approche était celle prônée par le Conseil en matière climatique, sans se retrouver lors de l'application effective de son contrôle. Il s'agirait de remédier à cette incohérence, les droits et libertés répondant à des exigences communes étant appelés à se multiplier avec le temps, à l'image de la question climatique, mais également à titre d'exemple en matière de nouvelles technologies de l'information.

En effet, les questions liées au respect de la vie privée informationnelle en ligne, autrement dit le cas des données personnelles sur internet, font l'objet d'une approche à la fois de la Cour européenne et du Conseil constitutionnel. Or, il est inenvisageable que ces deux approches divergent, en ce que cela pourrait créer un conflit entre la norme constitutionnelle et conventionnelle qui ne bénéficierait pas aux citoyens. Cette question représentant un contentieux amené à prendre de plus en plus d'ampleur, c'est dès maintenant que les cours doivent harmoniser leur jurisprudence afin de dégager un cadre protecteur le plus clair possible, sans compter qu'en plus du Conseil et de la Cour européenne, la Cour de Justice de l'Union Européenne peut être amenée à se prononcer également sur ce point. Or, il semble que ce contentieux, quand bien même certaines cours constitutionnelles européennes tendent à faire cet effort, ne soit pas harmonisé en droit français¹²⁸.

¹²⁷ DEUMIER (P.), « Le Conseil constitutionnel, la Cour européenne des droits de l'homme et la source jurisprudentielle », In AFROUKH (M.) et BONNET (J.) (Dir.), *op. cit.*, p. 122.

¹²⁸ Sur ce point voir conjointement BACHERT-PERETTI (A.), « la protection des données personnelles et le Conseil constitutionnel : une protection constitutionnelle de la vie privée informationnelle en contexte numérique » et PEYROU-BARTOLL (S.), « la protection des données personnelles : le point de vue du droit européen des droits de l'homme », In AFROUKH (M.) et BONNET (J.), *op. cit.*, pp. 155 à 188.

À la lumière de cette démonstration, il apparaît important d’instaurer *a minima* ce que Shirley Leturcq appelle des « standards » de contrôle européen, les jugeant « *Nécessaires à l’unification matérielle des droits fondamentaux. Sans doute, standards et droits fondamentaux sont liés dans une relation complexe par essence conflictuelle et conjoncturelle. Tantôt apparemment stables et durables, ils définissent des titres de limitation des droits fondamentaux admis par le juge au bénéfice de l’intérêt public* »¹²⁹. Pour autant, il est également souligné que de tels standards permettent à chaque juridiction de conserver sa propre marge de manœuvre, il est simplement question de légèrement restreindre celle-ci afin d’assurer une harmonisation des jurisprudences. Cela permet aussi de conserver une adaptabilité nécessaire à ces droits en ce que « *La pluralité des droits fondamentaux et l’absence de hiérarchie formellement déterminée ont pour conséquence qu’il ne peut exister une science de leur composition, mais seulement une prudence de leur mise en balance en considération des standards en vigueur dans la société française et européenne* »¹³⁰.

Cette approche permet également d’améliorer un aspect plus informel du contrôle de constitutionnalité, celui du dialogue des juges constitutionnels européens. Car si lors de l’étude du cas du contentieux climatique cette nécessité a été démontrée, un tel dialogue renforcé permet également de légitimer le discours des différentes cours constitutionnelles européennes. C’est le sens de l’argumentation d’Antoine Ploux qui avance que « *Les cours constitutionnelles doivent rechercher pratiquement à construire un discours qui soit acceptable. Pour cela, les cours doivent s’inspirer des exigences pratiques en la matière et doivent faire en sorte que leur discours soit adapté* »¹³¹, avant de démontrer que le dialogue des cours constitutionnelles est un des éléments centraux permettant cette adaptabilité de leurs discours, et donc de celui du Conseil constitutionnel.

Ainsi, il semble que la politique de self restraint du Conseil entre en conflit avec ces nouveaux enjeux, sans doute jusqu’à rendre le bon exercice de la mission du Conseil impossible. Or, Léa Boinnard constate que le fruit de cette politique du Conseil n’est autre que la déférence lorsque « *les juridictions constitutionnelles choisissent parfois d’exercer un contrôle particulièrement limité afin de ne pas empiéter sur les compétences des autres*

¹²⁹ LETURCQ (S.), *Standards et droits fondamentaux devant le Conseil constitutionnel français et la Cour européenne des droits de l’homme*, Bibliothèque Constitutionnelle et de Science Politique, 2005, n°125, p. 335.

¹³⁰ *Ibid.* p. 338.

¹³¹ PLOUX (A.), « La légitimité du discours de motivation des cours constitutionnelles européennes : entre influence et contrôle démocratique », AFDC – Congrès de Toulon 2023, Atelier 5, *Garanties juridictionnelles des droits et libertés fondamentaux*.

branches du pouvoir »¹³². Si elle poursuit ensuite son argumentation en démontrant que cette déférence est parfois nécessaire et sera toujours présente dans la jurisprudence du Conseil, elle souligne que celle-ci dans le cas français actuel est un danger en ce que « *L'absence de cadre clair dans l'usage de la déférence par les juridictions constitutionnelles engendre le risque d'une variation du contrôle en fonction de considérations distinctes des justifications démocratiques* »¹³³. Ainsi, il apparaît évident que la politique du *self restraint* appliqué par le Conseil est excessive et paradoxale au regard des enjeux en question. Retenue qui a pu être jugée « bienveillante » par Olivier Dord, y voyant dans le cadre de la Question Prioritaire de Constitutionnalité la garantie de « *la pérennité de notre démocratie constitutionnelle sur laquelle chacun doit (bien) veiller* »¹³⁴.

Dès lors, il est possible de tirer une première conclusion à l'issue de cette première partie d'étude relative au degré de contrôle du Conseil constitutionnel, ses limites et les moyens pour surmonter ces mêmes limites.

¹³² BOINNARD (L.), « La notion de déférence des juridictions constitutionnelles envers les branches politiques du pouvoir : approche comparée », AFDC – Congrès de Toulon 2023, Atelier 5, *Garanties juridictionnelles des droits et libertés fondamentaux*.

¹³³ *Ibid.*

¹³⁴ DORD (O.), « La QPC et le Parlement : une bienveillance réciproque », *NCCC*, n°38, (Dossier : Le Conseil constitutionnel et le Parlement), janvier 2013.

Conclusion de la première partie

En définitive, il est indéniable que le Conseil a parcouru un long chemin depuis 1958, affirmant sa compétence et son contrôle au fil des années. Cela se matérialise par les trois grandes avancées majeures que le Conseil a connues depuis, à savoir l'élargissement du bloc de constitutionnalité en 1971, l'ouverture de la saisine en 1974, et enfin la création d'un contrôle *a posteriori* en 2008. Ainsi, le Conseil a pu enrichir sa jurisprudence par de grandes décisions, introduisant le contrôle de proportionnalité, acceptant avec le Conseil d'État d'engager la responsabilité de l'État-législateur du fait des lois irrégulières et envisageant même la question d'enjoindre au même législateur, mesure si symbolique et puissante que même ce refus du Conseil en dit long sur le chemin parcouru.

Pourtant, le Conseil fait toujours preuve d'une retenue évidente qui se retrouve dans sa jurisprudence. Que ce soit à la lumière de la lutte constitutionnelle contre le réchauffement climatique, ou de manière plus générale dans le cadre de la protection des droits et libertés fondamentaux, cette retenue prend la forme d'un ralentissement, d'un frein, dans le progrès de la jurisprudence constitutionnelle française. Cela se concrétise par un usage arbitraire et restraint du test de proportionnalité, une responsabilité de l'État très difficilement engageable et donc, un refus d'enjoindre au législateur. Tout cela a deux grandes conséquences négatives à deux échelles. Sur le plan national, cela porte atteinte à l'État de droit dans son rôle protecteur des droits et libertés fondamentaux, et sur le plan européen, cela va à l'encontre de l'harmonisation des jurisprudences constitutionnelles et conventionnelles, pourtant nécessaire pour de nouvelles catégories de droits universels. S'il est vrai que « *Le simple fait d'oser se poser la question d'une telle généralisation permettrait de mesurer tout le chemin parcouru depuis la fin des années 1980 et serait révélateur d'une évolution résolument positive des juges allant au soutien d'une protection toujours plus effective des droits de l'homme* »¹³⁵, ce n'est pas pour autant qu'il faut couper court à toute évolution de la jurisprudence constitutionnelle.

Or, le Conseil constitutionnel ne semble toujours pas enclin à franchir ce pas, contrairement à d'autres juridictions européennes, marquant un certain retard français malgré de nets progrès. Il apparaît donc nécessaire d'envisager une réforme institutionnelle du Conseil

¹³⁵ SZYMCZAK (D.), « Les techniques de contrôle : vers une généralisation du contrôle de proportionnalité ? », In AFROUKH (M.) et BONNET (J.), *op. cit.*, p. 137.

tout en accentuant les progrès amenés par le Conseil lui-même, ce qui marquerait la quatrième « naissance » du Conseil après celles de 1971, 1974 et 2008.

Partie II – Entre réformes interne et institutionnelle : deux composantes pour une avancée majeure

Interroger les remèdes au *self restraint* c'est nécessairement étudier la source de cette retenue, ce qui renvoie nécessairement à la question de la légitimité de l'action d'une juridiction face à un Parlement démocratiquement élu. Or la légitimité est une notion délicate, souvent employée de façon différente selon les études. En ce sens, Alexandre Viala avance qu'est souvent opposé la notion de légitimité et « *La notion de légalité qui a le mérite de l'objectivité quand, au contraire, la légitimité repose sur un ressort psychologique et voit sa force dépendre de sentiments subjectifs. Or, l'objectivité est un critère essentiel pour définir la juridicité dès l'instant où la seule dimension objective des normes, celle qui fait que celles-ci valent aux yeux de tous et non d'un seul, participe de l'essence du droit* »¹³⁶. Dès lors, pour étudier la légitimité du Conseil, il faut partir de constats objectifs indéniables.

Le premier de ces constats est le fruit de la première partie de cette étude : le Conseil fait preuve de retenue dans sa jurisprudence, retenue qui prend alors différentes formes. Le second est que le Conseil contrôle les actes d'un Parlement qui bénéficie d'une légitimité démocratique. Constat qui amène le troisième selon lequel le Parlement et le Conseil ne disposent pas de la même légitimité, le Conseil n'étant pas composé de membres démocratiquement élus. Ce n'est pas critiquer le Conseil et sa composition que de l'affirmer, il s'agit simplement d'une réalité incontestable. Pour autant, il devient erroné d'en conclure que le Conseil constitutionnel se saurait être légitime à contrôler le législateur qu'à condition de bénéficier d'une légitimité *a minima* similaire donc démocratique. C'est également la conclusion de Jean-Philippe Feldman et Denys de Béchillon qui démontrent que « *Dès l'origine et jusqu'aux années 1980, le Conseil constitutionnel a été avant tout critiqué en tant qu'organe. Un organe illégitime par principe puisque ses membres, non élus au suffrage universel, se permettaient de casser la loi votée par les représentants du peuple. Autrement dit, un organe illégitime se situait au-dessus de l'expression de la volonté générale. Le Conseil est alors interprété comme une troisième chambre du Parlement qui statuerait après les deux autres* »¹³⁷. Étant certain que le Conseil n'est pas une troisième chambre, il n'est pas ici question d'aborder ce sujet sous cet angle. D'autant que, depuis 1958, le Conseil a déjà dû justifier son action, et

¹³⁶ VIALA (A.), « La légitimité et ses rapports au droit », *Les Cahiers Portalis*, 2020/1, n°7, pp. 27 à 40.

¹³⁷ FELDMAN (J.-P.) et DE BECHILLON (D.), « Le nouveau rôle du Conseil constitutionnel », *Commentaire*, 2012/2, n°138, pp. 467 à 473.

celui-ci n'a pas pris la voie de la légitimation démocratique, chemin qu'il ne pouvait de toute façon pas prendre sans l'intervention du constituant.

Pour autant, même si cette question a souvent été abordée sous un angle *a minima* critiquable, elle ne doit pas pour autant être systématiquement rejetée de toute étude, bien au contraire. Il est donc nécessaire d'étudier cette problématique à travers les efforts que le Conseil constitutionnel a entendu mener de lui-même pour remédier à cette remise en question (Chapitre 1). En revanche, il a été constaté que ces efforts ne peuvent être suffisants au regard des maux persistants qui se retrouvent régulièrement dans la jurisprudence du Conseil. C'est pourquoi il faut interroger la composition même du Conseil, la question des membres étant la composante principale dès lors qu'est questionnée la légitimité d'un organe, particulièrement lorsque celui-ci est juridictionnel, sans pour autant se borner au caractère non démocratique de la nomination des membres (Chapitre 2).

Chapitre 1 – Les efforts du Conseil pour construire une véritable juridiction au profit des justiciables : un bilan en demi-teinte justifiant une exigence accrue

Le Conseil et ses membres successifs se sont efforcés de démontrer années après années le caractère juridictionnel du Conseil afin d'atténuer les critiques à son égard. Ces efforts se sont accélérés dans les années 1980, à une époque où était exigé de la part des institutions françaises une plus grande transparence. Cette volonté a pu se matérialiser par des nominations fortes de leur symbolique au Conseil, à l'image de la nomination de Noëlle Lenoir en 1992 par le Président de l'Assemblée nationale Henri Emmanuelli, devenant alors la plus jeune membre de l'histoire du Conseil et la première femme nommée à ce poste. Au-delà de cet exemple, le Conseil s'est employé à faire preuve d'une plus grande déontologie tout en ouvrant l'accessibilité à son travail (*Section 1*), et à imposer son contrôle en devenant aux yeux de tous une véritable juridiction pour légitimer son action (*Section 2*). Pour autant, si ces évolutions marquent une volonté sincère, elles ont pu être considérées comme insuffisantes malgré le fait qu'elles reflètent une véritable avancée (*Section 3*).

Section 1 – La déontologie et la communication pour une plus grande transparence

En dehors des exigences traditionnellement réclamées aux juridictions, la transparence du Conseil constitutionnel est d'abord passée par une forme de communication et une ouverture de l'accès à ses travaux. Cela passe par la publication de ses décisions sur le site internet du Conseil, aussi bien dans son contrôle *a priori* qu'*a posteriori*. À titre d'exemple, la création d'un nouveau site tel que QPC360°, se mettant régulièrement à jour et informant qui le souhaite sur les statistiques de la Question Prioritaire de Constitutionnalité, ou encore sur les affaires en cours d'instance, permet d'ouvrir le Conseil au plus grand nombre, n'importe quel individu pouvant alors consulter l'avancée de ses travaux. Cela peut également passer par la publication d'auteurs venant éclairer de leurs analyses la jurisprudence du Conseil constitutionnel, ce qui a été rendu possible par la création de revues de droit constitutionnel, à savoir les revues Titre VII, les Cahiers du Conseil Constitutionnel aujourd'hui remplacés par les Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel. Par ailleurs, lors de la publication d'une décision, le Conseil a pris l'habitude d'y joindre le communiqué de presse relatif à cette même décision, mais également

une bibliographie recensant les écrits doctrinaux évoquant cette décision ou encore la traduction d'une grande décision pour en faciliter l'accès. Toutes ces modifications « informelles » témoignent, malgré leur absence de caractère véritablement juridique, d'un souhait du Conseil. Mais cette volonté peut également être bien plus formelle.

En effet, le Conseil a, par exemple, adopté un règlement intérieur, aussi bien pour les Questions Prioritaires de Constitutionnalité¹³⁸, que pour son contrôle *a priori* des lois¹³⁹, même si ce second règlement est entré en vigueur bien plus récemment. Le simple fait d'adopter un tel règlement constitue en soi une avancée, en ce que cela permet à tous d'accéder aux règles et au fonctionnement du Conseil. En effet, si le Conseil n'a pas attendu 2010 et 2022 pour se fixer certaines contraintes, l'écriture puis la publication de celles-ci témoignent d'une certaine transparence, ces règles devenant accessibles et éclaircies. Ensuite, sur le fond de ces règlements, ils permettent d'éclaircir et de formaliser deux règles inhérentes à toutes juridictions dès lors qu'il est question de déontologie, à savoir les procédures de récusation et de déport. Dans le contrôle *a posteriori* des lois, la procédure de déport est prévue à l'article 4 du règlement de 2010, là où celui-ci est prévu à l'article 14 du règlement de 2022 en matière de contrôle *a priori*. Si les deux articles sont rédigés en termes identiques, cela reste néanmoins une disposition importante comme l'indiquent Natamie Fricero et Sophia Antipolis qui soulignent que « *L'abstention permet de régler des difficultés déontologiques que ne règle pas la faculté de récusation* »¹⁴⁰. Dès lors, bien que simple, cela constitue une avancée pour le Conseil. Ensuite, sur la procédure de récusation prévue aux articles 4 alinéa 2 pour le contrôle *a posteriori* et 15 pour le contrôle *a priori*, les deux dispositions ont des similarités malgré quelques différences notamment dues au fait que les parties ne sont pas les mêmes d'une procédure à l'autre. Globalement, ces deux articles respectent les exigences liées aux demandes de récusation lors d'un procès, à savoir à l'initiative d'une partie par écrit, précise et motivée, afin de démontrer qu'un juge puisse légitimement être suspecté. La procédure relative à une demande de récusation dans le cadre du contrôle *a priori* ayant été approfondie, le Président de la République, le Premier ministre et les présidents des assemblées pouvant également formuler une telle demande, Mathilde Heitzmann-Patin interroge sur la portée de cette avancée en se demandant si « *La mise en place de décisions relatives à la récusation déteindra-t-elle sur la*

¹³⁸ Décision n°2010-117 ORGA du 4 février 2010, *Décision portant règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité*.

¹³⁹ Décision n°2022-152 ORGA du 11 mars 2022, *Décision portant règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les déclarations de conformité à la Constitution*.

¹⁴⁰ FRICERO (N.) et ANTIPOLIS (S.), « Récusation et abstention des juges : analyse comparative de l'exigence commune d'impartialité », *NCCC*, 2013/3, n°40, pp. 37 à 48.

procédure QPC dont le règlement intérieur pourrait, dès lors, être révisé à cet effet ? Le caractère bien plus juridictionnel de la QPC justifierait que cette transparence dans la procédure de récusation lui soit appliquée »¹⁴¹. Dès lors, l'adoption de ces deux règlements peut être d'autant plus bénéfique en ce que les avancées de l'un entraînent potentiellement une actualisation de l'autre, les deux se tirant donc vers le haut. Outre les procédures de récusation et d'abstention, ces règlements permettent de formaliser des exigences à valeurs constitutionnelles et conventionnelles relatives au fonctionnement des juridictions.

En effet, ces procédures permettent de respecter les grands principes inhérents à tout procès, tel que l'indépendance des juridictions ou encore l'impartialité. La question de l'impartialité est par exemple abordée par le Conseil par les procédures de récusation et d'abstention lorsque la notion est conçue « *Comme un attribut du droit de l'homme qu'est le droit à un procès équitable, et comme une obligation déontologique du juge* »¹⁴². Il n'est en aucun cas surprenant que le Conseil lui-même tente de répondre à cette exigence, reconnaissant dans sa propre jurisprudence qu'il existe un lien indissociable entre l'indépendance et l'impartialité¹⁴³, tous deux découlant de l'article 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, d'autant que « *Cette exigence constitutionnelle concerne tous les organes dotés de pouvoirs juridictionnels, quelle que soit leur composition ou leur compétence* »¹⁴⁴. En ce qui concerne l'indépendance du Conseil, il convient de souligner que la première source d'indépendance du Conseil réside dans la nomination des membres, étant garanti par le caractère non-renouvelable de cette nomination et non-révocable par l'autorité de nomination. Ce mode de nomination a été retenu précisément car il limite les risques de marchandages politiques, sans pour autant les supprimer. Julien Thomas souligne, au sujet de la nomination de Robert Badinter à la présidence du Conseil par le Président de la République François Mitterrand, alors que certains dénonçaient un abandon de l'indépendance du Conseil au profit de l'exécutif, qu'à « *La virulence des attaques de certains, ravivée ponctuellement par la jurisprudence du Conseil, ont répondu la qualité du travail de l'institution et les efforts de son président pour l'améliorer* »¹⁴⁵.

Cette question de l'indépendance du Conseil a été très rapidement posée, pourtant, dès 1958, certaines mesures sont prises pour assurer l'indépendance du Conseil ainsi qu'une

¹⁴¹ HEITZMANN-PATIN (M.), « Le règlement intérieur de la procédure de contrôle a priori devant le Conseil constitutionnel : avancées, lacunes ou incertitudes ? », *JP Blog*, 31 mars 2022.

¹⁴² FRICERO (N.) et ANTIPOLIS (S.), *op. cit.*, pp. 37 à 48.

¹⁴³ Décision n°2010-10 QPC du 2 juillet 2010, *Consorts C. et autres*, Cons. 3.

¹⁴⁴ *Ibid.*

¹⁴⁵ THOMAS (J.), *L'indépendance du Conseil constitutionnel*, LGDJ, 2010, p. 145.

certaine déontologie notamment via l'ordonnance de 1958¹⁴⁶ en interdisant par exemple le cumul des fonctions ou encore en nommant le président du Conseil ordonnateur des dépenses de l'institution. La même remarque peut être formulée lorsqu'il est question des deux décrets de 1959¹⁴⁷ relatifs au Conseil, qui viennent par exemple imposer certaines obligations déontologiques aux membres telle que l'interdiction de la prise de position publique. Dès lors, ceci combiné avec l'instauration des règlements intérieurs permet de fournir une base satisfaisante en matière d'impartialité et d'indépendance du Conseil constitutionnel.

En réalité, il ne pouvait en être autrement, l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et l'article 6§1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme imposent à chaque État des tribunaux indépendants et impartiaux. Face à cette protection, certains ont pu interroger le fait que cela s'applique bel et bien aux cours constitutionnelles européennes. La Cour européenne des droits de l'homme a très tôt coupé court à ces questionnements en affirmant dès 1993 que ces exigences, notamment d'impartialité, s'appliquent aux juridictions constitutionnelles des États soumis à la Convention¹⁴⁸. Dès lors, il paraissait inenvisageable que le Conseil constitutionnel français ne se plie pas un minimum à ces obligations. C'est pourquoi l'ordonnance n°59-223 du 4 février 1959 prévoit trois obligations primordiales pesant sur les membres du Conseil. Ceux-ci sont contraints de garantir l'indépendance et la dignité de leurs fonctions, ils ne peuvent prendre une position publique ou donner conseil sur une question relevant de la compétence du Conseil, enfin, ils ont obligation de remplir leur fonction fidèlement et dans le respect de la Constitution. Enfin, une quatrième obligation pèse sur les membres, elle implique le secret des délibérations et des votes, ce qui correspond plus à un choix qu'à une véritable garantie d'indépendance et d'impartialité.

Pourtant, ce dernier point peut contribuer à conserver une certaine apparence de bonne juridiction, en témoigne l'actuelle crise que traverse le Tribunal constitutionnel espagnol. En effet, les juges constitutionnels espagnols ne sont pas soumis à ce secret des votes. Dès lors, à l'occasion d'une jurisprudence récente qui faisait déjà l'objet d'une controverse, étant question de deux réformes relatives au noyau même de l'État, cette hésitation a été accentuée par la majorité minimale dégagée par les juges, votant cette décision avec six voix en faveurs contre

¹⁴⁶ Ordonnance n°58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.

¹⁴⁷ Respectivement Décret n°59-1292 du 13 novembre 1959 sur les obligations des membres du Conseil constitutionnel et Décret n°59-1293 du 13 novembre 1959 relatif à l'organisation du secrétariat général du Conseil constitutionnel.

¹⁴⁸ CEDH, n°12952/87 du 23 juin 1993, *Ruiz-Mateos*.

cinq s'y opposants. La conséquence ne se fit pas attendre et « *Le porte-parole du gouvernement, ainsi que les présidents du Congrès et du Sénat, ont publié un communiqué dès l'annonce de la décision du Tribunal, dans lequel ils ont fait savoir qu'ils s'y conformaient, mais non sans exprimer en termes sévères leur désaccord et la gravité du précédent* »¹⁴⁹. S'il est simple d'imaginer que cette décision aurait été critiquée par leurs détracteurs même en l'absence d'opinion dissidente au sein du tribunal, ces mêmes opinions n'ont en aucun cas contribué à apaiser les tensions et à donner l'image d'une justice constitutionnelle bien rendue. Ainsi, cette quatrième obligation pesant sur les membres du Conseil constitutionnel contribue, à sa manière, à donner un sentiment de justice constitutionnelle effective.

Enfin, le dernier élément assurant l'indépendance et l'impartialité du Conseil et donc qui contribue à instaurer un sentiment de confiance envers les décisions du Conseil est relatif à la rémunération des membres de ses membres. Le Conseil possède une autonomie financière propre au fonctionnement des pouvoirs publics, principe qui permet assurément de garantir l'indépendance et l'impartialité de cette institution, notamment dans le cadre de la séparation des pouvoirs. Pourtant, ce même Conseil a pu être accusé d'abuser de ce pouvoir. Mais après le 1^{er} mars 2010 et l'entrée en vigueur de la Question Prioritaire de Constitutionnalité qui a démultiplié le contentieux constitutionnel français, « *Le Conseil constitutionnel a su maîtriser son budget, grâce notamment aux efforts déployés par le prédécesseur de M. Laurent Fabius, M. Jean-Louis Debré* »¹⁵⁰. Ainsi, tout semble se dérouler pour le mieux, car si Jean-Louis Debré, ancien président du Conseil, avait pu s'offusquer du fonctionnement financier du Conseil¹⁵¹, la barre semble avoir été redressée sous sa présidence, faisant bénéficier le Conseil à la fois d'une autonomie tout en assurant l'exemplarité de l'institution. Pourtant, la question est loin d'être réglée et plusieurs questions demeurent encore en suspens aujourd'hui, laissant apparaître de graves zones d'ombres entourant le Conseil et sa déontologie.

Cependant, avant d'étudier celles-ci et leurs gravités, il s'agit de démontrer la légitimation de la jurisprudence constitutionnelle par la juridictionnalisation, avant d'exercer une critique globale de ces deux aspects de la légitimation du Conseil.

¹⁴⁹ VAZQUEZ (V.), « Le tribunal constitutionnel espagnol : chronique d'une crise de crédibilité », *JP Blog*, 26 janvier 2023.

¹⁵⁰ LEMAIRE (E.), « A propos de quelques problèmes juridiques entourant le régime indemnitaire des membres du Conseil constitutionnel », *JP Blog*, 12 décembre 2018.

¹⁵¹ « *Je découvre peu à peu un Conseil au fonctionnement surprenant. Jamais je n'avais connu une administration aussi mal et scandaleusement gérée. J'en suis gêné au point d'en avoir honte* », In DEBRÉ (J.-L.), *Ce que je ne pouvais pas dire*, Robert Laffont, 2016, p. 24.

Section 2 – La juridictionnalisation comme nouvelle composante démocratique

Avant toute chose, il faut définir ce qu'est la juridictionnalisation d'une institution, car ce phénomène n'est pas aussi évident que les notions d'impartialité, d'indépendance ou de déontologie. Il sera ici question d'étudier de quelle façon le Conseil a-t-il affirmé sa compétence en matière de droit constitutionnel, « *La juridictionnalisation désigne ainsi l'augmentation des recours au juge constitutionnel ou la soumission croissante des organes constitutionnels au contrôle juridictionnel* »¹⁵². C'est ainsi que Aïda Manouguian aborde cette question en se limitant au noyau dur de la justice constitutionnelle, à savoir aux articles 61 et 61-1 de la Constitution de la Vème République. Il n'est donc pas question, tout du moins pour l'instant, de s'intéresser à la nature juridictionnelle du contrôle de constitutionnalité.

Si cette juridictionnalisation s'est faite en France dans la douleur en 1958, puis progressivement dès 1971, elle semble prendre une autre dimension aujourd'hui. En effet, comme développé précédemment, le contrôle du Conseil a souvent été opposé au caractère démocratique des lois votées par les représentants des citoyens. Dès lors, un tel contrôle a souvent été dénoncé comme contraire aux principes démocratiques, étant généralement ensuite proposé de réduire au minimum ce contrôle de constitutionnalité. Pourtant, le Professeur Dominique Rousseau démontre qu'en réalité cette question est « *Insoluble car enfermée dans un dilemme parfait : ou bien il n'existe pas de contrôle de constitutionnalité des lois, et le principe démocratique peut souffrir sous les coups de décisions du législateur contraires aux libertés et violant la constitution adoptée par le peuple, ou bien il existe un contrôle des lois, et le principe démocratique peut également souffrir de la soumission progressive de la volonté des représentants élus du peuple à une institution sans légitimité électorale* »¹⁵³. En d'autres termes, la Constitution étant également issue d'un processus démocratique, ne pas la faire respecter reviendrait également à violer des principes démocratiques précieux. Dès lors, il ne peut être envisagé une réduction de l'État de droit au nom de la démocratie, mais bien de légitimer un tel contrôle afin de concilier démocratie et État de droit sans jamais les dissocier.

L'objectif, selon Aïda Manouguian, est de démontrer que l'adage « *La démocratie du peuple, par le peuple, pour le peuple se voit remplacée par une démocratie du juge, par le droit,*

¹⁵² MANOUGUIAN (A.), *La juridictionnalisation du droit constitutionnel français, Etude d'un phénomène doctrinal*, Nouvelle Bibliothèque de thèse – Dalloz, 2022, p. 8 et 9.

¹⁵³ ROUSSEAU (D.), *Le Conseil constitutionnel en question*, L'Harmattan, 2004, p. 8.

pour l'individu »¹⁵⁴. Cela contribue à promouvoir l'État de droit, tout en démontrant que la démocratie ne peut garantir à elle seule la protection des droits et libertés fondamentaux, ce qui renvoie notamment à la notion de justice constitutionnelle telle que développée par Hans Kelsen dans son objectif de limitation de la dictature de la majorité. Dès lors, la démocratie devient un idéal insuffisant pour la protection des individus, sans pour autant affirmer qu'il soit nécessaire de sortir de tout fonctionnement démocratique, légitimant l'action du juge constitutionnel. En d'autres termes, il faut mettre l'individu au centre du contentieux constitutionnel pour garantir ses droits et libertés fondamentaux afin de justifier à la fois l'action du Conseil tout en reliant les notions de démocratie et d'État de droit. Jean Rossetto indiquait par ailleurs que ces évolutions « *S'analysent comme des progrès commandés ou impliqués par la logique des droits fondamentaux* »¹⁵⁵.

Or, ces évolutions sont constatées dans la jurisprudence du Conseil, qui dès lors légitime au mieux sa jurisprudence en instaurant l'individu en tant que sujet au centre du contentieux constitutionnel. Cela se formalise notamment via la Question Prioritaire de Constitutionnalité, qui permet au justiciable de contester lui-même devant le Conseil constitutionnel le caractère irrégulier d'une loi. En ce sens, la possibilité d'engager la responsabilité de l'État-législateur s'inscrit dans cette démarche, d'une part grâce à un aspect symbolique fort, et d'autre part sur l'intérêt pour le justiciable d'opter pour une telle procédure. Grâce à cette nouvelle logique, Aïda Manouguian souligne que « *Désormais, la finalité du droit constitutionnel ne tient plus à l'encadrement du pouvoir mais à la garantie des intérêts subjectifs des individus* »¹⁵⁶, légitimant alors l'action du juge constitutionnel au regard de critères démocratiques. Cette approche par l'individu est en réalité tout à fait naturelle pour concilier démocratie et État de droit, une démocratie étant faite par le peuple, pour lui, l'État de droit ne pouvait être envisagé autrement par l'individu donc un échantillon du peuple. Cette approche « *Donne alors naissance à un critère de légitimation concurrent, finaliste cette fois, qui repose sur la défense des droits et libertés des individus et bouleverse par là même les paradigmes démocratiques* »¹⁵⁷. Pour autant, ce bouleversement n'est pas à confondre avec une atteinte. Ainsi, la juridictionnalisation de la jurisprudence du Conseil contribue à préserver une logique

¹⁵⁴ MANOUGUIAN (A.), *op. cit.*, p. 463.

¹⁵⁵ ROSSETTO (J.), *Recherche sur la notion de Constitution et l'évolution des régimes constitutionnels*, Institut Francophone pour la Justice et la Démocratie coll. Colloques & Essais, 2019, p. 74.

¹⁵⁶ MANOUGUIAN (A.), *op. cit.*, p. 475.

¹⁵⁷ *Ibid.*, p. 483.

démocratique, tout en restant dans le champ de sa mission première qu'est la défense de l'État de droit. Or, il ne s'agit pas du seul sens du terme juridictionnalisation.

Il a été précisé que le terme de juridictionnalisation pouvait également désigner la nature juridictionnelle qui tend à se retrouver dans contrôle de constitutionnalité français. Il s'agit alors d'étudier ce phénomène en ce que même si les deux visages de cette notion sont distincts, ils ne peuvent exister sans l'autre sans créer un déséquilibre. En effet, il a été souligné que la juridictionnalisation en tant qu'appropriation par le Conseil du contentieux constitutionnel contribuait à le subjectiviser. Or, le contrôle juridictionnel du contrôle vient rééquilibrer cela en objectivant son contrôle. En la matière, il s'agit de prendre pour exemple la Question Prioritaire de Constitutionnalité, qui a formellement introduit le caractère juridictionnel du contrôle, en partant du principe que cette compétence a ensuite déteint sur le reste des compétences du Conseil. Édouard Dubout souligne alors que « *L'objectivité de la procédure de contrôle ne résulte pas seulement de sa conception mais également d'un choix politique jurisprudentielle, d'une conception qu'ont les juges de leur office* »¹⁵⁸. Dès lors, « *Le contentieux de la QPC se présente comme « objectif », c'est-à-dire comme un procès fait à un acte en vue de faire respecter le droit objectif, et non des droits subjectifs des personnes* »¹⁵⁹. Dès lors, il peut sembler que ce constat s'oppose à celui formulé précédemment, selon lequel le Conseil mettait l'individu au centre de son contentieux afin de légitimer son action. En réalité, il ne s'agit pas là d'une opposition mais d'une conciliation, d'un équilibre, entre deux approches afin de légitimer l'action du Conseil à la fois par un contrôle juridictionnel objectif, tout en garantissant les droits et libertés fondamentaux des individus. De plus, si le modèle objectif domine largement, cette domination n'est en aucun cas absolue, Édouard Dubout soulignant lui-même une « *combinaison entre les modèles objectif et subjectif* »¹⁶⁰. Si le choix de l'objectivité témoigne d'un contrôle juridictionnel, ce n'est pas pour autant l'unique composante de cette juridictionnalisation.

En effet, la première difficulté réside dans l'application du contradictoire dans une procédure de contrôle de constitutionnalité des lois, indispensable pour constater un contrôle juridictionnel. Cela suppose donc une opposition entre différents acteurs du procès de la norme devant le Conseil. Toujours dans le cadre d'une procédure de Question Prioritaire de Constitutionnalité, une de ces deux composantes ne fait aucun doute : les justiciables

¹⁵⁸ DUBOUT (É.), « Quelle efficacité structurelle du procès constitutionnel ? », In CARTIER (E.) (Dir.), *La QPC, le procès et ses juges*, Méthodes du droit, 2013, p. 212.

¹⁵⁹ *Ibid.*

¹⁶⁰ *Ibid.* p. 213.

constituent une partie à part entière, argumentant nécessairement du caractère irrégulier de la norme contestée. Cette logique peut être appliquée à la procédure de contrôle *a priori*, en ce que le Président de la République, le Premier ministre, les Présidents des assemblées ou un groupe de soixante députés ou sénateurs saisissant le Conseil vont nécessairement contester la régularité de la disposition. L'interrogation réside donc dans la partie en défense. Dans le contrôle *a priori* cette défense ne fait aucun doute : la majorité et donc l'exécutif défendra logiquement la loi en question. En revanche, cette certitude n'existe pas pour le contrôle *a posteriori* de la loi, en ce que celle-ci a pu être adoptée sous une législature différente. C'est donc le secrétariat général du gouvernement qui sera chargé de défendre la loi, bien que celui-ci ne soit en aucun cas partie au procès. Le Professeur Emmanuel Cartier souligne alors que « *Dans le procès constitutionnel et en particulier dans le procès incident initié par le recours à une QPC, la défense de la loi est assurée par des acteurs qui, d'une part n'ont pas nécessairement qualité de partie au procès principal et, d'autre part, n'ont pas qualité de défendeur* »¹⁶¹. Une des conséquences de cette singularité est que la conviction personnelle de ce représentant ne réside pas toujours dans le maintien de ladite disposition législative. Cependant, il défendra cette loi, sans accorder d'importance à sa conviction, préservant ainsi le contradictoire au sein du contentieux constitutionnel français, lui confiant « *Une fonction d'avocat de la loi lors du renvoi au Conseil constitutionnel* »¹⁶².

Enfin, le dernier exemple ici développé, réside dans le renforcement du dialogue entre le Conseil constitutionnel et d'autres juridictions. Il a été indiqué que le Conseil s'est forgé de lui-même un contrôle de plus en plus juridictionnel en se fondant sur le modèle du recours en excès de pouvoir du Conseil d'État. Or, il est aujourd'hui amené à travailler avec cette même juridiction suprême lors de son contrôle *a posteriori*, mais aussi avec la Cour de cassation, deux juridictions dont le caractère juridictionnel du contrôle ne fait aucun doute. De plus, l'affaire dite Melki démontre que le Conseil est amené à poser des questions préjudicielles à la Cour de justice de l'Union européenne, tout comme il reste attentif à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, ceci étant en partie dû à la Question Prioritaire de Constitutionnalité dont ces résultats déteignent sur les autres compétences du Conseil. Or, ces deux juridictions appliquent indéniablement à leurs décisions une logique juridictionnelle. Enfin, le Conseil dialogue également avec d'autres cours constitutionnelles, rencontrant, à titre d'exemple, annuellement les membres de la Cour constitutionnelle de la République fédérale

¹⁶¹ CARTIER (E.), « Les pouvoirs publics : entre stratégies défensives et préventives », In CARTIER (E.) (Dir.), *op. cit.*, p. 109.

¹⁶² *Ibid.* p. 112.

d'Allemagne¹⁶³. Toutes ces incitations au dialogue des juges contribuent, à leur manière, à juridictionnaliser le contrôle constitutionnel français qui va alors s'inspirer de toutes ces juridictions pour exercer son pouvoir de contrôle. Dès lors, si dans un premier temps le Conseil a semblé se fonder exclusivement sur le recours en excès de pouvoir, il peut aujourd'hui s'inspirer d'autres institutions tout autant prestigieuses et réputées pour la qualité de leur contrôle juridictionnel.

Cependant, s'il est indéniable que le Conseil présente une telle dynamique, celle-ci ne peut malheureusement toujours pas être considérée comme achevée. Que ce soit sur l'un ou l'autre des visages de la juridictionnalisation du Conseil, sur les critères de déontologies, ou encore la question budgétaire, le Conseil constitutionnel présente toujours au mieux quelques imperfections, au pire des zones d'ombres inquiétantes, interrogeant alors jusqu'à l'effectivité des évolutions constatées jusqu'ici.

Section 3 – Des évolutions plus théoriques que pratiques ?

Ainsi, le Conseil ne saurait prétendre dès aujourd'hui au titre de juridiction constitutionnelle exemplaire, ce qui justifie le maintien de sa doctrine du *self restraint* et explique certaines de ses incompétences. Cela se perçoit aussi bien dans la déontologie dont il doit faire preuve qui semble encore insuffisante bien qu'en amélioration (§1), que dans le cas particulier des indemnités du Conseil dont certaines ombres ont été dévoilées très récemment (§2). En revanche, le cas de la juridictionnalisation du Conseil constitutionnel laisse apercevoir de véritables améliorations, sans pour autant prétendre à la perfection (§3).

§1 – La déontologie au Conseil : un chantier en travaux perpétuels

La première critique est, comme souvent, relative à la qualité des membres du Conseil. Lauréline Fontaine souligne qu'il est « *Toujours remarquable que, majoritairement, compris ou non d'ailleurs les anciens présidents de la République, les membres du Conseil constitutionnel ne soient pas de véritables juristes au même titre que la plupart de leurs homologues*

¹⁶³ En ce sens, voir notamment le documentaire de la chaîne Arte, « Allemagne : les pouvoirs de la Cour constitutionnelle », diffusé le 26 septembre 2022.

étrangers »¹⁶⁴. Ce constat a un impact direct sur une composante essentielle de toute juridiction : son indépendance. C'est pourquoi Lauréline Fontaine avance que « *La qualité d'indépendance est une bonne raison pour que l'on puisse considérer comme hautement souhaitable que les membres des cours constitutionnelles et suprêmes soient des hauts magistrats, des avocats de longue expérience, des professeurs de droit, également d'expérience. C'est d'ailleurs ainsi que se composent effectivement la plupart des cours constitutionnelles et suprêmes* »¹⁶⁵. En d'autres termes, des individus rodés à l'exercice dont la compétence ne laisse aucune place au doute. Cependant, il convient de rappeler qu'il n'est pas ici soutenu que tous les membres du Conseil de 1958 à aujourd'hui n'étaient pas suffisamment aptes et ont nui au développement du Conseil, bien au contraire. Par exemple, il ne fait aucun doute que Robert Badinter est une personnalité politique française de premier plan aux compétences juridictionnelles certaines, tout comme il est indéniable qu'il a grandement contribué à faire avancer la jurisprudence du Conseil durant sa présidence de l'institution. Pourtant, sa nomination par François Mitterrand a été vivement critiquée car il est de notoriété publique que les deux hommes étaient très proches, le problème étant alors celui de la séparation des pouvoirs et un potentiel abandon de l'indépendance du Conseil au profit de l'exécutif. C'est pourquoi le 4 mars 1986, lors de son discours d'investiture, il déclare « *Monsieur François Mitterrand, mon ami, merci de me nommer président du Conseil constitutionnel, mais sachez que dès à présent, j'ai un devoir d'ingratitude* ». Ainsi, sa première déclaration en tant que président du Conseil visera à justifier sa nomination, qui plus est de façon relativement maladroite, Lionel Jospin ajoutant en 2014 qu'il aurait fallu tempérer cette affirmation en excluant toute intentionnalité d'ingratitude. Ainsi, s'il n'est pas question d'attaquer personnellement tel ou tel membre du Conseil, ce qui serait contre-productif et très peu scientifique, il convient en revanche de souligner qu'avec des membres plus politiques que juridiques, la déontologie d'apparence du Conseil semble en souffrir.

Telle est également la vision de Véronique Champeil-Desplats qui appelle à donner des gages de vertus en ce que « *Une plus grande transparence sur leur situation individuelle s'impose alors comme une condition sine qua non pour satisfaire des principes de gouvernances libérales et apporter, en l'occurrence, des gages d'une impartialité nécessaire à*

¹⁶⁴ FONTAINE (L.), « Bilan et réflexions sur une éthique de la justice constitutionnelle à la lumière de ce qu'en font et de ce qu'en disent ses acteurs. Que doit-on attendre d'une réforme – nécessaire – du Conseil constitutionnel », In LEMAIRE (E.) et PERROUD (T.) (Dir.), *Le Conseil constitutionnel à l'épreuve de la déontologie et de la transparence*, Institut Francophone pour la Justice et la Démocratie, Colloques et Essais, 2022, p. 159.

¹⁶⁵ *Ibid.* p. 160.

l'exercice de la fonction de juger »¹⁶⁶. Or, si le Conseil n'est plus le « *chien de garde de l'exécutif* » à proprement parler, il n'existe toujours pas de telles garanties déontologiques permettant d'ancrer et poursuivre les avancées détaillées précédemment. Certes, les membres du Conseil ont toujours derrière eux une carrière professionnelle remarquable, les dotant d'une expérience certaine, il pourrait suffire d'ajouter une certaine transparence sur ces personnes et leurs carrières respectives, au-delà de changer le paradigme des nominations. Mais l'imposition de critères déontologiques s'inscrit dans une mouvance générale des institutions de la Vème République. Dès lors, « *Si l'on estime (...) que la légitimité de l'exercice de hautes fonctions publiques suppose aujourd'hui de faire œuvre de transparence, alors on peut légitimement attendre, a minima, un alignement de ceux dont la fonction est d'assurer la primauté de la Constitution sur des obligations imposées à de nombreux autres. (...), maintenant que le mouvement de la transparence est enclenché, il est difficile de rester le dernier à s'y soumettre lorsqu'on a vocation à être le premier à garder les principes qui le fondent* »¹⁶⁷.

Cette question est d'autant plus d'actualité et importante que si le Conseil semble progresser au regard des critères déontologiques depuis 1958, les membres semblent de plus en plus répondre à une logique politique, et plus précisément d'appartenance à un parti politique, posant donc encore plus la question de l'impartialité et de l'indépendance. C'est ce que constatent Nicolas Bau et Liora Israël, avançant que « *De fait, les conseillers dotés d'une formation juridique poussée ont même vu leur place diminuer, au profit d'une part croissante de membres étant passés par l'IEP de Paris, souvent avant une scolarité à l'École nationale d'administration* »¹⁶⁸. Si ce constat est à nuancer en ce que les membres du Conseil n'ont, jusqu'à aujourd'hui, jamais été nommés peu de temps après la fin de leurs études, bien au contraire¹⁶⁹, certains ont pu être amenés à exercer des fonctions juridictionnelles. Reste que cette atténuation n'est pas une généralité et que le constat selon lequel les membres du Conseil semblent de moins en moins issus de parcours juridiques subsistent, sans qu'aucune obligation déontologique ne paraisse clairement émerger.

¹⁶⁶ CHAMPEIL-DESPLATS (V.), « Faut-il fixer des critères déontologiques pour les candidats aux fonctions de membre du Conseil constitutionnel ? », In LEMAIRE (E.) et PERROUD (T.) (Dir.), *op. cit.*, p. 23.

¹⁶⁷ *Ibid.*, p. 32.

¹⁶⁸ BAU (N.) et ISRAËL (L.), « Quelques éclairages sociologiques sur la composition du Conseil constitutionnel », In LEMAIRE (E.) et PERROUD (T.) (Dir.), *op. cit.*, p. 73.

¹⁶⁹ Voir notamment BASILIEN-GAINCHE (M.-L.), BLACHER (P.), CHALTIEL (F.), FRANÇOIS (B.) et HEURTIN (J.-P.), « Le Conseil constitutionnel est, plus que jamais, un vieux club de mâles en fin de carrière politique », *Le Monde*, 2 mars 2010.

Si certaines interrogations persistent en matière de déontologie du Conseil constitutionnel, voire s'aggravent avec le temps, la question a au moins le mérite d'être débattue et discutée, et ne saurait être considérée comme ignorée par la doctrine. Or, tel n'a pas été le cas pendant une longue période s'agissant des indemnités du Conseil, élément particulièrement révélateur des lacunes du Conseil constitutionnel en matière de transparence.

§2 – Le flou révélateur entourant la question des indemnités au Conseil

Sur ce point, Elina Lemaire souligne que si le n°59 de la revue des Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel est consacrée au Conseil et à la transparence, aucun article de ce numéro n'aborde le sujet de la transparence au Conseil, ce qui est particulièrement révélateur de la vision du Conseil de la notion, à savoir la prôner, la défendre, mais ne pas en faire une application irréprochable à sa propre institution. Elle constate ensuite que « *Réformer le Conseil constitutionnel sans son consentement, ce n'est pas totalement impossible, mais c'est difficile* »¹⁷⁰, insinuant ainsi qu'en matière de transparence, a minima une partie des efforts doivent être effectués par le Conseil lui-même. Or, la question indemnitaire est particulièrement révélatrice en la matière.

Elina Lemaire met en exergue deux exemples pour illustrer ces doutes légitimes. Le premier rappel que « *Le Conseil constitutionnel avait choisi – incompétemment – de déroger au droit commun de la communication des archives publiques, en prévoyant la libre communication de ses archives à l'expiration d'un délai de soixante ans (au lieu du délai de droit commun de trente ans)* »¹⁷¹. Le second cas est relatif aux obligations déclaratives, le Conseil censurant l'amendement de la loi visant à faire appliquer ces dispositions au Conseil en plus des magistrats administratifs et judiciaires¹⁷². Il faut alors souligner que « *Dans l'une comme dans l'autre de ces deux affaires, il serait difficile de considérer que le Conseil constitutionnel s'est illustré comme un héraut de la transparence* »¹⁷³. Julie Benetti va même plus loin en indiquant au sujet de cette deuxième affaire « *On ne peut s'empêcher de relever que la redécouverte de la solution de 2011 a permis opportunément en 2016 de conclure à la*

¹⁷⁰ LEMAIRE (E.), « Propos introductifs », In LEMAIRE (E.) et PERROUD (T.) (Dir.), *op. cit.*, p. 16.

¹⁷¹ LEMAIRE (E.), « A propos de quelques problèmes juridiques entourant le régime indemnitaire des membres du Conseil constitutionnel », *op. cit.*.

¹⁷² Décision n°2016-732 DC du 28 juillet 2016, *Loi organique relative aux garanties statutaires, aux obligations déontologiques et au recrutement des magistrats ainsi qu'au Conseil supérieur de la magistrature*, § 101.

¹⁷³ LEMAIRE (E.), « A propos de quelques problèmes juridiques entourant le régime indemnitaire des membres du Conseil constitutionnel », *op. cit.*.

censure, au titre de la procédure suivie pour son adoption, d'une disposition imposant aux membres du Conseil constitutionnel de déposer des déclarations d'intérêts et de situation patrimoniale dont il eût été beaucoup plus embarrassant (et infructueux) pour le Conseil de procéder à un examen au fond »¹⁷⁴. En d'autres termes, ce comportement du Conseil est au mieux une étrange coïncidence, au pire suspect, et dans tous les cas une absence de prise en compte des exigences de transparence. Cette absence de volonté se traduit également par le flou qui a longtemps entouré la rémunération des membres du Conseil étant donné que « *De 1960 à 2001, les membres du Conseil constitutionnel ont bénéficié d'une exonération d'impôt juridiquement injustifiée : seule la moitié de leur indemnité était soumise à l'impôt sur le revenu* »¹⁷⁵. Cela met en évidence un défaut d'exemplarité du Conseil plus qu'un véritable défaut de transparence. Pourtant, c'est bien Yves Guéna, alors président du Conseil, qui demandera l'abrogation de ce régime, non sans une « *décennie de contestations (ponctuelles)* »¹⁷⁶, demande qui sera acceptée. S'il semble aisé de féliciter une prise de conscience du Conseil et de ses membres qui font preuve d'exemplarité, ces mêmes membres ont obtenu par la même réponse une indemnité complémentaire pour pallier à ce retrait. Autrement dit, rien ne change véritablement et la demande de Yves Guéna répondait seulement à une pression d'un groupement politique pour symboliquement satisfaire cette demande, sans toucher véritablement à la rémunération des membres. Or, c'est ici que la notion de transparence semble délaissée, à la fois par le Conseil et le gouvernement, en ce que cette indemnité complémentaire ne sera pas communicable avant un avis de la Commission d'accès aux documents administratifs du 19 décembre 2019. Si cet avis de la Commission a pu être jugé audacieux¹⁷⁷, il n'en demeure pas moins qu'il permet une plus grande transparence du Conseil et de ses membres. Cependant, cette transparence accrue ne s'est pas faite en accord avec la volonté du Conseil qui, au contraire, a fait tout ce qui était en son pouvoir pour ne pas divulguer de telles informations, témoignant d'un embarras sur ce sujet. Certes, il appartenait également au Premier ministre de dévoiler ces montants, il est donc plus cohérent d'évoquer une absence de volonté de transparence du Conseil et de l'exécutif en l'espèce, mais cela ne dilue en aucun cas la vision du Conseil et de ses membres.

¹⁷⁴ BENETTI (J.), « Continuité jurisprudentielle ou (nouveau) revirement ? À propos de la censure de cavaliers organiques par la décision du Conseil constitutionnel », *Constitutions*, n°2016/3, pp. 396 à 397.

¹⁷⁵ LEMAIRE (E.), « Régime indemnitaire des membres du Conseil constitutionnel : le gouvernement refuse la transparence », *JP Blog*, 11 avril 2019.

¹⁷⁶ *Ibid.*

¹⁷⁷ En ce sens, voir notamment LEMAIRE (E.), « Les bulletins de paye des membres du Conseil constitutionnel sont communicables », *AJDA*, 2020, n°28, pp. 1589 à 1595.

Aujourd'hui, deux tentatives avaient pour but de clarifier cette situation. Une première en 2020 à l'initiative du gouvernement¹⁷⁸ qui a été interrompue par la crise sanitaire, interruption salvatrice aux yeux d'Elina Lemaire étant donné que « *Cette nouvelle rédaction n'était pas acceptable. Comment admettre – sur le plan institutionnel – que la rémunération des membres du Conseil constitutionnel soit, au-delà du montant fixé précisément par la loi organique, dépendante de décisions prises par les membres du gouvernement ?* »¹⁷⁹. La deuxième, plus satisfaisante, était proposée par les parlementaires¹⁸⁰, et prévoyait « *D'une part, la définition des modalités de rémunération des membres du Conseil constitutionnel ; d'autre part, l'interdiction du cumul de l'indemnité de membre avec une pension de retraite* »¹⁸¹. Bien plus satisfaisante, cette proposition émanait de l'opposition et n'a jusqu'à aujourd'hui jamais été inscrite à l'ordre du jour, « *Certains députés ont fait valoir la crainte de « représailles » de la part du Conseil constitutionnel – crainte que l'on n'ose pas imaginer fondée, mais qui est évidemment révélatrice de dysfonctionnements institutionnels graves* »¹⁸². Si cette affirmation de certains élus parlementaires est véridique, cela suffit à démontrer le choix de l'opacité du Conseil en matière de régime indemnitaire de ces membres, doctrine qui demeure encore aujourd'hui car c'est bien un juge et non le Conseil qui a décidé de la publication du salaire des sages.

Si le bilan de ces études est accablant, alors il faut envisager une réforme nécessaire « *Après un demi-siècle d'opacités, d'illégalités, ce serait un progrès tant pour la transparence que pour notre État de droit* »¹⁸³. Or, la proposition de loi organique de Cécile Untermaier, à défaut d'aboutir, a démontré que cette réforme était réalisable. Reste au législateur organique d'agir et au Conseil d'accompagner cette action, lui qui a consenti à tant d'effort pour se juridictionnaliser, il serait dommage que ces efforts soient réduits à néant en perdant toute crédibilité vis-à-vis des citoyens pour une question d'indemnité.

Si l'étude de ce cas particulier met en avant une absence de volonté flagrante du Conseil, il est impossible de porter une accusation aussi brute en matière de juridictionnalisation

¹⁷⁸ Projet de loi organique n°2622 du 24 janvier 2020 *relatif au système universel de retraite*.

¹⁷⁹ LEMAIRE (E.), « Régime indemnitaire des membres du Conseil constitutionnel : où en est-on ? », In LEMAIRE (E.) et PERROUD (T.) (Dir.), *op. cit.*, p. 227.

¹⁸⁰ Proposition de loi organique n°3720 du 5 janvier 2021 *relative à la détermination du régime indemnitaire des membres du Conseil constitutionnel*.

¹⁸¹ LEMAIRE (E.), « Régime indemnitaire des membres du Conseil constitutionnel : où en est-on ? », In LEMAIRE (E.) et PERROUD (T.) (Dir.), *op. cit.*, p. 228.

¹⁸² *Ibid.* p. 230.

¹⁸³ *Ibid.*

de l'institution, tant à défaut d'être totalement aboutie, le Conseil semble avoir démontré une véritable volonté de faire progresser de l'intérieur la juridiction constitutionnelle française.

§3 – La juridictionnalisation du Conseil matérialisant les efforts perfectibles du Conseil

Cela a été développé précédemment, cette juridictionnalisation peut prendre deux formes : l'appropriation du contentieux constitutionnel par le Conseil et le caractère juridictionnel de son contrôle. Or, sur ces deux plans, la juridictionnalisation du Conseil peut souffrir de légères imperfections.

Sur le premier aspect d'abord, le Conseil peine encore à se saisir de certains domaines. À titre d'exemple, il se refuse toujours au contrôle des lois adoptées par référendum. Jurisprudence née en 1962¹⁸⁴ et confirmée trente ans plus tard¹⁸⁵ bien qu'en modifiant quelque peu les termes. Cette jurisprudence a été critiquée par une partie de la doctrine en ce qu'elle permet une atteinte à l'État de droit, le référendum n'ayant aucunement pour effet de faire disparaître toute disposition contraire à la Constitution¹⁸⁶. Dans un registre différent, le Conseil peut parfois affirmer sa compétence théorique, mais donner le sentiment de son incompétence en pratique, exerçant un contrôle qui pourrait être qualifié de fictif. C'est notamment le cas en matière de contrôle de la sincérité du budget de l'État, refusant systématiquement de censurer les textes sur le fondement de ce principe, et ce malgré les avis du Haut conseil des finances publiques constatant souvent explicitement l'insincérité de certains textes, avis sur lesquels le Conseil doit fonder son contrôle¹⁸⁷. Ainsi, d'au moins deux façons différentes, le Conseil fait toujours preuve d'une certaine retenue dans la juridictionnalisation de son contrôle, même s'il convient de souligner qu'il s'agit d'exemples qui doivent désormais se dénicher au cas par cas, démontrant l'avancée de la jurisprudence constitutionnelle sur ce point.

En matière de caractère juridictionnel du contrôle de constitutionnalité, il a été indiqué que le Conseil pouvait s'inspirer du recours en excès de pouvoir, ce qu'il a brillamment fait pour arriver au résultat d'aujourd'hui. Cependant, les questions du contrôle de proportionnalité, du pouvoir d'injonction ou encore de responsabilité de l'État-législateur, tous témoignant d'une

¹⁸⁴ Décision n°62-20 DC du 6 novembre 1962, *Loi relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel direct, adoptée par le référendum du 28 octobre 1962*, Cons. 5.

¹⁸⁵ Décision n°92-313 DC du 23 septembre 1992, *Loi autorisant la ratification du traité sur l'Union européenne*, Cons. 5.

¹⁸⁶ En ce sens, voir notamment DOKHAN (D.), *op. cit.*, et FATIN-ROUGE STEFANINI (M.), *op. cit.*

¹⁸⁷ En ce sens, voir notamment KRUGER (F.), « Où mènent les débats récents sur la sincérité du budget et des comptes de l'Etat ? », *AJDA*, 2017, n°31, pp. 1758 à 1767.

doctrine de *self-restraint*, démontrent que la juridictionnalisation du contrôle par le Conseil n'est pas encore aboutie. Il a également été démontré que cela a pour conséquence de nuire à l'État de droit, pourtant au cœur de la garantie des droits et libertés fondamentaux.

Enfin, il a été démontré précédemment que l'adoption en 2022 par le Conseil d'un règlement intérieur dans le cadre de son contrôle a priori contribuait à une juridictionnalisation progressive du Conseil. Or, sans remettre en question cette démonstration, cet exemple connaît également ses limites. En effet, Théo Ducharme démontre deux grandes atténuations. Tout d'abord, « *L'utilisation du verbe « pouvoir » est particulièrement importante. En effet, les dix-sept articles directement relatifs à la procédure ont sept fois recours au verbe « peut » et deux fois à sa forme plurielle « peuvent ». Ce recours récurrent aux verbes « pouvoir » laisse une marge d'appréciation considérable au Conseil constitutionnel et rend hypothétiques les garanties fixées* »¹⁸⁸. En d'autres termes, ce nouveau règlement intérieur à la valeur juridique incertaine est hésitant jusque dans sa formulation, le Conseil ne se fermant que très peu de portes en gardant une marge de manœuvre trop conséquente. Ensuite, il souligne que ce règlement est entièrement rédigé par le Conseil, lacune qu'il met en exergue par une comparaison avec le système allemand, indiquant qu'il « *Ressort deux divergences principales qui sont intimement liées. Premièrement, en Allemagne, ce sont la Loi fondamentale et surtout la loi ordinaire qui fixent les grandes règles procédures et l'application du droit à un procès équitable devant la Cour constitutionnelle fédérale (...). Secondement, il en résulte une conséquence, le règlement de la Cour constitutionnelle ne concerne pas directement les grandes garanties du droit à procès équitable (impartialité, indépendance, contradictoire, transparence)* »¹⁸⁹. Or, c'est précisément ce domaine qui est traité par ce règlement intérieur. Ces questions ayant une importance particulière, l'ancien président de la Cour de cassation estimant par exemple qu'un « *Juge indépendant pour la défense des libertés [est] la marque de fabrique des démocraties authentiques* »¹⁹⁰, il paraît curieux que le Conseil les traite lui-même.

*

¹⁸⁸ DUCHARME (T.), Enjeux et limites du contentieux *a priori* », AFDC – Congrès de Toulon 2023, Atelier 5, *Garanties juridictionnelles des droits et libertés fondamentaux*.

¹⁸⁹ *Ibid.*

¹⁹⁰ LOUVEL (B.), « L'administration de l'autorité judiciaire », in Cour de cassation (dir.), *La place de l'autorité judiciaire dans les institutions*, 2016, Paris, Dalloz, p. 11.

Ces lacunes sont donc le résultat du *self restraint* du Conseil qui trouve lui-même sa source des difficultés du Conseil à légitimer sa jurisprudence. Or, cette légitimation ne saurait être accomplie au regard de certaines imperfections persistantes. Si la juridictionnalisation du Conseil est aujourd'hui satisfaisante, bien que toujours plus perfectible, tel n'est pas le cas lorsqu'il est question des obligations déontologiques et de la transparence du Conseil, à l'image de la question indemnitaire. Certes, certains efforts sont à souligner, mais contrairement à la juridictionnalisation, ceux-ci sont, d'une part, loin d'être satisfaisant, et d'autre part, entachés par de sérieuses zones d'ombres qui pourraient devenir la cause d'une perte de crédibilité, et donc à terme de légitimité, du Conseil aux yeux des individus.

Ainsi, en l'état, il est difficile d'imaginer le Conseil comme suffisamment légitime pour surmonter sa doctrine de *self restraint*. D'autant que s'ajoute à ces défauts de fonctionnement un autre sujet qui fait débat depuis aussi longtemps que le Conseil existe : celui de la procédure de nomination des membres du Conseil.

Chapitre 2 – La nomination des membres du Conseil : débats éternels, enjeux actuels

Une fois de plus, il ne sera pas ici question d'interroger la nomination de tel ou tel membre du Conseil, mais bien de mettre en lumière les imperfections d'une procédure de nomination quelque peu obsolète. Pour cela, il s'agit de s'intéresser à la procédure telle qu'elle existe aujourd'hui depuis sa dernière réforme (*Section 1*). Enfin, après avoir constaté ces lacunes, il s'agit de proposer un panel de solutions envisageables, sans prétendre à la solution absolument parfaite, mais qui pourrait permettre au Conseil de surmonter ses dernières incompétences et errements déontologiques (*Section 2*). À noter qu'il ne sera pas ici question d'aborder le sujet des membres de droit au Conseil, à savoir les anciens Présidents de la République, la problématique faisant l'objet d'une quasi-unanimité auprès de la doctrine, qui souhaite clairement l'abrogation de cette possibilité, volonté qui semble aujourd'hui suivie par les principaux concernés qui, en pratique, ne siègent plus au Conseil.

Section 1 – L'insuffisance de la réforme de 2008

De 1958 à 2008, les nominations au Conseil constitutionnel se faisaient par le Président de la République, le Président de l'Assemblée nationale et le Président du Sénat, chacun nommant trois des neuf membres. Aucune obligation déontologique, aucun critère de compétence, aucune transparence dans les choix, en résumé une procédure totalement opaque n'apportant absolument aucune garantie. Certes, malgré cette lacune, le Conseil a su s'affirmer et se rapprocher d'une véritable juridiction constitutionnelle avant la consécration de 2008. Il n'est donc pas question d'affirmer que l'intégralité des membres du Conseil pendant cette période ont été membres seulement afin de s'assurer une bonne retraite et sans aucune considération ni connaissance de l'État de droit. Seulement, factuellement, cette procédure de nomination n'était dotée d'aucun garde-fou. C'est pourquoi il a paru important au Comité Balladur de proposer une solution à cela dès 2008.

Cette solution entrera en vigueur en 2010 légèrement après la Question Prioritaire de Constitutionnalité¹⁹¹. Désormais, les trois autorités nominatrices formulent une proposition de nomination, proposition soumise aux commissions permanentes des lois de l'Assemblée nationale et du Sénat. Ainsi, le Président de la République devra soumettre sa proposition aux deux commissions, et les présidents de chaque chambre uniquement à la commission de leur assemblée compétente. La personne en question sera alors auditionnée, audition qui sera publique et qui ne peut avoir lieu moins de huit jours après que le nom de la personne ait été rendu public. Cette audition laissera ensuite place à un vote de la commission qui, par une majorité des trois cinquièmes, peut décider de rejeter la candidature. Il s'agit alors d'analyser cette réforme, conformément à l'approche qu'en avait fait Éric Buge, à savoir « *On sait qu'une procédure, fût-elle constitutionnelle, n'a pas de valeur en elle-même : c'est sa pratique qui lui confère sa portée. Il est dès lors nécessaire, pour comprendre qu'elle est l'efficacité de cette procédure, notamment sur le terrain déontologique, d'en étudier la mise en œuvre* »¹⁹². En d'autres termes, il sera question d'analyser une pratique désormais vieille de treize ans.

Tout d'abord, cet examen en commission se veut être un filtre quant aux personnes dont la candidature aux fonctions de membres du Conseil constitutionnel est soumise. Éric Buge souligne à ce sujet que « *Compétence, exemplarité, opinion, conformité, telles sont les quatre grandes catégories que l'on peut distinguer comme étant les objets principaux des filtres portant sur les personnes* »¹⁹³. Or, il poursuit ensuite son analyse en indiquant que les questions posées par les parlementaires sont le plus souvent relatives à l'opinion de la personne sur une ou plusieurs questions constitutionnelles précises, ou les méthodes de travail du Conseil. Ainsi, cela ne permet en aucun cas de contrôler la compétence, l'exemplarité ou la conformité de la personne concernée. Quant à l'opinion, il est souvent rappelé lors de ces commissions qu'il n'existe aucune obligation d'opinion de la part d'un futur membre du Conseil devant une commission parlementaire, au nom de l'indépendance du Conseil. Si l'objectif est louable, il a pour effet paradoxal d'empêcher le contrôle de l'indépendance d'un potentiel membre du Conseil. Pour toutes ces raisons, Éric Buge en conclut que « *Ce premier ensemble de questions présente peu d'intérêt, en termes de capacité de filtrage* »¹⁹⁴. Il avance ensuite que les autres

¹⁹¹ Loi organique n°2010-837 du 23 juillet 2010 relative à l'application du cinquième alinéa de l'article 13 de la Constitution et la loi n°2010-838 du 23 juillet 2010 relative à l'application du cinquième alinéa de l'article 13 de la Constitution.

¹⁹² BUGE (É.), « Les auditions des candidats aux fonctions de membre du Conseil constitutionnel par les commissions parlementaires constituent-elles un filtre déontologique ? », In LEMAIRE (E.) et PERROUD (T.) (Dir.), *op. cit.*, p. 85.

¹⁹³ *Ibid.*, p. 89.

¹⁹⁴ *Ibid.*, p. 92.

questions sont surtout d'ordre déontologique ou portant sur la carrière antérieure de la personne. Or, dans les deux cas, il est difficile d'éclaircir les zones d'ombres de l'intéressé en posant la question à l'intéressé lui-même, celui-ci n'allant évidemment pas soulever un manque de déontologie de sa part ou une incohérence dans une décision prise dans le cadre de ses précédentes fonctions, et ce quel que soit son niveau de bonne foi. Cela souligne un autre problème lié à ces commissions : le cruel manque d'information des parlementaires sur la personne interrogée.

En effet, Éric Buge décrit pour appuyer ce point le système en vigueur aux États-Unis en amont de la nomination des membres de la Cour suprême, indiquant que « *Les personnes dont la nomination est envisagée font l'objet d'une triple enquête, du FBI, des services fiscaux et de l'Office of Government Ethics. Par ailleurs, l'impétrant doit remplir des dizaines de pages de questionnaires pour la Maison-Blanche comme pour le Sénat, lequel peut auditionner d'autres personnes que l'intéressé pour en savoir plus sur ce dernier (...). À l'inverse, les commissions parlementaires françaises ne disposent d'aucun élément particulier d'information. Les questionnaires envoyés préalablement aux personnes auditionnées par les rapporteurs de l'Assemblée nationale ne comportent que des interrogations sur les opinions de l'impétrant et la manière dont il conçoit ses futures fonctions* »¹⁹⁵. Si lors des débats parlementaires relatifs à l'instauration de cette procédure entre 2008 et 2010 plusieurs solutions à cette lacune avaient été envisagées, par exemple l'accès au casier judiciaire de la personne, aucune n'a abouti, créant un contraste flagrant entre les contrôles en amont français et américain. Cela pousse Lucie Sponchiado à constater qu'une « *Telle procédure aussi finement organisée soit-elle semble rater son objectif, peut-être par manque d'ambition* »¹⁹⁶.

L'objectif semble en effet raté, d'autant que « *Suivant la formule du président de la Commission des lois de l'époque, Jean-Luc Warsmann, la procédure d'avis parlementaire préalable aux nominations s'apparente à un contrôle de « l'erreur manifeste de nomination ». (...) La mesure adoptée se présente, par conséquent, comme la création d'un avis conforme négativement qualifié qui ne vise pas tant l'accord que l'absence d'opposition. (...) Dans ce cadre, la participation de l'opposition au processus de désignation est très faible* »¹⁹⁷. En d'autres termes, il n'est pas demandé aux commissions de valider les propositions, mais bien de les rejeter à une forte majorité difficile à atteindre, ce qui est d'autant plus compliqué que

¹⁹⁵ *Ibid.*, p. 97.

¹⁹⁶ SPONCHIADO (L.), « Faut-il faire évoluer l'encadrement des nominations des membres du Conseil constitutionnel ? », In LEMAIRE (E.) et PERROUD (T.) (Dir.), *op. cit.*, p. 111.

¹⁹⁷ *Ibid.*

les parlementaires manquent d'informations pour prendre une décision aussi forte. Dès lors, Lucie Sponchiado démontre que « *Le jeu des allégeances politiques semble ainsi peu estompé. Si le but est d'empêcher les « nominations-remerciements » ou les « nominations d'amitiés » au profit de « nominations de compétences » - fussent-elles également amicales –, il est clair qu'un accord au deux cinquièmes de « oui » n'œuvre pas en ce sens* »¹⁹⁸. Ainsi, le fait majoritaire joue, même au sein des commissions parlementaires, les rares souhaitant s'y opposer n'étant de toute façon pas suffisamment armés pour y répondre. Cependant, il serait faux d'indiquer que la réforme en vigueur depuis 2010 ne s'accompagne pas de quelques réussites, bien que celles-ci ne suffisent pas à masquer l'intégralité des déceptions.

Lucie Sponchiado en constate surtout trois. La première est liée à l'audition qui est obligatoire, et qui permet d'entendre les personnes proposées au poste, ce qui est incontestablement un progrès. En effet, cela a le mérite d'apprendre *a minima* qui est la personne en question avant sa nomination formelle. Si cela revêt surtout une portée symbolique, en ce que cela permet de ne pas nommer un total inconnu au Conseil, il n'en reste pas moins que vis-à-vis de l'avant 2008, cela constitue une avancée. Ensuite, la deuxième réussite réside dans le caractère public de l'audience, qui permet de porter à la connaissance de tous la proposition de nomination. Ce progrès doit se lire conjointement avec la troisième avancée qui est due au délai de huit jours entre la publication du nom de la personne et l'audience, ce qui permet à l'opinion publique de se saisir de la question, notamment les différents juristes via la presse pour soutenir ou critiquer une proposition. Mais cela permet également à certains juges de se positionner, notamment le Conseil constitutionnel mais également d'autres juridictions. À titre d'exemple, le parquet national financier peut, pendant les huit jours qui suivent la première publication, décider d'ouvrir une enquête sur la personne proposée afin d'alerter ou au contraire de la laver de tout soupçon qui aurait pu se répandre.

Cependant, à chacune de ces avancées, Lucie Sponchiado souligne des limites. En effet, partant comme Éric Buge de l'exemple des États-Unis, elle constate que « *A cette aune, la procédure française paraît très en retrait* »¹⁹⁹ lorsqu'il est question de l'audition obligatoire, les deux auteurs se rejoignent sur la critique liée au défaut d'information des parlementaires. Sur le caractère public de la procédure, « *Le bureau de la commission compétente conserve la possibilité de procéder à l'audition à huis clos. En effet, il existe deux exceptions à la*

¹⁹⁸ SPONCHIADO (L.), *La compétence de nomination du président de la Cinquième République*, Dalloz, 2017, p. 437.

¹⁹⁹ *Ibid.*, p. 446.

publication »²⁰⁰, les deux exceptions étant le secret professionnel et le secret de défense nationale, limitant nécessairement un des atouts de la réforme. Enfin, quant au délai, Lucie Sponchiado pointe une incohérence en constatant que « *Le législateur semble avoir ignoré que certaines nominations sont elles-mêmes encadrées par des délais maximums qui peuvent susciter une contradiction entre les deux normes. Ainsi, lorsqu'un membre du Conseil constitutionnel est contraint à la démission, l'ordonnance organique sur le Conseil constitutionnel prévoit son remplacement « dans la huitaine ». Compte tenu de la procédure établie par la loi ordinaire de juillet 2010, il ne serait donc légalement pas possible au Président de la République de nommer un remplaçant sous huit jours au maximum, tout en laissant au moins huit jours aux parlementaires pour organiser l'audition* »²⁰¹. Ainsi, aucune de ces trois avancées ne sauraient être considérées comme pleinement satisfaisantes, ces imperfections s'ajoutant aux lacunes constatées précédemment. Tout cela se ressent dans les récentes nominations au Conseil constitutionnel.

En effet, les dernières nominations de membres du Conseil constitutionnel ont pu s'attirer les foudres d'une partie de la doctrine, ce qui est la conséquence directe des imperfections soulignées. Thibault Guilluy évoque notamment au sujet des propositions de 2019 que « *Au regard de ces circonstances, le Conseil constitutionnel ne saurait être qualifié d'authentique juge constitutionnel. Et que, dès lors, ces nominations illustrent la nature réelle de cette institution créée par la Constitution du 4 octobre 1958 et dont le rôle a peut-être moins changé que ce que l'on en dit communément* »²⁰². Il déplorait ainsi des propositions déséquilibrées, regrettant notamment l'absence de juristes de métier, ainsi que des réponses aux questions non-satisfaisantes. Pourtant, les commissions ne s'opposent à aucune nomination. Trois ans plus tard, dans un article au titre évocateur, Patrick Wachsmann déplore les risques liés aux atteintes à l'indépendance du Conseil et interroge directement les compétences de Jacqueline Gourault en matière de justice constitutionnelle, pour en conclure que « *Le tableau d'ensemble est donc, une fois de plus, consternant : pour une nomination qui répond pleinement à l'objet du pouvoir de nomination attribué par l'article 56 de la Constitution, deux qui n'y satisfont guère* »²⁰³. Malgré cela, une fois de plus la commission n'a rejeté aucune candidature.

²⁰⁰ *Ibid.*, p. 448.

²⁰¹ *Ibid.*, p. 452.

²⁰² GUILLUY (T.), « Nomination au Conseil constitutionnel : une fausse surprise et un vrai doute », *JP Blog*, 19 février 2019.

²⁰³ WACHSMANN (P.), « Le cru 2022 des nominations au Conseil constitutionnel : en dessous du médiocre », *JP Blog*, 23 février 2022.

Cela démontre que la réforme est un échec incontestable, elle n'a réglé aucun des problèmes qu'elle visait à résoudre malgré un apport léger en termes de transparence.

Ce constat pousse Elina Lemaire à rédiger une tribune pour le journal *Le Monde* début 2022, appelant ouvertement à un contrôle effectif par les parlementaires des nominations au Conseil constitutionnel, allant même plus loin en avançant « *Plus fondamentalement, on ne saurait trop insister sur la nécessité d'une refonte complète de l'organe et du contentieux constitutionnels. Il est en effet urgent les juristes le rappellent en vain depuis trop longtemps de repenser la justice constitutionnelle française* »²⁰⁴. Cette situation qui pourrait presque être qualifiée de critique se dévoile d'autant plus que le 23 février 2022, à l'occasion de l'audience publique en commission de Jacqueline Gourault, alors proposée par le Président de la République pour devenir membre du Conseil constitutionnel, une parlementaire elle-même, en la personne de Cécile Untermaier, déplore une procédure de nomination non-satisfaisante. Cela avait déjà été confirmé par la Haute Autorité pour la Transparence de la Vie Publique qui constate que « *Ce contrôle se limite en pratique à entendre la personne pressentie lors d'une audition publique, les parlementaires ne disposant pas d'autres informations à son égard* »²⁰⁵, avant de poursuivre en demandant à ce que leur soient fournis « *Un extrait du bulletin n°2 du casier judiciaires des intéressés (...); un certificat de régularité fiscale et une attestation sur l'honneur du respect des obligations fiscales (...); une déclaration d'intérêts* »²⁰⁶.

Ainsi, le constat est unanime, la procédure en vigueur depuis 2010 est très loin d'être au niveau qu'exige toute juridiction, qui plus est constitutionnelle. En l'état, il paraît hautement improbable que le Conseil puisse surmonter sa doctrine de *self restraint*, afin de pallier aux incompétences qui règnent dans sa jurisprudence, à l'heure où celui-ci doit s'affirmer comme le gardien des droits et libertés fondamentaux. C'est pourquoi il faut envisager une nouvelle réforme de la procédure de nomination des membres du Conseil constitutionnel.

²⁰⁴ LEMAIRE (E.), « Pour un contrôle véritable des candidatures au Conseil constitutionnel », *Le Monde*, 19 février 2022.

²⁰⁵ NADAL (J.-L.) (Dir.), « Renouer la confiance publique – Rapport au Président de la République sur l'exemplarité des responsables publics », HATVP, 2020, proposition n°3, p. 34.

²⁰⁶ *Ibid.* pp. 34 à 35.

Section 2 – Pour un Conseil juridictionnel, compétent et transparent

Les objectifs à poursuivre dans cette proposition sont donc d’atteindre un Conseil suffisamment légitime pour assurer la protection des droits et libertés fondamentaux. Les membres devront donc obligatoirement être dotés de compétences juridictionnelles indiscutables, et être désignés via une procédure transparente assurant également certains critères déontologiques. Pour atteindre cela, il s’agit d’envisager deux solutions distinctes. La première revient à légitimer les membres du Conseil par une procédure elle-même juridictionnalisée (§1). La seconde, quant à elle répond, à une critique ancienne et permet de viser la légitimation des membres du Conseil par une procédure plus démocratique (§2).

§1 – Une procédure réglementée émanant d’un organe *ad hoc*

Le premier objectif de cette possibilité est donc d’assurer la qualification juridique des membres du Conseil au regard de la juridictionnalisation progressive de l’institution. C’est également une manière de sécuriser et consolider les avancées constatées précédemment pour que le Conseil devienne une véritable juridiction constitutionnelle. En ce sens, Elina Lemaire propose d’accorder « *Aux Facultés de Droit ou à une commission commune de toutes les Facultés de Droit du pays un droit de présentation pour une partie au moins des sièges, ou encore en accordant au tribunal lui-même le droit de faire une présentation pour chaque siège venant à vaquer ou de les pourvoir par élection, c’est-à-dire par cooptation. Le tribunal a en effet le plus grand intérêt à renforcer lui-même son autorité en appelant à lui des spécialistes éminents* »²⁰⁷, avant de souligner qu’une procédure similaire se retrouve notamment en Autriche, en Allemagne, en Espagne, en Italie, au Portugal et en Belgique. Si cette proposition peut paraître biaisée en ce qu’elle est écrite par une enseignante universitaire de droit, Elina Lemaire souligne d’elle-même que la formation juridique vaut moins que l’expérience professionnelle du droit, d’autant qu’il paraît complexe d’être un juriste de métier sans formation juridique préalable alors que l’inverse se vérifie moins. Si elle conclut en indiquant qu’il ne s’agit pas de créer un Conseil constitutionnel uniquement composé de juristes, mais plus d’envisager une composition mixte, c’est bien la composante qui fait défaut aujourd’hui

²⁰⁷ LEMAIRE (E.), « Faut-il faire évoluer la procédure de désignation des membres du Conseil constitutionnel ? », In CHAMPEIL-DESPLATS (V.), LEMAIRE (E.) et MAUS (D.), « Controverse », *RFDC*, n°131, 2022, pp. 531 à 543.

au Conseil, ce qui explique cette volonté d'en assurer la présence. Véronique Champeil-Desplats identifie la même problématique et propose « *Un dispositif du type : au moins un membre issu de l'ordre judiciaire proposé par le CSM ou la Cour de cassation, un membre issu de l'ordre administratif proposé par le Conseil d'État, un membre issu de la Cour des comptes proposé par celle-ci, un membre administrateur des assemblées parlementaires proposé par les deux bureaux réunis, un universitaire juriste, un membre issu de la « société civile », le reste au choix, ce qui laisserait la possibilité de nommer des profils plus politiques* »²⁰⁸, tout en assurant la présence de membres aux compétences juridiques. Si ces deux propositions se rejoignent sur un objectif commun, à savoir la juridictionnalisation des membres du Conseil, elles ne répondent que partiellement à l'exigence de critères déontologiques et de transparence. Véronique Champeil-Desplats laissait entendre la possibilité de créer un organe ad hoc basé sur le modèle de la nomination des juges de la Cour européenne des droits de l'homme. Cependant, il semble plus pertinent de reprendre cette idée en se fondant sur celui de la Cour de justice de l'Union européenne.

Le but de cet organe serait donc, en quelque sorte, de prendre le rôle actuel des commissions parlementaires compétentes en termes de nomination des membres du Conseil constitutionnel, en se fondant sur le modèle du comité dit comité 255²⁰⁹ compétent en matière de nomination des juges de la Cour de justice. L'article 255 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne dispose que « *Le comité est composé de sept personnalités choisies parmi d'anciens membres de la Cour de justice et du Tribunal, des membres des juridictions nationales suprêmes et des juristes possédant des compétences notoires* ». Ainsi, le Comité 255 présente deux qualités majeures : il assure une sélection basée sur les compétences juridictionnelles des futurs membres, mais est aussi une garantie d'indépendance dans le choix, certains membres étant des juges de métier et donc coutumiers et rodés aux questions de l'indépendance et d'impartialité, tout comme ils connaissent les règles déontologiques s'imposant à chaque juge. Quant à l'exigence de transparence, Pierre-Emmanuel Pignarre écrit en comparant les modes de désignation de membres européens de juridictions constitutionnelles et la nomination des juges de la Cour de justice qu'il ne peut être mis de côté une exigence de transparence dans le choix du comité sans quoi « *L'argument tenant à l'opacité de certaines procédures de sélection des États membres ne saurait prospérer pour dénier toute légitimité aux juges européens, sauf*

²⁰⁸ CHAMPEIL-DESPLATS (V.), « Faut-il changer les modes de nomination des membres du Conseil constitutionnel ? Termes et enjeux du débat », In CHAMPEIL-DESPLATS (V.), LEMAIRE (E.) et MAUS (D.), *op. cit.*

²⁰⁹ Nom issu de l'article 255 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne organisant le fonctionnement dudit comité.

à remettre en cause aussi la légitimité des juges constitutionnels d'un grand nombre d'États »²¹⁰. En effet, dans la marge de manœuvre propre aux États membres dans cette procédure de nomination, certains États dont la France font preuve d'une certaine opacité, source d'illégitimité dans leur choix, opacité qui n'est pas le fruit des travaux du Comité 255. Ainsi, il est possible d'imaginer la création d'une commission spécialisée dont la composition serait basée sur le modèle du Comité 255, chargée de nommer les membres du Conseil constitutionnel tous les trois ans.

Cependant, face aux dérives du modèle français de nomination, il s'agirait de poser certaines garanties. Ainsi, il faut conserver les trois avancées fondamentales de la réforme française de 2010, à savoir la publicité, le délai et *a minima* une audition. Dès lors, les travaux comme l'audience de cet organe se doivent d'être publics, dans un délai suffisamment long pour assurer une étude approfondie des candidatures. De plus, il ne s'agit pas de reproduire les mêmes erreurs que celles de la réforme de 2010 mais d'assurer une information satisfaisante de l'organe de nomination, ce qui peut passer par un rôle institutionnalisé du parquet national financier et la communication du casier judiciaire des potentiels futurs membres. Ensuite, quant à la présentation des futurs membres à l'organe de nomination, il paraît nécessaire de sortir de la triple proposition par le Président de la République et les présidents des deux chambres dans un souci de séparation des pouvoirs et de véritable diversité dans les candidatures. Pour cela, il faut reprendre l'idée avancée par Véronique Champeil-Desplats s'inspirant de la Cour européenne des droits de l'homme. Dès lors, peut être imaginée « *Une procédure d'appel à candidature puis de choix parmi les candidats en séparant une autorité de proposition et une autorité de nomination (à l'instar de la procédure instaurée pour la Cour européenne des droits de l'Homme) ; définir un profilage général des expériences professionnelles attendues ou des corps d'origine des membres pressentis de telle sorte que soit assurée la présence d'une pluralité de compétences et d'expériences* »²¹¹.

Dès lors, cette proposition semble répondre à la fois aux exigences de compétence, de transparence et de juridictionnalisation nécessaires à toute juridiction constitutionnelle qui se revendique comme telle. Ainsi, la légitimité du Conseil en découlerait naturellement, lui permettant de surmonter les dernières incompétences qui subsistent au sein de sa jurisprudence. Pourtant, ceci n'est qu'une supposition et ne règle toujours pas une ancienne controverse selon

²¹⁰ PIGNARRE (P.-E.), *La Cour de justice de l'Union européenne, juridiction constitutionnelle*, Bruylant, 2021, p. 121.

²¹¹ CHAMPEIL-DESPLATS (V.), *op. cit.*.

laquelle le Conseil reste un organe sans aucune légitimité démocratique, en charge de censurer par des décisions insusceptibles d'appel des dispositions législatives élaborées par les représentants démocratiquement élus du peuple. Dès lors, il s'agit d'étudier cette autre voie.

§2 – Le cas de l'élection directe ou indirecte des membres

Pour évoquer ce mode de désignation, il s'agit de partir de l'exemple des nominations à la Cour constitutionnelle de la République fédérale d'Allemagne qui repose à la fois sur un mode de scrutin direct et indirect par les parlementaires fédéraux allemands. Avant de développer ce choix, il s'agit de s'intéresser aux prérequis des candidats. Ils doivent être âgés de quarante ans au minimum et de soixante-huit ans au maximum, élus pour un mandat non-renouvelable de douze ans, après avoir déclaré par écrit être prêts à exercer la fonction de juge constitutionnel, et « *Ils doivent avoir l'aptitude à exercer la fonction de juge d'après la loi sur les juges allemands* »²¹². Sur les douze juges, trois doivent être choisis parmi les magistrats des cinq juridictions fédérales suprêmes et y avoir exercé pendant au moins trois ans. L'élection de ces juges se fait pour moitié au Bundestag et pour l'autre moitié au Bundesrat selon deux modes de scrutin différents. Au Bundestag, l'assemblée désigne douze grands électeurs à la proportionnelle des groupes parlementaires, groupes qui ont tous la possibilité de formuler une proposition de nomination. Jean-Claude Béguin souligne que « *Le recours aux grands électeurs a pour origine un projet de loi S. P. D. visant à endiguer l'influence des partis dans le processus de désignation. Les membres de la commission des grands électeurs sont en effet tenus au secret à l'égard des situations personnelles des postulants dont ils ont pris connaissance par leur activité dans la commission, ainsi que sur les débats et les votes* »²¹³. C'est donc un scrutin indirect qui s'oppose à l'élection par les membres du Bundesrat. En effet, l'élection au Bundesrat est directe à la majorité des deux tiers. Pour les deux élections, c'est le ministère allemand de la justice qui se charge d'établir les listes qui serviront de base aux votes.

La première chose à souligner dans cette procédure est que le scrutin ne permet pas d'assurer les compétences juridiques des potentiels futurs juges, bien au contraire, puisque cela incite même à des nominations plus politiques, pourtant au cœur du problème. Pour pallier à cela, la procédure allemande impose donc trois juges issus de ses juridictions suprêmes, ce qui

²¹² BÉGUIN (J.-C.), *Le contrôle de la constitutionnalité des lois en République fédérale d'Allemagne*, Economica, 1982, p. 29.

²¹³ *Ibid.* p. 30.

peut sembler faible sur un total de douze juges, mais qui impose malgré tout la présence de membres pouvant inspirer les autres par leurs compétences en droit. Pour les autres, la procédure allemande n'ignore pas la potentielle problématique de nomination politique, Jean-Claude Béguin soulignant que le but même du scrutin indirect au Bundestag est de limiter ce risque, risque moindre au Bundesrat puisque moins marqué politiquement.

Cette solution, si elle est envisageable, paraît bien moins adaptée à la situation française. C'est aussi ce que constate Elina Lemaire qui avance que « *Toujours dans l'objectif de renforcer la légitimité de l'institution, il serait possible de « démocratiser » la procédure de désignation, en faisant élire les membres du Conseil constitutionnel par le Parlement. Même si nous sommes, dans l'absolu, favorable à ce processus de désignation, fréquemment rencontré à l'étranger, il faut bien reconnaître qu'il présente aussi des inconvénients. Il a, en France, de fervents (et très sérieux) opposants. Surtout, il semble très éloigné de notre culture de la justice constitutionnelle* »²¹⁴. D'autant que cette procédure rend compliquée l'instauration de prérequis déontologiques, les parlementaires étant par définition légitimement réticents à ce que leur soient imposées des contraintes dans leur choix. De plus, l'étude de la réforme de nomination en vigueur depuis 2010 démontre certaines difficultés des députés et sénateurs au regard des questions posées aux candidats à la qualité de membre du Conseil.

Toutefois, une procédure similaire à celle présente en Allemagne est tout à fait envisageable en ce que sa transposition n'est aucunement impossible, à condition de mener une réforme d'ampleur. Dès lors, il s'agit d'adapter certains aspects du cas allemand. Par exemple, le Sénat français est bien plus marqué politiquement que le Bundesrat allemand. Ainsi, il serait bienvenu d'envisager une élection indirecte dans les deux chambres et non seulement à l'Assemblée nationale.

Si cette option présente moins de garanties déontologiques et semble s'éloigner grandement de la tradition de justice constitutionnelle française, il est cependant évident qu'elle est la plus satisfaisante en termes de réponse à la crise de légitimité démocratique qu'affronte le Conseil. Or, le Conseil est régulièrement remis en cause par d'importantes figures politiques au fil des décisions n'allant pas en leur sens, ce qui explique par ailleurs le *selfrestraint* constant du Conseil. Dès lors, l'élection est indéniablement l'arme qui donnerait le plus de légitimité au Conseil pour surmonter cela, au risque de mettre en péril une juridictionnalisation pourtant essentielle. Mais toute atteinte à la juridictionnalisation du Conseil est intolérable. En ce sens,

²¹⁴ LEMAIRE (E.), *op. cit.*

il ne faut pas qu'une solution au problème de légitimité du Conseil devienne la source de nouveaux maux plus profonds, à commencer par une politisation du Conseil déjà excessive, en témoigne Bastien François qui constatait dès 2003 que « *En transportant la lutte politique sur le terrain constitutionnel, au prix – relativement modeste – d'une formalisation constitutionnelle de leurs intérêts politiques, les parlementaires de l'opposition favorisent le développement continu de la jurisprudence du Conseil constitutionnel qui accroît elle-même, potentiellement, les opportunités d'usages politiques de la saisine, et ainsi de suite* »²¹⁵. Dès lors, il apparaît que le meilleur compromis juridique semble résider dans la première solution ici envisagée, sans pour autant exclure de facto la solution électorale qui, après tout, fonctionne depuis plusieurs décennies dans un État tel que l'Allemagne, souvent pris en exemple en termes de justice constitutionnelle.

²¹⁵ FRANÇOIS (B.), « La perception du Conseil constitutionnel par la classe politique, les médias et l'opinion », *Pouvoirs*, 2003/2, n°105, pp. 133 à 142.

Conclusion de la seconde partie

Pour tirer les conclusions de cette analyse, il s'agit de mesurer le chemin parcouru par le Conseil constitutionnel depuis 1958. En effet, en dehors de toutes les imperfections et interrogations persistantes, le Conseil est factuellement passé d'un organe purement politique voué à garantir la mainmise de l'exécutif sur le Parlement, à une institution garante de l'État de droit se rapprochant toujours plus d'une véritable juridiction constitutionnelle européenne. Cette mutation s'est faite aussi bien de la propre initiative du Conseil, comme en 1971, que par les travaux du constituant à l'image des réformes de 1974 et de 2008. Or, face à ce nouveau rôle à l'importance croissante, il est tout à fait naturel que les exigences requises du Conseil suivent la même trajectoire.

C'est pourquoi la question de la légitimité du Conseil ressurgit avec une force renouvelée. Pour y répondre, le Conseil lui-même a en partie démontré sa volonté de progrès. Cela se reflète aussi bien sur les questions de transparence, de juridictionnalisation et de déontologie de ses membres. L'exemple le plus parlant de cela est l'adoption par le Conseil de règlements venant clarifier les procédures suivies lors de ses deux principaux contrôles. Cependant, cette volonté n'est que partiellement démontrée en ce que persistent des zones d'ombre à la fois embarrassantes et contradictoires, en témoigne le cas des indemnités du Conseil. Flou qui à lui seul pourrait suffire à remettre en question la légitimation du Conseil aux yeux des individus pourtant amenés à prendre une place de plus en plus importante au sein du contentieux constitutionnel.

Pour finaliser cette évolution et répondre à ces nouvelles exigences, une quatrième mue du Conseil après celles de 1971, 1974 et 2008 doit être envisagée. Elle doit alors concerner la procédure de nomination des membres du Conseil constitutionnel, la tentative de 2008 étant manifestement infructueuse. Dès lors, l'objectif de cette réforme doit être d'une part de confirmer les évolutions déjà constatées de juridictionnalisation et de transparence, et d'autre part d'assurer les compétences de ses membres aux yeux de tous. Car s'il n'est pas ici question de pointer tel ou tel membre du Conseil pour le désigner comme incompetent, force est de constater que certaines nominations ont suscité de vives critiques souvent fondées.

Conclusion Générale

En définitifs, la retenue constatée dans différents domaines de compétences du Conseil justifie une nouvelle grande mutation du Conseil constitutionnel. Si cette retenue peut prendre diverses formes, telles qu'un degré de contrôle variable, une jurisprudence à contre-temps des jurisprudences constitutionnelles européennes ou encore des changements purement théoriques pour les individus à l'heure où les justiciables sont amenés à se saisir du contentieux constitutionnel, la réponse doit venir du constituant et du Conseil à travers deux évolutions au sein d'une réforme à l'objectif défini.

Il est alors nécessaire de légitimer et de clarifier l'action du Conseil par une révision constitutionnelle pour permettre au Conseil d'ensuite affirmer son pouvoir de contrôle en surmontant sa doctrine vieillissante de *self restraint* au nom de l'État de droit. Car en l'état actuel, il paraît hautement improbable que le Conseil bénéficie de la légitimité suffisante pour opérer seul de tels changements. C'est également ce qu'avance le magistrat Christophe Tukov, qui constate que « *La légitimité des juges constitutionnels repose sur des fondements panachant indépendance, compétence et « élection ». Nos sages ne relèvent actuellement et objectivement d'aucun de ces trois critères, alors que leurs décisions emportent souvent des conséquences politiques indéniables* »²¹⁶, qui plaçait ensuite ses espoirs dans les premiers effets de la réforme de la nomination des membres du Conseil en indiquant que le Conseil « *N'est toujours pas, non plus, une Cour constitutionnelle ou suprême en l'absence notamment de compétence reconnue en matière de protection de l'ordre constitutionnel, mais la réforme de sa composition y contribuera* »²¹⁷, réforme qui s'est donc révélée insuffisante.

Or, l'État de droit prend progressivement une nouvelle place dans les démocraties européennes et donc en France. Cette mutation se fait à la lumière des droits et libertés fondamentaux, le Conseil ne pouvant alors se permettre ces approximations aussi bien pour lui que pour les individus. Dès lors, sa jurisprudence doit nécessairement tendre vers une logique juridique implacable, Arthur Dyevre soulignant « *Que les catégories jurisprudentielles soient flexibles n'implique cependant pas que les juges puissent, dans tous les cas de figure, décider*

²¹⁶ TUKOV (C.), « La 5^{ème} mue du Conseil constitutionnel ? Point sur l'État de droit et le gouvernement des juges », *La semaine juridique – Édition Générale*, 2013, n°8, pp. 378 à 386.

²¹⁷ *Ibid.*

à leur guise »²¹⁸, démontrant ensuite que « *L'argumentation juridique fonctionne à la fois comme un outil de relations publiques et comme une contrainte sur la latitude d'action du juge* »²¹⁹, ce qui a pour effet d'apporter certaines garanties aux justiciables tout en légitimant l'action de ce juge.

De plus, le Conseil ne peut plus se permettre certaines lacunes dans l'exercice de son contrôle garantissant les droits et libertés fondamentaux au regard des jurisprudences constitutionnelles européennes. En effet, les nouveaux enjeux de l'État de droit passent aussi par de nouveaux droits, notamment environnementaux, ou liés aux nouvelles technologies de l'information, qui ne se définissent plus à l'échelle nationale mais internationale. À défaut de pouvoir envisager une application universelle de ces nouvelles catégories de droits, les cours constitutionnelles européennes doivent travailler à harmoniser leurs jurisprudences, ce qui implique nécessairement un gommage des imperfections du Conseil afin que celui-ci puisse procéder à cette harmonisation.

Dès lors, le Conseil constitutionnel doit répondre juridiquement à ses hésitations persistantes en effaçant, ou *a minima* en réduisant, l'impact de sa doctrine de *self restraint*. Pour ce faire, il est donc nécessaire d'envisager une quatrième mue du Conseil afin de définitivement asseoir sa légitimité.

* *

*

²¹⁸ DYEUVRE (A.), « Les pouvoirs du juge constitutionnel dans les démocraties contemporaines », *RFDC*, 2023/1, n°133, pp. 17 à 26.

²¹⁹ *Ibid.*

Bibliographie

§1 – Ouvrages Généraux

CARCASSONNE (G.) et GUILLAUME (M.), *La Constitution*, Points, 2022, 7^{ème} éd., p. 496.

§2 – Monographies et thèses

AFROUKH (M.) et BONNET (J.) (Dir.), *Le Conseil constitutionnel et la Cour européenne des droits de l'homme : vers un nouvel équilibre ?*, Droit & Justice, 2021, n°121, p. 283.

BEAUD (O.), *La puissance de l'État*, PUF, 1994, p. 512.

BÉGUIN (J.-C.), *Le contrôle de la constitutionnalité des lois en République fédérale d'Allemagne*, *Economica*, 1982, p. 311.

BENHESSA (G.), *Le totem de l'État de droit : concept flou et conséquences claires*, L'Artilleur, 2021, p. 240.

CARTIER (E.) (Dir.), *La QPC, le procès et ses juges*, *Méthodes du droit*, 2013, p. 544.

CHEVALLIER (J.), *L'État de droit*, LGDJ, 6^{ème} édition, 2017, p. 149.

DEBRÉ (J.-L.), *Ce que je ne pouvais pas dire*, Robert Laffont, 2016, p. 504.

DOKHAN (D.), *Les limites du contrôle de la constitutionnalité des actes législatifs*, LGDJ, Bibliothèque Constitutionnelle et de Science Politique, 2005, p. 580.

DRAGO (G.), FRANÇOIS (B.) et MOLFESSIS (N.) (Dir.), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Université de Rennes, *Economica*, 20 et 21 septembre 1996, p. 415.

DUCHARME (T.), *La responsabilité de l'État du fait des lois déclarées contraires à la Constitution*, LGDJ, Bibliothèque Constitutionnelle et de Science Politique, 2019, p. 544.

DUCLERCQ (J.-B.), *Les mutations du contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, LGDJ, Bibliothèque Constitutionnelle et de Science Politique, 2015, p. 537.

- DUGUIT (L.)**, *Traité de droit constitutionnel*, Boccard, 3ème ed., 1928, p. 618.
- FATIN-ROUGE STEFANINI (M.)**, *Le contrôle du référendum par la justice constitutionnelle*, Presse Universitaire d'Aix-Marseille, 2004, p. 384.
- EUSCHLING (L.)**, *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2002, p. 739.
- LEMAIRE (E.) et PERROUD (T.) (Dir.)**, *Le Conseil constitutionnel à l'épreuve de la déontologie et de la transparence*, Institut Francophone pour la Justice et la Démocratie, coll. Colloques et Essais, 2022, p. 356.
- LETURCQ (S.)**, *Standards et droits fondamentaux devant le Conseil constitutionnel français et la Cour européenne des droits de l'homme*, Bibliothèque Constitutionnelle et de Science Politique, 2005, n°125, p. 416.
- MANOUGUIAN (A.)**, *La juridictionnalisation du droit constitutionnel français, Etude d'un phénomène doctrinal*, Nouvelle Bibliothèque de thèse – Dalloz, 2022, p. 584.
- THOMAS (J.)**, *L'indépendance du Conseil constitutionnel*, LGDJ, 2010, p. 385.
- PERRIN (A.)**, *L'injonction en droit public français*, Editions Panthéon Assas – Thèses, 2009, p. 917.
- PIGNARRE (P.-E.)**, *La Cour de justice de l'Union européenne, juridiction constitutionnelle*, Bruylant, 2021, p. 914.
- ROSSETTO (J.)**, *Recherche sur la notion de Constitution et l'évolution des régimes constitutionnels*, Institut Francophone pour la Justice et la Démocratie, coll. Colloques & Essais, 2019, p. 426.
- ROUSSEAU (D.)**, *Le Conseil constitutionnel en question*, L'Harmattan, 2004, p. 176.
- SCHMITT (C.)**, *Théorie de la Constitution*, 1927, PUF, éd. 1994, p. 576.
- SPONCHIADO (L.)**, *La compétence de nomination du président de la Cinquième République*, Dalloz, 2017, p. 692.

§3 – Articles et contributions

ARSAC (R.), « La fonction consultative du Conseil », *RFDC*, 2006/4, n°68, pp. 781 à 820.

BACHERT-PERETTI (A.), « la protection des données personnelles et le Conseil constitutionnel : une protection constitutionnelle de la vie privée informationnelle en contexte numérique », In AFROUKH (M.) et BONNET (J.) (Dir.), *Le Conseil constitutionnel et la Cour européenne des droits de l'homme : vers un nouvel équilibre ?*, Droit & Justice, 2021, n°121, pp. 155 à 188.

BACHERT-PERETTI (A.) et PADOVANI (J.), « Propos introductifs », *RFDC*, 2023/1, n°133, pp. 3 à 6.

BAU (N.) et ISRAËL (L.), « Quelques éclairages sociologiques sur la composition du Conseil constitutionnel », In LEMAIRE (E.) et PERROUD (T.) (Dir.), *Le Conseil constitutionnel à l'épreuve de la déontologie et de la transparence*, Institut Francophone pour la Justice et la Démocratie, coll. Colloques et Essais, 2022, pp. 61 à 82.

BENETTI (J.), « Continuité jurisprudentielle ou (nouveau) revirement ? À propos de la censure de cavaliers organiques par la décision du Conseil constitutionnel », *Constitutions*, n°2016/3, pp. 396 à 397.

BODA (J.-S.), « La décision du Conseil constitutionnel relative à la loi de financement rectificative de la sécurité sociale pour 2023 : un mauvais coup porté à la Constitution », *La Semaine juridique. Administrations et collectivités territoriales*, 24 avril 2023, n°16, act. 277.

BOUSTA (R.), « La « spécificité » du contrôle constitutionnel français de proportionnalité », *Revue Internationale de Droit Comparée*, 2007, n°59 (4), pp. 859 à 877.

BUGE (É.), « Les auditions des candidats aux fonctions de membre du Conseil constitutionnel par les commissions parlementaires constituent-elles un filtre déontologique ? », In LEMAIRE (E.) et PERROUD (T.) (Dir.), *Le Conseil constitutionnel à l'épreuve de la déontologie et de la transparence*, Institut Francophone pour la Justice et la Démocratie, coll. Colloques et Essais, 2022, pp. 83 à 104.

BURGORGUE-LARSEN (L.), « Les relations entre les cours constitutionnelles européennes et la Cour européenne des droits de l'homme – La dialectique de la complexité », In AFROUKH

(M.) et BONNET (J.) (Dir.), *Le Conseil constitutionnel et la Cour européenne des droits de l'homme : vers un nouvel équilibre ?*, Droit & Justice, 2021, n°121, pp. 49 à 65.

CARTIER (E.), « Les pouvoirs publics : entre stratégies défensives et préventives », In CARTIER (E.) (Dir.), *La QPC, le procès et ses juges*, Méthodes du droit, 2013, pp. 107 à 131.

CHAMPEIL-DESPLATS (V.), « Faut-il changer les modes de nomination des membres du Conseil constitutionnel ? Termes et enjeux du débat », In CHAMPEIL-DESPLATS (V.), LEMAIRE (E.) et MAUS (D.), « Controverse », *RFDC*, n°131, 2022, pp. 531 à 543.

CHAMPEIL-DESPLATS (V.), « Faut-il fixer des critères déontologiques pour les candidats aux fonctions de membre du Conseil constitutionnel ? », In LEMAIRE (E.) et PERROUD (T.) (Dir.), *Le Conseil constitutionnel à l'épreuve de la déontologie et de la transparence*, Institut Francophone pour la Justice et la Démocratie, coll. Colloques et Essais, 2022, pp. 21 à 32.

CHARITÉ (M.), « Le refus du Conseil constitutionnel d'un pouvoir général d'injonction à l'égard du législateur », *Les Petites Affiches*, 2021, n°5, pp. 23 à 26.

CHARPY (C.), « Droit constitutionnel et droit communautaire. Le statut constitutionnel du droit communautaire dans la jurisprudence (récente) du Conseil constitutionnel et de Conseil d'État (Contribution pour l'étude des rapports de systèmes constitutionnel et communautaire) », *RFDC*, 2009/4, n°80, pp. 795 à 815.

COURNIL (C.), « Enjeux et limites de la Charte de l'environnement face à l'urgence climatique », *RFDC*, 2020/2, n°122, pp. 345 à 368.

DE PAUL TETANG (F.), « A propos de la qualité des décisions du Conseil constitutionnel (réflexions à la lumière de la jurisprudence récente) », *RFDC*, 2016/4, n°108, pp. e1 à e36.

DEROSIER (J.-P.), « Enquête sur la limite constitutionnelle : du concept à la notion », *RFDC*, 2008/4, n°76, pp. 785 à 795.

DEUMIER (P.), « Le Conseil constitutionnel, la Cour européenne des droits de l'homme et la source jurisprudentielle », In AFROUKH (M.) et BONNET (J.) (Dir.), *Le Conseil constitutionnel et la Cour européenne des droits de l'homme : vers un nouvel équilibre ?*, Droit & Justice, 2021, n°121, pp. 115 à 132.

DORD (O.), « La QPC et le Parlement : une bienveillance réciproque », *NCCC*, n°38, (Dossier : Le Conseil constitutionnel et le Parlement), janvier 2013.

DRAGO (G.), « La qualité de l'argumentation constitutionnelle », *RFDC*, 2015/2, n°102, pp. 335 à 352.

DUBOUT (É.), « Quelle efficacité structurelle du procès constitutionnel ? », In CARTIER (E.) (Dir.), *La QPC, le procès et ses juges*, Méthodes du droit, 2013, pp. 198 à 221.

DYEVRE (A.), « Les pouvoirs du juge constitutionnel dans les démocraties contemporaines », *RFDC*, 2023/1, n°133, pp. 17 à 26.

FELDMAN (J.-P.) et DE BECHILLON (D.), « Le nouveau rôle du Conseil constitutionnel », *Commentaire*, 2012/2, n°138, pp. 467 à 473.

FONTAINE (L.), « Bilan et réflexions sur une éthique de la justice constitutionnelle à la lumière de ce qu'en font et de ce qu'en disent ses acteurs. Que doit-on attendre d'une réforme – nécessaire – du Conseil constitutionnel », In LEMAIRE (E.) et PERROUD (T.) (Dir.), *Le Conseil constitutionnel à l'épreuve de la déontologie et de la transparence*, Institut Francophone pour la Justice et la Démocratie, Colloques et Essais, 2022, pp. 151 à 173.

FRANÇOIS (B.), « La perception du Conseil constitutionnel par la classe politique, les médias et l'opinion », *Pouvoirs*, 2003/2, n°105, pp. 133 à 142.

FRICERO (N.) et ANTIPOLIS (S.), « Récusation et abstention des juges : analyse comparative de l'exigence commune d'impartialité », *NCCC*, 2013/3, n°40, pp. 37 à 48.

GAÏA (P.), « Le Conseil constitutionnel, le Conseil d'État et les normes internationales : duel ou duo ? », *RFDC*, 2021/1, n°125, pp. 3 à 96.

GENEVOIS (B.), « Faut-il maintenir la jurisprudence issue de la décision n°74-54 DC du 15 janvier 1975 ? », *CCC*, 1999, n°7.

GODEFRIDI (D.), « État de droit, liberté et démocratie », *Politique et Société*, 2004, n°1, pp. 143 à 169.

GOESEL-LE BIHAN (V.), « Le contrôle de proportionnalité au Conseil constitutionnel », *AJDA*, 2021, n°14, pp. 786 à 792.

GOESEL-LE BIHAN (V.), « Le contrôle exercé par le Conseil constitutionnel : défense et illustration d'une théorie générale », *RFDC*, 2001/1, n°45, pp. 67 à 83.

GUILLAUME (M.), « L'enrichissement des saisines parlementaires par le Conseil constitutionnel depuis la QPC », *NCCC*, 2015, n°48, pp. 127 à 142.

KELSEN (H.), « La garantie juridictionnelle de la Constitution (la justice constitutionnelle) », *RDP*, 1928, pp. 197-257.

KRENC (F.), « L'État de droit : une exigence à clarifier, un édifice à préserver », *Revue trimestrielle des droits de l'Homme*, 2021/4, n°128, pp. 775 à 790.

KRUGER (F.), « Où mènent les débats récents sur la sincérité du budget et des comptes de l'Etat ? », *AJDA*, 2017, n°31, pp. 1758 à 1767.

LE DÛ (S.), « Le refus du Conseil constitutionnel d'enjoindre au législateur : moins de pouvoirs, plus de déférence ? », *RFDC*, 2022, n°130, pp. 457 à 467.

LEMAIRE (E.), « Faut-il faire évoluer la procédure de désignation des membres du Conseil constitutionnel ? », In CHAMPEIL-DESPLATS (V.), LEMAIRES (E.) et MAUS (D.), « Controverse », *RFDC*, n°131, 2022, pp. 531 à 543.

LEMAIRE (E.), « Les bulletins de paye des membres du Conseil constitutionnel sont communicables », *AJDA*, 2020, n°28, pp. 1589 à 1595.

LEMAIRE (E.), « Propos introductifs », In LEMAIRES (E.) et PERROUD (T.) (Dir.), *Le Conseil constitutionnel à l'épreuve de la déontologie et de la transparence*, Institut Francophone pour la Justice et la Démocratie, Colloques et Essais, 2022, pp. 11 à 20.

LEMAIRE (E.), « Régime indemnitaire des membres du Conseil constitutionnel : où en est-on ? », In LEMAIRES (E.) et PERROUD (T.) (Dir.), *Le Conseil constitutionnel à l'épreuve de la déontologie et de la transparence*, Institut Francophone pour la Justice et la Démocratie, Colloques et Essais, 2022, pp. 217 à 232.

LENOIR (N.), « La décision n°2021-825 DC du 13 août 2021 sur la loi portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience à l'aune du droit constitutionnel européen », *La semaine juridique Édition Générale*, 2021, n°40, pp. 1798 à 1801.

MAGNON (X.), « La révolution continue : le Conseil constitutionnel est une juridiction... au sens de l'article 267 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne », *RFDC*, 2013/4, n°96, pp. 917 à 940.

MALAUURIE (P.), « La nécessité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel », In DRAGO (G.), FRANÇOIS (B.) et MOLFESSIS (N.) (Dir.), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Université de Rennes, *Economica*, 20 et 21 septembre 1996, pp. 293 à 294.

MARGUET (L.), « Le triple test est-il vraiment central à la protection constitutionnelles des libertés ? Observations sur un standard de contrôle à géométrie variable », *Revue des Droits de l'Homme*, 2021, n°21, pp. 266 à 294.

PEYROU-BARTOLL (S.), « la protection des données personnelles : le point de vue du droit européen des droits de l'homme », In AFROUKH (M.) et BONNET (J.) (Dir.), *Le Conseil constitutionnel et la Cour européenne des droits de l'homme : vers un nouvel équilibre ?*, Droit & Justice, 2021, n°121, pp. 155 à 188.

RASTOLL (A.), « Une méthode du contentieux constitutionnel climatique en construction ? », *Revue juridique de l'environnement*, 2022/2, n°47, pp. 261 à 264.

ROBLOT-TROIZIER (A.), « La responsabilité du fait des lois inconstitutionnelles », *RFDA*, 2020/1, pp. 149 à 156.

ROCHE (J.-B.), « Le contrôle juridictionnel du référendum en France (Partie I et II) », *Revue juridique de l'Ouest*, 2012-1 et 2012-2, pp. 47 à 99 et pp. 183 à 227.

ROUSSEAU (D.), « La jurisprudence du Conseil constitutionnel : quelle « nécessité démocratique » ? », In DRAGO (G.), FRANÇOIS (B.) et MOLFESSIS (N.) (Dir.), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Université de Rennes, Economica, 20 et 21 septembre 1996, pp. 363 à 380.

ROUSSEAU (D.), « Le procès constitutionnel », *Pouvoirs*, 2011/2, n°132, pp. 47 à 55.

ROY (M.), « La responsabilité de l'État du fait des lois irrégulières », *RFDC*, 2020/2, n°122, pp. e1 à e24.

SAVONITTO (F.), « Le Conseil constitutionnel et le contentieux climatique », *AJDA*, 2022, n°3, pp. 152 à 159.

SIMON (D.), « Conventionnalité et constitutionnalité », *Pouvoirs*, 2011/2, n°137, pp. 19 à 31.

SPONCHIADO (L.), « Faut-il faire évoluer l'encadrement des nominations des membres du Conseil constitutionnel ? », In LEMAIRE (E.) et PERROUD (T.) (Dir.), *Le Conseil constitutionnel à l'épreuve de la déontologie et de la transparence*, Institut Francophone pour la Justice et la Démocratie, Colloques et Essais, 2022, pp. 105 à 122.

SZYMCZAK (D.), « Les techniques de contrôle : vers une généralisation du contrôle de proportionnalité ? », AFROUKH (M.) et BONNET (J.) (Dir.), *Le Conseil constitutionnel et la*

Cour européenne des droits de l'homme : vers un nouvel équilibre ?, Droit & Justice, 2021, n°121, pp. 130 à 147.

TROPER (M.), « Le concept d'État de droit », *Droits*, 1992, pp.51 à 63.

TUKOV (C.), « La 5^{ème} mue du Conseil constitutionnel ? Point sur l'État de droit et le gouvernement des juges », *La semaine juridique – Édition Générale*, 2013, n°8, pp. 378 à 386.

VEDEL (G.), « Excès de pouvoir administratif et excès de pouvoir législatif (I) », *CCC*, n°1, 1996.

VEDEL (G.), « Excès de pouvoir administratif et excès de pouvoir législatif (II) », *CCC*, n°2, 1997.

VERPEAUX (M.), « la lutte contre le dérèglement climatique devant le juge constitutionnel : les espoirs déçus », *AJDA*, 2021, n°43, pp. 2526 à 2532.

VERPEAUX (M.), « Une décision (trop ?) attendue À propos de Cons. const., 14 avr. 2023, n° 2023-849 DC », *La Semaine juridique. Édition générale*, 24 avril 2023, n° 16, act. 504.

VIALA (A.), « Interpréter les droits et libertés, qu'est-ce à dire ? », *RFDC*, 2023/1, n°133, pp. 7 à 15.

VIALA (A.), « La légitimité et ses rapports au droit », *Les Cahiers Portalis*, 2020/1, n°7, pp. 27 à 40.

WALINE (M.), « Préface de la 1^{ère} édition des grandes Décisions du Conseil constitutionnel », *Dalloz*, 1974.

§4 – Articles en ligne

BARANGER (D.) et BEAUD (O.), « Ce que la réforme des retraites nous enseigne sur le droit constitutionnel de la Ve République », *Jus Politicum*, n°30, Juillet 2023, disponible sur : <https://juspoliticum.com/article/Ce-que-la-reforme-des-retraites-nous-enseigne-sur-le-droit-constitutionnel-de-la-Ve-Republique-1525.html>

BASILIEN-GAINCHE (M.-L.), BLACHER (P.), CHALTIEL (F.), FRANÇOIS (B.) et HEURTIN (J.-P.), « Le Conseil constitutionnel est, plus que jamais, un vieux club de mâles en

fin de carrière politique », *Le Monde*, 2 mars 2010, disponible sur : https://www.lemonde.fr/idees/article/2010/03/01/le-conseil-constitutionnel-est-plus-que-jamais-un-vieux-club-de-males-en-fin-de-carriere-politique_1312832_3232.html

BEAUD (O.), « Ce que la réforme des retraites nous enseigne sur le droit constitutionnel de la Ve République », *Jus Politicum*, n°30, Juillet 2023, disponible sur : <https://juspoliticum.com/article/Quelques-reflexions-sur-l-inculture-constitutionnelle-francaise-revelee-par-l-episode-de-la-reforme-des-retraites-1534.html>

BENZINA (S.), « Une illustration de la conception française du contrôle de constitutionnalité : les décisions sur la réforme des retraites », *Jus Politicum*, n°30, Juillet 2023, disponible sur : <https://juspoliticum.com/article/Une-illustration-de-la-conception-francaise-du-controle-de-constitutionnalite-les-decisions-sur-la-reforme-des-retraites-1535.html>

BOINNARD (L.), « La notion de déférence des juridictions constitutionnelles envers les branches politiques du pouvoir : approche comparée », AFDC – Congrès de Toulon 2023, Atelier 5, *Garanties juridictionnelles des droits et libertés fondamentaux*, disponible sur : <https://cfdc2023.univ-tln.fr/wp-content/uploads/Atelier-5-BOINNARD-Lea.pdf>

CHARITÉ (M.), « Des « droits fondamentaux » aux « droits essentiels », proposition pour une évolution conceptuelle », AFDC – Congrès de Toulon 2023, Atelier 5, *Garanties juridictionnelles des droits et libertés fondamentaux*, disponible sur : <https://cfdc2023.univ-tln.fr/wp-content/uploads/Atelier-5-CHARITE-Maxime.pdf>

DUCHARME (T.), Enjeux et limites du contentieux *a priori* », AFDC – Congrès de Toulon 2023, Atelier 5, *Garanties juridictionnelles des droits et libertés fondamentaux*, disponible sur : <https://cfdc2023.univ-tln.fr/wp-content/uploads/Atelier-5-DUCHARME-Theo.pdf>

GUILLUY (T.), « Nomination au Conseil constitutionnel : une fausse surprise et un vrai doute », *JP Blog*, 19 février 2019, disponible sur : <https://blog.juspoliticum.com/2019/02/19/nominations-au-conseil-constitutionnel-une-fausse-surprise-et-un-vrai-doute-par-thibault-guilluy/>

HEITZMANN-PATIN (M.), « Le règlement intérieur de la procédure de contrôle a priori devant le Conseil constitutionnel : avancées, lacunes ou incertitudes ? », *JP Blog*, 31 mars 2022, disponible sur : <https://blog.juspoliticum.com/2022/03/31/le-reglement-interieur-de-la-procedure-de-controle-a-priori-devant-le-conseil-constitutionnel-avancees-lacunes-ou-incertitudes-par-mathilde-heimann-patin/>

LEMAIRE (E.), « A propos de quelques problèmes juridiques entourant le régime indemnitaire des membres du Conseil constitutionnel », *JP Blog*, 12 décembre 2018, disponible sur : <https://blog.juspoliticum.com/2018/12/12/a-propos-de-quelques-problemes-juridiques-entourant-le-regime-indemnitare-des-membres-du-conseil-constitutionnel-par-elina-lemaire/>

LEMAIRE (E.), « Pour un contrôle véritable des candidatures au Conseil constitutionnel », *Le Monde*, 19 février 2022, disponible sur : https://www.lemonde.fr/idees/article/2022/02/18/pour-un-contrôle-veritable-des-candidatures-au-conseil-constitutionnel_6114194_3232.html

LEMAIRE (E.), « Régime indemnitaire des membres du Conseil constitutionnel : le gouvernement refuse la transparence », *JP Blog*, 11 avril 2019, disponible sur : <https://blog.juspoliticum.com/2019/04/11/regime-indemnitare-des-membres-du-conseil-constitutionnel-le-gouvernement-refuse-la-transparence-par-elina-lemaire/>

PLOUX (A.), « La légitimité du discours de motivation des cours constitutionnelles européennes : entre influence et contrôle démocratique », AFDC – Congrès de Toulon 2023, Atelier 5, *Garanties juridictionnelles des droits et libertés fondamentaux*, disponible sur : <https://cfdc2023.univ-tln.fr/wp-content/uploads/Atelier-5-PLOUX-Antoine.pdf>

TURI (S.), « Le Conseil constitutionnel n'est pas une cours suprême : l'instrumentalisation discutable du juge constitutionnel français dans l'épisode de la réforme des retraites », *JP Blog*, 27 avril 2023, disponible sur : <https://blog.juspoliticum.com/2023/04/27/le-conseil-constitutionnel-nest-pas-une-cour-supreme-linstrumentalisation-discutable-du-juge-constitutionnel-francais-dans-lepisode-de-la-reforme-des-retraites-pa/>

VAZQUEZ (V.), « Le tribunal constitutionnel espagnol : chronique d'une crise de crédibilité », *JP Blog*, 26 janvier 2023, disponible sur : <https://blog.juspoliticum.com/2023/01/26/le-tribunal-constitutionnel-espagnol-chronique-dune-crise-de-credibilite-par-victor-j-vazquez/>

WACHSMANN (P.), « Le cru 2022 des nominations au Conseil constitutionnel : en dessous du médiocre », *JP Blog*, 23 février 2022, disponible sur : <https://blog.juspoliticum.com/2022/02/23/le-cru-2022-des-nominations-au-conseil-constitutionnel-en-dessous-du-mediocre-par-patrick-wachsmann/>

§5 – Rapports et autres

FABIUS (L.), « Le Conseil Constitutionnel, institution repère de la République », Conférence organisée à l'Université de Lille le 24 février 2017 sur invitation de M. TOULEMONDE (G.).

FABIUS (L.), « Face aux crises et aux grandes mutations, resserrer les liens autour de l'État de droit », Rapport d'étude - Entretien, octobre 2022.

HOLLANDE (F.), « Vœux du président de la République au Conseil constitutionnel », 7 janvier 2013.

NADAL (J.-L.) (Dir.), « Renouer la confiance publique – Rapport au Président de la République sur l'exemplarité des responsables publics », HATVP, 2020, p. 192.

Table de jurisprudence

§1 – Conseil d’État

CE, 12 février 1960, *Société Eky*, req. n°46922

CE, Ass., 8 février 2007, *Gardedieu*, req. n°279522

CE, 24 décembre 2019, *Société Paris Clichy, Société Hôtelière Paris Eiffel Suffren, M. Laillat*, req. n°415981, n°425983 et n°428162

§2 – Conseil constitutionnel

A) Décisions DC (Déclaration de Conformité)

Cons. const., Décision n°62-20 DC du 6 novembre 1962

Cons. const., Décision n°70-39 DC du 19 juin 1970

Cons. const., Décision n°71-44 DC du 16 juillet 1971

Cons. const., Décision n°74-54 DC du 15 janvier 1975

Cons. const., Décision n°82-143 DC du 30 juillet 1982

Cons. const., Décision n°85-187 DC du 25 janvier 1985

Cons. const., Décision n°92-313 DC du 23 septembre 1992

Cons. const., Décision n°2003-483 DC du 14 août 2003

Cons. const., Décision n°2005-530 DC du 29 décembre 2005

Cons. const., Décision n°2008-562 DC du 21 février 2008

Cons. const., Décisions n°2009-579 DC du 9 avril 2009

Cons. const., Décision n°2009-599 DC du 29 décembre 2009

Cons. const., Décision n°2015-718 DC du 13 août 2015

Cons. const., Décision n°2016-732 DC du 28 juillet 2016

Cons. const., Décision n°2021-825 DC du 13 août 2021

Cons. const., Décision n°2022-843 DC du 12 août 2022

Cons. const., Décision n°2023-849 DC du 14 avril 2023

B) Décisions QPC (Question Prioritaire de Constitutionnalité)

Cons. const., Décision n°2010-10 QPC du 2 juillet 2010

Cons. const., Décision n°2010-14/22 QPC du 20 juillet 2010

Cons. const., Décision n°2011-116 QPC du 8 avril 2011

Cons. const., Décision n°2012-483 R QPC du 27 décembre 2012

Cons. const., Décision n°2013-314 QPC du 14 juin 2013

Cons. const., Décision n°2013-314 P QPC du 4 avril 2013

Cons. const., Décision n°2013-317 QPC du 24 mai 2013

Cons. const., Décision n°2013-314 QPC du 14 juin 2013

Cons. const., Décision n°2013-336 QPC du 1^{er} août 2013

Cons. const., Décision n°2019-823 QPC du 31 janvier 2020

Cons. const., Décision n°2021-971 QPC du 18 février 2022

C) Autres

Cons. const., Décision n°69-12 PDR du 28 avril 1969

Cons. const., Décision n°74-23 PDR du 3 avril 1974

Cons. const., Décision n°2010-117 ORGA du 4 février 2010

Cons. const., Décision n°2022-152 ORGA du 11 mars 2022

§3 – Cour de Cassation

Cass. du 24 mai 1975, *Société des cafés Jacques Vabre*, n°73-13.556 et CE du 20 octobre 1989, *Nicolo*, n°108243.

§4 – Juridictions européennes et étrangères

CEDH, 23 juin 1993, *Ruiz-Mateos*, n°12952/87

CJUE, 22 juin 2010, *Aziz Melki*, aff. C-188/10 et *Sélim Abdeli*, aff. C-189/10

CJUE, 30 mai 2013, *Jeremy F. c/ Premier ministre*, aff. C-168/13 PPU

Cour Suprême des Pays-Bas, aff. n°19/00135 du 13 janvier 2020, *Urgenda*

Tribunal Fédéral Suisse, aff. n°1C37/2019 du 5 mai 2020, *Aînées pour la protection du climat*

Cour Suprême d'Irlande, aff. n°205-19 du 31 juillet 2020, *Friends of the Irish Environment*

Cour Suprême de Norvège, aff. n°20-051052 du 22 décembre 2020, *Nature and Youth Norway, GreenPeace Nordic*

Tribunal Constitutionnel d'Allemagne, aff. n°1BvR2656/18 du 24 mars 2021, *Klimaschutzgesetz c/ loi relative à la protection du climat*

Table des matières

| | |
|---|-----------|
| REMERCIEMENTS..... | 2 |
| SOMMAIRE..... | 4 |
| INTRODUCTION..... | 5 |
| 1. De 1958 à 2023 : les actes de naissances du Conseil constitutionnel vers une véritable juridiction constitutionnelle ? | 7 |
| 2. Des évolutions majeures pour répondre aux nouvelles définitions de l'État de droit par le prisme des droits et libertés fondamentaux..... | 11 |
| 3. Champ de l'étude et délimitation du sujet..... | 14 |
| A) Délimitation matérielle..... | 14 |
| B) Délimitation temporelle..... | 15 |
| C) Délimitation géographique..... | 15 |
| 4. Problématique et annonce de plan..... | 16 |
| | |
| PREMIÈRE PARTIE : L'ÉMANCIPATION DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL CONFRONTÉE AUX LIMITATIONS DE SON CONTRÔLE..... | 17 |
| | |
| Chapitre 1 – Entre avancée et déception : le double visage du Conseil constitutionnel...18 | |
| | |
| Section 1 – L'absence persistante de pouvoir d'injonction au Parlement comme symbole de l'auto-limitation du Conseil..... | 18 |
| §1 – Analyse d'un refus tempéré..... | 19 |
| §2 – Pour un pouvoir général d'injonction du Conseil constitutionnel..... | 21 |
| | |
| Section 2 – Le degré de contrôle : l'affirmation d'un contrôle maximal et les doutes liés à la lenteur de ce progrès..... | 23 |
| | |
| Section 3 – La responsabilité de l'État du fait des lois irrégulières ou l'avancée trop ambitieuse ? | 28 |

| | |
|---|-----------|
| §1 – La construction complexe d’une jurisprudence louable..... | 28 |
| §2 – Les limites inhérentes à une responsabilité de l’État du fait des lois inconstitutionnelles..... | 30 |
| Chapitre 2 – Les limites du <i>self restraint</i> à la lumière des nouveaux enjeux de l’État de droit..... | 34 |
| Section 1 – La question environnementale confrontée à la retenue et l’approche abstraite du Conseil..... | 34 |
| §1 – La charte de l’environnement, fondement textuel unique en son genre...35 | |
| §2 – ...Entaché d’un <i>self restraint</i> freinant le développement de la jurisprudence constitutionnelle en matière environnementale..... | 37 |
| Section 2 – Vers une remise en question du refus du contrôle de conventionnalité par le Conseil constitutionnel ? | 39 |
| Section 3 – Le <i>self restraint</i> et ses conséquences : une protection affaiblie des droits et libertés fondamentaux..... | 43 |
| Conclusion de la première partie..... | 49 |
| | |
| SECONDE PARTIE : ENTRE RÉFORMES INTERNE ET INSTITUTIONNELLE : DEUX COMPOSANTES POUR UNE AVANCÉE MAJEURE..... | 51 |
| | |
| Chapitre 1 - Les efforts du Conseil pour construire une véritable juridiction au profit des justiciables : un bilan en demi-teinte justifiant une exigence accrue..... | 53 |
| Section 1 – La déontologie et la communication pour une plus grande transparence..... | 53 |
| Section 2 – La juridictionnalisation comme nouvelle composante démocratique..... | 58 |

| | |
|---|-----------|
| Section 3 – Des évolutions plus théoriques que pratiques ? | 62 |
| §1 – La déontologie au Conseil : un chantier en travaux perpétuels..... | 62 |
| §2 – Le flou révélateur entourant la question des indemnités au Conseil..... | 65 |
| §3 – La juridictionnalisation du Conseil matérialisant les efforts perfectibles du Conseil..... | 68 |
| Chapitre 2 – La nomination des membres du Conseil : débats éternels, enjeux actuels...71 | |
| Section 1 – L’insuffisance de la réforme de 2008..... | 71 |
| Section 2 – Pour un Conseil juridictionnel, compétent et transparent..... | 77 |
| §1 – Une procédure réglementée émanant d’un organe <i>ad hoc</i> | 77 |
| §2 – Le cas de l’élection directe ou indirecte des membres..... | 80 |
| Conclusion de la seconde partie..... | 83 |
| CONCLUSION GÉNÉRALE..... | 84 |
| BIBLIOGRAPHIE..... | 86 |
| §1 – Ouvrages généraux..... | 86 |
| §2 – Monographies et thèses..... | 86 |
| §3 – Articles et contributions..... | 88 |
| §4 – Articles en ligne..... | 93 |
| §5 – Rapports et autres..... | 96 |
| TABLE DE JURISPRUDENCE..... | 97 |
| §1 – Conseil d’État..... | 97 |
| §2 – Conseil constitutionnel..... | 97 |
| A) Décisions DC (Déclaration de Conformité)..... | 97 |

| | |
|--|------------|
| B) Décisions QPC (Question Prioritaire de Constitutionnalité)..... | 98 |
| C) Autres..... | 98 |
| §3 – Cour de Cassation..... | 99 |
| §4 – Juridictions européennes et étrangères..... | 99 |
| TABLE DES MATIÈRES..... | 100 |

Le présent mémoire traite de la question de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, de ses évolutions ainsi que ses lacunes persistantes. Dans un premier temps, l'étude établit un constat selon lequel, à travers les années, autant par des réformes que des grandes décisions, le Conseil a su développer sa jurisprudence pour la faire évoluer et devenir un véritable garant de l'État de droit. Cependant, si cette construction est louable, il ressort que la doctrine de *self restraint* intégrée par le Conseil freine ces avancées en faisant preuve d'une certaine retenue qui peut prendre diverses formes. Dès lors, il est ici question de démontrer l'obsolescence de cette approche.

C'est pourquoi, dans un second temps, l'étude tente de trouver des explications à ces imperfections, afin d'envisager ensuite certaines solutions. Il se dégage alors que le Conseil, en dépit de ses évolutions, demeure une institution qui, d'une part, voit sa légitimité remise fréquemment en question, et d'autre part, peine à véritablement s'affirmer comme une véritable juridiction aux yeux notamment d'une large partie de la doctrine. Ainsi, la présente étude s'efforce de démontrer qu'une dernière grande évolution est nécessaire afin de surmonter ces incompétences, changement qui semble majoritairement résider dans la procédure de nomination des membres du Conseil constitutionnel.

Si ce mémoire n'adopte pas une démarche purement comparative et trouve ses sources notamment dans la doctrine et la jurisprudence du Conseil, l'étude de certains États de droit permet également d'éclairer certaines interrogations. C'est pourquoi seront ici retrouvées des comparaisons entre le modèle français de justice constitutionnelle et d'autres, majoritairement européens.

Mots-clés :

- Conseil constitutionnel ;
- Justice constitutionnelle ;
- État de droit ;
- *Self restraint*.