

# « L'indigence intellectuelle des décisions du Conseil constitutionnel est ignorée par beaucoup de politiciens »

## ENTRETIEN

### LAURÉLINE FONTAINE

La nomination à la tête du Conseil constitutionnel d'un proche du chef de l'État et la multiplication des entorses à la Constitution sont autant de signes d'un affaiblissement de la norme suprême, analyse la professeure de droit public à la Sorbonne Nouvelle. Elle publie sur le sujet un livre hétérodoxe et informé, « La Constitution au XXI<sup>e</sup> siècle. Histoire d'un fétiche social ».

PROPOS RECUEILLIS PAR  
**Martin Bernier**

LE FIGARO. - Politiquement fragilisé depuis la dissolution, Emmanuel Macron souhaite nommer Richard Ferrand pour présider le Conseil constitutionnel. Que vous inspire ce choix ? Cette décision risque-t-elle d'accroître la politisation et l'instrumentalisation de la justice constitutionnelle ?

LAURÉLINE FONTAINE. - Cette intention confirme que le pouvoir politique entend garder la main sur la justice constitutionnelle afin d'en neutraliser les effets le plus possible. Un ancien président de l'Assemblée nationale, fidèle parmi les fidèles du président de la République en exercice, qui devrait ensuite être le capitaine du contrôle de constitutionnalité des lois (c'est le rôle principal attribué au Conseil constitutionnel) : voilà un scénario qui se répète (l'actuel président, Laurent Fabius, est un ancien premier ministre et ancien président de l'Assemblée nationale, et son prédécesseur était aussi ancien ministre et ancien président de l'Assemblée nationale), et dont les mauvais effets s'amplifient avec le temps. Je ne crois pas inutile de rappeler que Richard Ferrand est l'un de ceux qui ont évoqué le plus sérieusement l'hypothèse d'un troisième mandat pour Emmanuel Macron, contre la Constitution. La justice constitutionnelle ne doit pas être utilisée comme une variable d'ajustement de la politique ; son esprit devrait résider dans l'exercice salutaire d'un contrôle du respect des prescrits constitutionnels tels qu'ils apparaissent favorables au corps social.

Nous n'avons jamais autant parlé de la Constitution - et de ses dispositions méconnues - que depuis la dissolution de l'Assemblée nationale. Mais cette séquence a aussi mis en lumière « la relative ignorance publique vis-à-vis de ce texte et son application ». Comment expliquer cette inculture constitutionnelle ?

La méconnaissance de la Constitution s'observe aussi bien chez les citoyens que chez les politiques. Et la multiplication des discours de constitutionnalistes dans le débat public n'y a aucunement remédié, car ils disent à peu près tout et son contraire ! À les écouter, pratiquement tout serait « constitutionnellement » soutenable. Ces discours ont diffusé dans l'espace public l'idée que la Constitution serait un texte très malléable. Pratiquement personne ne voit dans ce texte une source de limitation de l'exercice des pouvoirs - ce qu'il devrait pourtant être. À l'idée d'une constitution-limite on préfère l'idée d'une constitution-ressource dans laquelle chacun va chercher des dispositions à exploiter à son avantage. Si l'on ajoute à cela la technicité apparente du texte constitutionnel, on comprend pourquoi personne ne parvient à se l'approprier. Il y a donc un paradoxe : on invoque la Constitution à tout bout de champ sans en saisir l'utilité réelle. Elle est essentiellement mobilisée sur le registre de la croyance.

Ces derniers temps, les « coups de force constitutionnels » se sont multipliés - qu'il s'agisse du vote des ministres démissionnaires à l'Assemblée nationale, ou de l'utilisation de l'article 47.1 pour adopter la réforme des retraites. Pourquoi si peu de monde s'en offusque-t-il ?

L'idée de « coup de force » implique qu'on va tirer le texte à soi pour l'utiliser à son profit. Ce n'est pas tout à fait la même chose qu'une claire violation de la Constitution. L'idée de « coup de force » fait entendre que cela reste de l'ordre du possible. On peut prendre l'exemple de l'adoption de la réforme des retraites via une loi de financement de la Sécurité sociale rectificati-

ve qui a été validé par le Conseil constitutionnel. Il a reconnu que le gouvernement avait fait un usage inhabituel des procédures prévues par la Constitution, tout en n'y voyant pas un motif d'inconstitutionnalité. La lecture qu'il fait de la Constitution ignore ainsi la question de la limite, en lisant le texte de manière très large. Il aurait fallu que la Constitution interdisse explicitement au gouvernement d'utiliser l'article 47.1 pour réformer l'âge légal de départ à la retraite pour que ce soit considéré comme une violation de la Constitution.

Les « garde-fous » ne fonctionnent donc pas, ou peu souvent, et parfois il n'en existe même pas. Dans le cas du vote des ministres démissionnaires à l'Assemblée nationale à l'été 2024, il n'y avait pas de mécanisme organisant la sanction de ce « coup de force constitutionnel ».

Votre précédent livre faisait une critique sévère du Conseil constitutionnel. Vous revenez notamment sur la faiblesse des arguments avancés par celui-ci dans la plupart des décisions. Comment s'accommode-t-on de la faiblesse de sa réflexion juridique ?

Beaucoup ignorent le fonctionnement réel du Conseil constitutionnel et ne savent rien de la vacuité argumentative de ses décisions. Certains politiciens, après avoir lu mon livre *La Constitution maltraitée. Anatomie du Conseil constitutionnel* m'ont dit : « On ne savait pas que c'était comme ça », dans un mélange de naïveté feinte et de méconnaissance réelle. L'indigence intellectuelle de la plupart des décisions rendues par le Conseil constitutionnel a plusieurs explications, à commencer par le fait qu'il y a très peu de véritables juristes en son sein. Et quand il y en a, ce sont souvent des personnalités qui ont partie liée

avec le monde politique depuis très longtemps. La dernière professeur

Considérer que le droit est seulement un ensemble de règles sans fondements est une erreur épistémologique très grave

de droit nommée au Conseil constitutionnel n'était autre que Nicole Belloubet, ancienne rectrice et d'ailleurs sortie du Conseil avant la fin de son mandat pour devenir ministre. Les membres du Conseil ont en outre très peu d'assistants. Alors que chaque membre de la Cour suprême américaine a cinq *clerks* qui travaillent avec lui, et que la Cour constitutionnelle allemande emploie 1500 personnes environ, il y a moins de 100 personnes au Conseil constitutionnel français.

Par ailleurs, les membres du Conseil constitutionnel et le « service juridique » qui les épaulent considèrent que, pour comprendre et faire du droit constitutionnel, il faut se référer aux décisions du Conseil constitutionnel elles-mêmes qui interprètent la constitution et qui seraient la référence, là où souvent le texte est très largement interprété et très souvent neutralisé. On explique une décision par une décision précédente ; on ne sort jamais de la machine et on ne se rend pas compte à quel point ces décisions sont sous-argumentées, sous-motivées. Aujourd'hui pourtant, les motivations politiques de ceux qui décident sont très souvent évidentes et poussent même le Conseil à la faute. Dans la décision sur les retraites, par exemple (14 avril 2023), il a de manière grossière assimilé les mesures qui ont un impact sur les finances de la Sécurité sociale avec des mesures de financement, alors que ce sont deux choses très différentes. Mais c'est passé quand même, parce qu'il suffit que l'on dise que le Conseil constitutionnel fait autorité, en partie par ignorance de la réalité de son travail.

Même les juristes, dites-vous, ont renoncé à interpréter et comprendre le droit à l'aune de principes qui ne seraient pas que techniques et procéduraux. Pourquoi est-ce préoccupant ? C'est préoccupant car le droit est ce qui lie les membres d'une société. Si on ne voit dans les liens juridiques que des techniques dénuées de sens politique, moral et philosophique, on s'expose à justifier l'existence d'une société dont les normes tiennent par presque rien. Comme si on ne donnait pas de raisons à nos règles. Or il y a toujours une raison, et l'étude de ces raisons devrait relever du droit. Prenons l'exemple des règles de la procédure législative : si des délais minimums d'examen sont prévus dans la Constitution, c'est parce qu'on considère qu'il faut du temps pour faire de bonnes lois. Or on fait comme si cela n'existait pas : on se borne à dire « Il y a tant de jours ». Considé-

rer que le droit est seulement un ensemble de règles sans fondements est une erreur épistémologique très grave. Et en se mettant à l'écart de ce type de réflexion - sous prétexte de neutralité -, les juristes contribuent à vider le droit de sa substance.

Vous rappelez aussi que l'inscription de principes dans la Constitution ne suffit pas toujours à garantir leur respect. Comment l'expliquer ?

Ce que raconte la Constitution a une existence à travers tous les acteurs qui sont capables de lui donner vie. Ces acteurs sont les pouvoirs constitués - exécutif, législatif, judiciaire. Et la lecture qu'ils proposent de la Constitution n'est pas susceptible d'opposition. Or quand on regarde le texte, on voit que certains principes sont ignorés par les différents organes, et d'autres sont particulièrement appuyés, quitte à tirer du texte des principes qui n'y apparaissent pas, comme la liberté d'entreprendre ou la liberté contractuelle, utilisés assez largement par le juge constitutionnel.

Le Parlement peut toujours s'opposer à une interprétation du Conseil constitutionnel et modifier la Constitution à cette fin. Mais cela ne fonctionne pas toujours. Par exemple, l'article 45 de la Constitution sur le droit d'amendement a été modifié par le Parlement pour aller à l'encontre de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur les cavaliers législatifs, qui privait en grande partie les parlementaires de leur droit d'initiative législative. L'article 45 a été modifié pour dire qu'un amendement pouvait avoir un lien « indirect » avec le texte. Mais le Conseil n'en a pas tenu compte : lors de l'examen de la loi immigration en janvier 2024, il a censuré 32 dispositions au motif qu'elles n'avaient pas de lien, même indirect, avec le texte initial. C'était une interprétation problématique puisqu'il semblait à peu près évident que tous les amendements avaient un lien, même indirect, avec le texte initial (même si la « technique » vient expliquer que cette interprétation était possible).

Si cela ne garantit pas leur respect, inscrire dans la Constitution des droits sociaux ou sociétaux comme l'IVG n'a-t-il donc aucun intérêt ?

Inscrire des droits dans la Constitution a une utilité, mais pas celle que l'on croit. L'inscription de la liberté de recourir à l'IVG ne change rien à la garantie effective d'un droit qui figure déjà dans notre législation. Et si l'on veut l'interdire, il sera toujours possible de restreindre toutes les modalités sans que cela soit jugé inconstitutionnel par une lecture littérale de la Constitution. Mais l'inscription de ce droit a une utilité tout autre, qui est de rendre l'adhésion au texte constitutionnel plus grande : l'inscription de la liberté de recourir à l'IVG doit permettre de dire que nous avons un beau texte constitutionnel, un texte qui compte, suscite l'adhésion, et cela renforce encore la légitimité des pouvoirs institués par lui.

Cela permet-il de comparer la Constitution à un récit proche de la fable, voire de l'utopie, comme vous le faites ?

J'établis une filiation historique entre ces différents types de récits pour dire que l'idée d'écrire le pouvoir ne vient pas de nulle part. Beaucoup de contes et d'utopies parlent du pouvoir, et ils montrent combien le pouvoir réel, effectif, est éloigné l'image qu'on en a. Mais ces récits ont aussi provoqué une adhésion à l'image du pouvoir. On attribue à la Constitution cette même fonction d'adhésion à l'image d'une société politique jugée aimable. Peu importe, finalement, si ce que raconte la Constitution sur le plan des valeurs est souvent sujet à caution : nous avons mis notre salut dans l'écriture des constitutions, sans nous rendre compte que jusqu'à présent elles avaient été très en deçà des espoirs placés en elles.

Vous semblez mettre toutes les Constitutions dans le même sac. Ceux qui veulent changer de Constitution se trompent-ils de débat ?

Changer de Constitution pourra éventuellement régler des petits problèmes techniques mais nous retomberons inmanquablement sur les mêmes problématiques. C'est notre représentation de la Constitution qu'il faut changer. Le défi des constitutionnalistes dans les médias depuis six mois, est-ce autre chose que du spectacle ? Dans la mesure où leurs propos n'ont exercé aucune influence réelle sur le déroulement des événements, on comprend qu'une discussion sur la Constitution ne changera pas les choses. Il faut bien comprendre que les constitutions en elles-mêmes ne changent pas une société ; les constitutions succèdent au changement, elles le transcrivent, mais ne le provoquent jamais. ■



■ LA CONSTITUTION AU XXI<sup>e</sup> SIÈCLE. HISTOIRE D'UN FÉTICHE SOCIAL De Laureline Fontaine, Editions Amsterdam, 272 p., 20 €.

