Lauréline Fontaine « Le Conseil constitutionnel n’est pas un contre-pouvoir »

La professeure de droit souligne les faiblesses constitutionnelles de la loi sur la réforme des retraites, mais s’inquiète du manque d’impartialité et d’indépendance des conseillers de la rue de Montpensier

Propos Recueillis Par Anne Chemin

ENTRETIEN

Au moment même où tous les regards sont fixés sur le Conseil constitutionnel, qui doit se prononcer sur la réforme des retraites, Lauréline Fontaine, professeure de droit public et constitutionnel à la Sorbonne-Nouvelle, publie un ouvrage sur l’institution de la rue de Montpensier. Dans ce livre, préfacé par le spécialiste du droit du travail, Alain Supiot, *La Constitution maltraitée. Anatomie du Conseil constitutionnel*(Amsterdam, 288 pages, 20 euros), elle critique le manque d’indépendance et d’impartialité du Conseil.

Le Conseil constitutionnel va devoir se prononcer sur la réforme des retraites. Y a-t-il, selon vous, matière à une censure ?

Le premier point de faiblesse de la réforme des retraites est, évidemment, le « véhicule » législatif choisi par le gouvernement – l’article 47-1 de la Constitution sur les projets de loi de financement rectificative de la Sécurité sociale. Cette procédure est légale, mais elle n’est ni habituelle ni anodine : elle n’a jamais été utilisée pour une réforme aussi importante que le report de l’âge légal de la retraite – elle est réservée, en principe, à des textes de fin d’année sur le financement de la Sécurité sociale – et, surtout, elle restreint considérablement la durée des débats : le Parlement n’a que cinquante jours pour se prononcer.

Le second point de faiblesse de ce texte, c’est son contenu. Je ne pense pas au report de l’âge légal, qui a été modifié plusieurs fois au cours de la VeRépublique sans que le Conseil constitutionnel y fasse obstacle, mais à certains « cavaliers » sociaux. C’est le cas de la création d’un « index senior » obligatoire dans les entreprises de plus de 300 salariés : cette disposition n’a rien à voir avec le financement de la Sécurité sociale, ce qui pourrait pousser le Conseil, au nom de la cohérence législative, à la censurer.

Dans votre livre, vous êtes très critique à l’égard du Conseil constitutionnel. Est-ce à dire que vous contestez le principe même de la justice constitutionnelle ?

Je ne fais pas partie, très loin de là, de ceux qui s’insurgent contre le « gouvernement des juges » : la justice constitutionnelle doit, à mes yeux, être la garante de l’Etat de droit. Depuis l’émergence des Constitutions, au XVIIIe siècle, les textes fondamentaux fixent des limites au pouvoir politique : la justice constitutionnelle doit opposer aux majorités successives et volatiles la parole stable et forte de la Constitution et constituer un rempart contre les atteintes aux droits et aux libertés. Le problème, c’est que le Conseil constitutionnel, en France, n’est pas à la hauteur de cette mission.

Vous soulignez, dans votre ouvrage, le manque d’impartialité du Conseil. Quels en sont les signes ?

Ses membres sont à la fois juges et parties, ce qui est contraire au principe d’impartialité. La plupart d’entre eux sont issus des pouvoirs qu’ils sont censés contrôler : parce qu’ils ont été parlementaires, secrétaires généraux de l’Assemblée nationale, directeurs de cabinets ministériels, ministres, voire premier ministre – c’est le cas du président actuel, Laurent Fabius –, ils ont participé, d’une manière ou d’une autre, à l’élaboration des lois. Etant donné qu’ils ne se déportent pas toujours, cet entre-soi engendre des situations ubuesques de partialité : Jacqueline Gourault a ainsi été amenée à se prononcer sur la constitutionnalité d’une loi dont elle avait rédigé la circulaire d’application !

Quant à la procédure devant le Conseil, elle ne respecte pas les règles minimales du procès équitable. Le procès constitutionnel n’est pas un procès contradictoire : le gouvernement est omniprésent – il est très longuement consulté lors de réunions informelles –, alors que les parlementaires ne sont pas entendus : une fois qu’ils ont déposé leur recours, ils ne peuvent plus faire valoir leurs arguments en faveur de l’inconstitutionnalité d’une loi. Le débat est un peu plus ouvert dans le cadre des questions prioritaires de constitutionnalité, mais l’impartialité du juge constitutionnel est loin d’être garantie.

Vous dénoncez le manque d’indépendance des membres du Conseil constitutionnel, non en critiquant le système de nomination, comme on le fait souvent, mais en soulignant le climat d’entre-soi qui entoure cette procédure. Quel est-il ?

Les neuf membres du Conseil constitutionnel sont nommés par le président de la République, le président de l’Assemblée nationale et le président du Sénat. Ce n’est certes pas une marque d’indépendance, mais tous les pays, ou presque, ont mis en place des procédures comparables. Ce qui caractérise la France, ce n’est donc pas le lien de dépendance créé par le système de nomination, mais le climat de cooptation, voire de connivence, qui l’accompagne – ce qui n’est pas le cas, par exemple, outre-Atlantique.

Aux Etats-Unis, le candidat à la Cour suprême est auditionné pendant plusieurs jours par le Sénat, qui l’interroge de manière insistante et approfondie sur sa conception de la Constitution. Les sénateurs disposent d’une grande quantité de données – une enquête du FBI, une enquête des services fiscaux et une enquête de l’Office of Government Ethics, chargé de rechercher les conflits d’intérêts des agents du pouvoir exécutif. Ils peuvent aussi entendre des témoins et demander des compléments d’investigations.

En France, le candidat est entendu pendant environ une heure par les parlementaires. Cette discussion entre personnes de bonne compagnie donne lieu à un concert de louanges pendant lequel nul n’évoque les conflits d’intérêts éventuels du futur conseiller, ni même ses compétences juridiques. Lorsque Alain Juppé a été interrogé sur ce point, il a d’ailleurs plaidé le « droit à l’oubli » en ce qui concerne ses cours de droit constitutionnel de Sciences Po – ce qui est quand même un comble pour un futur membre du Conseil !

Faudrait-il que les membres du Conseil constitutionnel aient obligatoirement des compétences juridiques ?

Il est sain, à mes yeux, que le Conseil comprenne des non-juristes, mais la France se situe à l’extrême inverse : les professeurs de droit et les juges sont très rares dans notre justice constitutionnelle ! Ce mépris du droit nous distingue des autres pays : seulement trois d’entre eux n’exigent aucune compétence juridique – la France, les Etats-Unis et la Suisse –, mais la France est la seule à puiser quasi exclusivement ses juges constitutionnels dans le vivier politique. Aux Etats-Unis et en Suisse, l’usage veut que les candidats aient une solide expérience dans le domaine du droit.

Vous critiquez la faiblesse des décisions du Conseil, voire leur « pauvreté intellectuelle ». N’est-ce pas exagéré ?

Les décisions sont motivées, mais, la plupart du temps, cette motivation se résume à un « parce que » aux allures minimalistes : dans ses décisions, le Conseil se contente de dire que la loi est censurée ou validée parce qu’elle est contraire ou non à la Constitution, et ce, sans plus de détails, ou presque. Il est très rare qu’il y ait un travail approfondi de mise en perspective des notions constitutionnelles, comme le fait, par exemple, la Cour européenne des droits de l’homme : en 2005, dans un arrêt sur le port du voile dans les universités turques, elle invoque ainsi longuement des données historiques, politiques et juridiques qui permettent d’éclairer la notion de laïcité en Turquie.

Beaucoup de décisions du Conseil sont le signe de sa complaisance envers le pouvoir politique. Comment étayez-vous une telle accusation ?

Il est vrai qu’il est difficile de démontrer de manière incontestable cette loyauté envers le pouvoir politique. Des analyses statistiques montrent cependant que le Conseil, au fil de la session parlementaire, censure de moins en moins les textes qui lui sont soumis, comme s’il estimait qu’il ne pouvait aller au-delà d’un certain « quota ». Beaucoup de témoignages, parfois même ceux des conseillers, montrent, en outre, une très grande proximité, voire une très grande connivence, entre le Conseil et les élites politiques. Enfin, certaines décisions sont ouvertement politiques : c’est le cas, par exemple, de la validation des comptes de campagne de Jacques Chirac et d’Edouard Balladur, en 1995, qui étaient notoirement irréguliers – le président Roland Dumas s’était alors justifié en déclarant qu’il fallait « sauver la République ».

La réforme de 2008 a introduit une procédure nouvelle, la question prioritaire de constitutionnalité, qui permet à un justiciable d’interroger le Conseil sur une loi déjà promulguée. Quel bilan faites-vous de cette innovation démocratique, qui ouvre le Conseil aux citoyens et institue un contrôle non plus seulement a priori, mais aussi a posteriori ?

L’idée que les lois inconstitutionnelles déjà promulguées ne puissent plus prospérer dans l’ordre juridique est très bonne. L’excellente décision du Conseil sur le renforcement du rôle de l’avocat pendant la garde à vue, en 2010, a d’ailleurs été prise dans le cadre d’une question prioritaire de constitutionnalité. Mais cette procédure a renforcé la proximité du Conseil avec les intérêts économiques : leurs représentants l’utilisent plus souvent et avec plus de succès que les citoyens, qui étaient pourtant les plus concernés par cette réforme.

Votre réquisitoire est si accablant que l’on se demande si vous reconnaissez la portée de ce que l’on appelle les « grandes décisions » du Conseil constitutionnel – je pense, par exemple, à celle sur la liberté d’association en 1971. Est-ce le cas ?

Je ne condamne évidemment pas toute la jurisprudence du Conseil constitutionnel : la décision sur la liberté d’association de 1971 est salutaire, comme celle sur la fouille des véhicules de 1977 – le Conseil l’avait alors assimilée à une perquisition dans un domicile privé, ce qui a conduit à limiter les pouvoirs de la police. Mais, sur la durée et compte tenu des évolutions juridiques des dernières décennies, le Conseil n’est malheureusement pas un véritable contre-pouvoir : si un gouvernement autoritaire tentait, demain, de restreindre plus encore qu’aujourd’hui nos droits et libertés, je crains qu’il ait du mal à s’y opposer.

La Constitution maltraitée. Anatomie du Conseil constitutionnel

de Lauréline Fontaine, Amsterdam, 288 pages, 20 euros