

# Pour une vraie réforme du Conseil constitutionnel

Selon les juristes Lauréline Fontaine et Alain Supiot, le projet de loi « pour la confiance dans notre vie démocratique », qui prévoit d'exclure de l'institution les anciens présidents de la République, ne sera pas suffisant

Par LAURÉLINE FONTAINE  
et ALAIN SUPIOT

Le projet de loi « pour la confiance dans notre vie démocratique » annoncé par le garde des sceaux, François Bayrou, le 1<sup>er</sup> juin prévoit que les anciens présidents de la République ne seront plus membres de droit du Conseil constitutionnel. Cette réforme obéit à un argument juridique imparable : depuis 2008, le Conseil est amené à se prononcer sur la constitutionnalité des lois, non seulement avant, mais aussi bien après leur promulgation. Or on ne peut faire juger la constitutionnalité des lois par ceux-là mêmes qui ont présidé à leur adoption, sans enfreindre l'interdiction d'être juge et partie. Il y a donc de solides raisons d'approuver la réforme envisagée.

Mais ces raisons vaudraient aussi pour les anciens premiers ministres ou anciens ministres et parlementaires, qui forment une partie substantielle de ses membres. Pour instaurer une plus grande confiance dans notre justice constitutionnelle, la réforme devrait donc doter plus généralement le Conseil d'un statut juridictionnel à la hauteur des missions qui sont les siennes.

## VICES JURIDIQUES

Les observateurs étrangers tombent des nues lorsqu'ils découvrent le mélange des genres qui préside à la composition de notre Conseil constitutionnel. Dans toutes les autres grandes démocraties, le principe de la séparation des pouvoirs conduit à faire juger de la constitutionnalité des lois, non des hommes politiques ou leurs proches, mais des juristes qualifiés et compétents, hauts magistrats ou universitaires éminents, qui tirent leur autorité

**NOTRE CONSEIL FAIT  
PÂLE FIGURE  
DÉMOCRATIQUE FACE  
À SES HOMOLOGUES  
ÉTRANGERS. IL  
SERAIT CRUEL DE  
COMPARER CERTAINES  
DÉCISIONS RENDUES  
EN ALLEMAGNE  
ET EN FRANCE**

d'une longue pratique indépendante de l'interprétation du droit. Ces cours constitutionnelles sont donc composées, non d'hypothétiques « Sages », mais de véritables juges constitutionnels, plus nombreux et ayant chacun sous son autorité une petite équipe de juristes qualifiés (2 en Espagne, 4 en Allemagne, 6 en Inde), qui les assistent dans la préparation des cas dont ils ont à connaître.

Ni cette exigence de qualification ni cette assistance technique ne se retrouvent dans notre Conseil, dont la jurisprudence se trouve placée de facto sous l'influence prépondérante de son président (nommé, non par ses pairs, mais discrétionnairement par le président de la République) et de son secrétaire général (sociologiquement lié au Conseil d'Etat).

Dans toutes les grandes démocraties, la dimension inévitablement politique du choix des juges constitutionnels a pour contrepoids des procédures de nomination destinées à garantir leur compétence et leur indépendance (par exemple en Allemagne, les deux chambres du Parlement désignent chacune à une majorité des deux tiers une moitié des membres du Bundesverfassungsgericht).

Dans aucune de ces grandes démocraties, il ne serait concevable qu'un juge constitutionnel puisse se mettre en congé le temps de prendre part à une campagne électorale ; qu'un ancien ministre ou parlementaire puisse juger de la constitutionnalité d'une loi à l'adoption de laquelle il a pris part ; qu'un ancien directeur des services juridiques d'un grand groupe d'assurances siège pour censurer une disposition législative contrariant les intérêts des assureurs ; qu'un ancien président de ce Conseil ne fasse pas mystère d'avoir régulièrement pris l'avis sur sa jurisprudence, en dehors de toute procédure contradictoire, du président du Medef et de dirigeants de grandes entreprises.

Il serait erroné de faire ici grief aux personnes – dont on n'a pas de raison de mettre en doute le dévouement et l'intégrité – de vices juridiques, qui procèdent largement de l'histoire du Conseil et des missions très restreintes qui étaient les siennes lors de sa création en 1958. Mais il serait pareillement irresponsable de laisser ces vices sans remède, alors que le poids du Conseil constitutionnel n'a cessé de se renforcer, au point que le nécessaire et délicat équilibre entre le respect de la Constitution et celui du suffrage majoritaire se trouve parfois rompu.

Pour que les citoyens puissent s'assurer que cet équilibre est bien respecté, il conviendrait que les décisions du Conseil soient solidement motivées. L'obligation qui pèse sur le juge constitutionnel de rendre compte au peuple souverain des bornes qu'il pose au pouvoir de la majorité parlementaire, se confond en effet avec cette exigence de motivation.

Mais sur ce point également, notre Conseil fait pâle figure démocratique au regard de ses homologues étrangers. Il serait cruel de comparer par exemple les décisions rendues respec-

tivement en Allemagne et en France sur la constitutionnalité du traité de Lisbonne : d'un côté, une réflexion approfondie et de très haute tenue sur les enjeux de la ratification de ce traité au regard des principes constitutionnels de démocratie et d'économie sociale de marché ; de l'autre une check-list des modifications constitutionnelles impliquées par la ratification.

Pire : il arrive souvent que le Conseil ne se donne même pas la peine de poser les termes du problème qu'il est en train de résoudre. Ainsi il n'a pas même évoqué le principe de solidarité dans sa décision du 13 juin 2013 livrant à la concurrence pure et parfaite des assureurs le très lucratif « marché » obligatoire de la couverture complémentaire maladie des salariés ; dans cette même décision, il fait comme s'il allait de soi qu'une personne morale était assimilable à l'homme et au citoyen de la Déclaration de 1789, pour lui reconnaître une liberté contractuelle non pas équivalente, mais infiniment supérieure à celle des salariés, qui était également en cause mais dont il ne dit mot.

## DÉFICIT DE COMPÉTENCE

La comparaison est là aussi cruelle avec la façon très argumentée dont la Cour de justice de l'Union européenne ou la Cour suprême des Etats-Unis ont traité ces mêmes problèmes juridiques. Une telle absence de motivation passerait pour de la désinvolture, si on ne pouvait y voir la conséquence inévitable du mélange des genres et du déficit de compétence professionnelle qui marquent la composition et le fonctionnement de notre Conseil constitutionnel.

**LE MANQUE DE  
TRANSPARENCE  
NOURRIT  
LE SOUPÇON D'UNE  
CLASSE DIRIGEANTE  
QUI S'EST IMMUNISÉE  
CONTRE TOUTE  
REMISE EN QUESTION  
DE SES PRIVILÈGES**

L'impression qui en ressort pour le public est particulièrement désastreuse, lorsque ce manque de transparence nourrit le soupçon d'une classe dirigeante qui s'est immunisée contre toute remise en question de ses privilèges. On se rappelle ainsi qu'en 2013, déjà soucieux de « moralisation de la vie publique », le Parlement avait adopté une loi prévoyant d'interdire à ses membres de continuer à exercer une fonction de conseil, quelle qu'en soit la nature, lorsqu'ils ne l'exerçaient pas avant le début de leur mandat dans le cadre d'une profession réglementée. Il s'agissait de mettre un terme à la pratique, observée dans tous les partis politiques, consistant pour un élu à se mettre, moyennant finance, au service d'intérêts privés, qu'il a par ailleurs pour mission de réglementer au nom de l'intérêt général.

Invoquant rien moins que l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, le Conseil constitutionnel a jugé qu'interdire de telles pratiques,

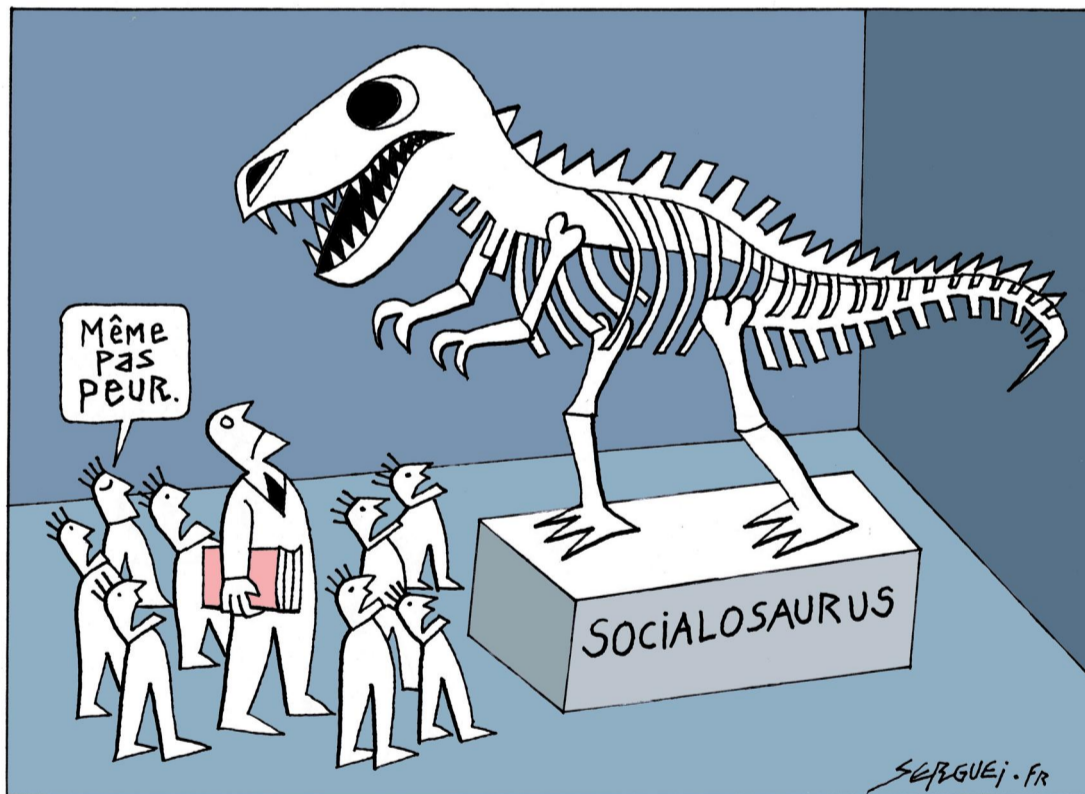
« [excéderait] manifestement ce qui est nécessaire pour protéger la liberté de choix de l'électeur, l'indépendance de l'élu ou prévenir les risques de confusion ou de conflits d'intérêts ».

On peine à comprendre en quoi il serait « manifestement excessif » d'interdire à un parlementaire d'ouvrir un cabinet de conseil quelques jours avant son entrée en fonction pour faciliter « les investissements à long terme » de riches clients intéressés au travail législatif. Comme l'ont illustré les déboires du candidat initialement donné favori à l'élection présidentielle de 2017, ce laxisme s'est révélé catastrophique pour ceux-là mêmes dont le Conseil entendait protéger les intérêts économiques.

Ayant ainsi entravé, sans motivation sérieuse, les précédents efforts de moralisation de la vie publique, le Conseil constitutionnel porte sa part de responsabilité dans le manque de confiance pour la vie démocratique auquel entend remédier le nouveau gouvernement. C'est pourquoi ce dernier serait bien inspiré de saisir l'opportunité de la réforme en cours, pour en faire une véritable juridiction, répondant aux mêmes exigences d'impartialité, de compétence et de transparence que ses homologues dans les grandes démocraties. ■

**J** Lauréline Fontaine est professeure à l'université Sorbonne-Nouvelle  
Alain Supiot est professeur au Collège de France

## CARTE BLANCHE – SERGUEI | Extinction



## La moralisation doit s'étendre à la haute fonction publique

Pour restaurer la confiance dans la vie publique, la transparence et le non-cumul doivent aussi s'appliquer aux hautes sphères de l'administration, estime le spécialiste en droit public Camille Mialot

Par CAMILLE MIALOT

Si les élus sont sous le feu des projecteurs avec le nouveau projet de loi sur la moralisation de la vie publique intitulé « Pour la confiance dans notre vie démocratique », la haute fonction publique ne semble pas concernée. Or à l'évidence, pour restaurer la confiance dans la vie publique, il convient aussi d'imposer des règles strictes de transparence et de non-cumul aux plus hautes sphères de l'administration.

Les observations qui suivent concernent principalement les membres du Conseil d'Etat, qui se trouvent au centre de la vie administrative et même politique de l'Etat. Par exemple, alors que les élus se sont vu imposer le non-cumul des mandats, il est toujours juridiquement possible pour un membre du Conseil d'Etat de cumuler les fonctions de juge suprême et de maire, ou de président de communauté d'agglomération, de président de métropole, ou encore de président de région, etc. – il en va de même des membres de la Cour des comptes.

Jouissant d'une position confortable au sein de l'appareil d'Etat, il est toujours loisible pour un membre du Conseil d'Etat de mener une campagne électorale et d'exercer successivement des fonctions publiques (ministre, premier ministre...) ou privées (avocat, etc.) et à nouveau des fonctions au Conseil d'Etat, ce dernier étant une garantie de retrouver un poste au gré des vicissitudes de la vie politique. On citera deux exemples, Laurent Wauquiez ou Edouard Philippe, qui n'ont jamais jugé opportun de démissionner du Conseil d'Etat.

## UN SENTIMENT DE DÉFIANCE

De même, il est possible de cumuler les fonctions administratives, comme celles de président de la section du contentieux du Conseil d'Etat (premier magistrat administratif de France) et de président de l'Opéra de Paris...

Sur le plan de la transparence, de nombreux efforts restent à faire. Alors même que les déclarations d'intérêts de nombreux élus locaux sont aujourd'hui publiques et consultables, celles des membres du Conseil d'Etat et d'autres hauts fonctionnaires, comme le secrétaire général du gouvernement, qui est d'ailleurs un membre du Conseil d'Etat, ne le sont pas. Ces déclarations sont secrètes et ne peuvent pas être consultées par le public ou les justiciables, sous peine de sanctions pénales ! Curieux état du droit... car lorsque ces déclarations concernent les magistrats du Conseil d'Etat, c'est évidemment ceux qui demandent justice, les justiciables, qui doivent être à même de contrôler l'impartialité de ceux qui doivent les juger !

Le sentiment général est qu'une caste de hauts fonctionnaires présents à tous les niveaux de l'Etat et tous les stades de

la production du droit – le directeur de cabinet du ministre de la justice, qui porte la loi sur la moralisation, est lui-même un membre du Conseil d'Etat – s'est délibérément octroyé un statut dérogatoire s'autorisant le cumul et ne rendant aucun compte aux citoyens. Cet état du droit doit absolument cesser pour restaurer la confiance dans la chose publique. Car aujourd'hui le déséquilibre est trop grand entre les obligations de transparence et de non-cumul imposées aux élus, et l'absence de ces obligations pour ceux qui se trouvent au sommet de l'Etat. ■

**J** Camille Mialot est maître de conférences à l'école de droit de Sciences Po Paris, avocat spécialiste en droit public