HAL
open science

La neutralité procédurale du Conseil constitutionnel

Thomas Perroud

To cite this version:

Thomas Perroud. La neutralité procédurale du Conseil constitutionnel. 2017. hal-01560873v3

HAL Id: hal-01560873

https://hal.science/hal-01560873v3

Preprint submitted on 18 Mar 2018

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

La neutralité procédurale du Conseil constitutionnel

Thomas Perroud

Professeur de droit public, Université Panthéon-Assas (Paris II)

*****

« Ce droit parisien dont on ne parle pas, quoi qu'il constitue une haute jurisprudence sociale qui, bien apprise et bien pratiquée, mène à tout »

Honoré de Balzac[1]

« Dans un système de Droit libéral et individualiste, les juristes ne peuvent que professer une confiance complète dans le mécanisme du procès ».

J. Carbonnier[2]

Il est une vérité assez largement admise parmi les juristes que le juge doit, sinon être neutre, du moins donner l'apparence de la neutralité, par l'application d'une procédure contradictoire et publique. Une décision juridictionnelle n'est en effet que rarement neutre, dans le sens où, d'une part, elle doit prendre un parti, trancher entre deux prétentions et dans le sens où, d'autre part, lorsque le juge applique et interprète la loi, il n'est jamais complètement neutre. Le modèle du juge bouche de la loi, courroie de transmission neutre entre la loi et le litige, est dépassée, et d'autant plus contestable lorsque l'on étudie le Conseil constitutionnel. Comme le dit Derrida « les ruses de l'interprète ont un champ très ouvert et il n'oublie pas ses

[1] Le père Goriot, in La Comédie humaine, Paris, Gallimard, Bibliothèque de la Pléiade, 1976-1981, t. III, p. 109, cité par François Ost,

[2] Sociologie juridique, le procès et le jugement, Les cours de droit, p. 223.

intérêts »[3]. Une solution pour rendre acceptable l'absence de neutralité effective du juge est justement la neutralité de la procédure, du procès. C'est une grande idée de la justice de *common law*, bien exprimée par Lord Hewart et qui a tant inspiré la Cour européenne des droits de l'homme : « Not only must Justice be done; it must also be seen to be done. »[4]

La conception française du procès est assez éloignée de celle de *common law*, nous acceptons ainsi une intervention active du juge dans la conduite du procès en droit pénal, en droit administratif et en droit constitutionnel qui serait impensable de l'autre côté de la Manche ou de l'Atlantique[5]. Notre culture juridique, particulièrement en droit privé, a séparé historiquement les questions substantielles (le Code civil) de la procédure et il est particulièrement notable que la Déclaration de 1789, comme la Constitution de 1958, ne contiennent aucune référence à la procédure[6], au procès, à la différence des pays de *common law* dans lesquels la notion de *due process* est absolument fondamentale et inscrite dans la Magna Carta[7] anglaise comme dans le Bill of Rights américain[8]. Et ce n'est d'ailleurs qu'avec le contentieux né de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme que la théorie du procès prend un autre tour en France, ce que traduit le sous-titre de

---

[3] J. Derrida, Limited Inc., Galilée, 1990, p. 79.

[4] R v Sussex Justices, ex p McCarthy [1924] 1 KB 256. La théorie des apparences a connu un développement important en droit de la CEDH, mais surtout concernant l'indépendance et l'impartialité du juge (L. Milano, Le droit à un tribunal au sens de la Convention européenne des droits de l'Homme, Dalloz, Coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2006, pp. 397 suiv..

[5] A. Garapon, Procès et Trial, IHEJ, 10 janvier 2002.

[6] La seule mention pourrait être la présomption d'innocence, contenue dans la Déclaration de 1789, qui est une notion dont la portée est essentiellement procédurale, car elle fixe la charge de la preuve.

[7] La notion de due process of law n'est pas inscrite dans la version de 1215 de la Charte, qui impose de juger selon la loi du pays. La procédure (à travers le due process) n'apparaît que vers 1354 par une loi adoptée sous Edward III : « No man of what state or condition he be, shall be put out of his lands or tenements nor taken, nor disinherited, nor put to death, without he be brought to answer by due process of law. »

[8] Aux 5e et 14e amendements.

l'un des ouvrages de référence en Droit processuel dirigé par Serge Guinchard qui est devenu, pendant toute une période, « Droit commun et droit comparé du procès équitable »[9].

Malgré cette différence fondamentale avec le monde de *common law*, les procès en droit français sont tous formalisés, dans le sens où ils sont enserrés dans une procédure stricte, ils obéissent tous à une procédure contradictoire et ils sont ouverts au public sauf, justement, le procès constitutionnel. Le procès constitutionnel (en contrôle abstrait) est entièrement informel et secret. Peut-être notre culture séparant forme et fond explique-t-elle ce désintérêt pour cette déficience majeure du contentieux constitutionnel ? Mais notre culture change justement. La notion de procès équitable, notion venue d'ailleurs, irrigue aujourd'hui toutes les procédures, d'après les auteurs de l'ouvrage de droit processuel dirigé par Serge Guinchard[10], il doit donc permettre d'ordonner cette matière à laquelle Henri Motulsky[11] a donné ses lettres de noblesse, le droit processuel. Le droit au procès équitable est venu prendre la place en France du *due process* de *common law*, mais seul le contentieux constitutionnel semble être resté à l'écart de cette évolution, ce que ne manquent pas de relever certains ouvrages de droit processuel[12]. Les manuels de contentieux constitutionnel reprennent ces critiques, mais souvent de façon assez peu nette, sans appeler clairement à une réforme ou en ne visant pas certains problèmes de fond que nous essayerons d'analyser — par exemple la place du Secrétaire général[13]. Nous voudrions ici combler ce vide et appeler à

---

[9] Le sous-titre est désormais « droits fondamentaux du procès ».

[10] La notion de procès équitable a désormais disparu du sous-titre de l'ouvrage, préférant la notion de droits fondamentaux du procès (S. Guinchard et alii, Droit processuel, Dalloz, Coll. Précis, 9e éd., 2017.

[11] H. Motulsky, Droit processuel, Montchrestien, 1973.

[12] L'ouvrage dirigé par Serge Guinchard semble laisser la question de côté. L. Cadiet, J. Normand, S. Amrani Mekki, Théorie générale du procès, PUF, coll. Thémis Droit, 2e éd., 2013 (n° 29 et 30) ; E. Jauland, Droit processuel général, LGDJ-Lextenso, 3e éd., 2014. Il faut toutefois faire une exception, Emmanuel Jeuland note bien que le Conseil constitutionnel « n'applique pas toujours à lui-même ces principes de procédure » (p. 141).

[13] G. Drago, Contentieux constitutionnel, PUF, p. 372, n° 417.

intégrer le Conseil constitutionnel dans les théories générales du procès, même si celui-ci n'en respecte aucune des règles fondamentales.

Mais il faut cependant aller plus loin et d'abord expliquer ce que nous entendons par neutralité procédurale, sachant que même si la neutralité n'est pas une notion en tant que telle de droit processuel, elle l'irrigue[14]. Gérard Cornu définit la neutralité du juge par des éléments de procédure : l'impartialité, son objectivité dans l'examen contradictoire des prétentions des parties. Il ajoute le caractère accusatoire de la procédure et donc l'absence de pouvoir d'instruction[15] — sur ce dernier point, les juges des contentieux publics, nous l'avons déjà dit, ne le respectent pas en France. Il semble que l'on peut affirmer qu'un procès est neutre lorsque les conditions suivantes sont remplies : d'abord, il doit obéir à une procédure établie préalablement, laquelle fixe les droits et les devoirs de chaque partie ainsi que la place et les pouvoirs d'instruction du juge, lequel ne doit pas être éclipsé par d'autres acteurs au sein de l'institution. En outre, la procédure est neutre si tous les arguments dont le juge se servira pour prendre sa décision ont pu être discutés de façon contradictoire, car la neutralité implique nécessairement que le jugement soit rendu « à l'abri d'influences inadéquates dans la personne même du juge »[16]. Enfin, la procédure est neutre si elle est publique, car seule la publicité, par la peur qu'elle engendre du jugement de l'autre, permet un contrôle du juge. À l'aune de l'ensemble de ces critères, le procès devant le Conseil constitutionnel ne peut être

---

[14] Les éléments que nous visons tombent, dans l'ouvrage dirigé par Serge Guinchard, sous l'idée d'équité de la procédure. Dans le chapitre intitulé « Les garanties procédurales du droit d'accès à un bon juge », les auteurs traitent de la publicité de la procédure et du jugement, de l'équité de la procédure (motivation et contradictoire). La proximité entre l'idée de neutralité et d'impartialité se retrouve dans cet ouvrage : « Les membres de l'autorité judiciaire doivent satisfaire à l'obligation d'impartialité édictée à l'article 14, § 1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, à l'article 6, § 1 de la Convention EDH et à l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE, obligation qui est la traduction juridique d'une exigence de neutralité, elle-même gage de la crédibilité du juge » (p. 915).

[15] G. Cornu, Vocabulaire juridique, entrée « Neutralité ».

[16] S. Guinchard et alii, Droit processuel, préc., p. 905.

considéré comme neutre, car toutes les parties ne sont pas mises sur un pied d'égalité, et la procédure est secrète. En cela, le Conseil constitutionnel se rapproche plus d'un bureau, d'une Administration que d'un juge. Cette situation ne fait pas l'objet de critiques de la part de la doctrine constitutionnelle qui, au contraire, la défend, comme en témoigne le rapport remis par Denys de Béchillon à la demande du Conseil constitutionnel qui défend la non-application du contradictoire et de la publicité aux « portes étroites »[17].

Nous voudrions souligner particulièrement trois conséquences négatives de cette situation : d'abord, le gouvernement qui défend la loi n'est pas contrôlé et ne dispose pas de tous les éléments du dossier sur lesquels les juges trancheront, car le principe du contradictoire n'est pas respecté (I) ; ensuite, l'absence de procès donne une place trop importante aux portes étroites dont on ne peut contrôler l'apport puisque le principe de publicité de la procédure n'est pas non plus respecté (II) ; enfin, cette situation favorise l'acteur central de cette institution, le Secrétaire général, détenteur de cet anneau de Gigès qui le rend invisible au public, mais dont tout porte à croire qu'il a un rôle plus important que les juges eux-mêmes (III).

[17] « Réflexions sur le statut des « portes étroites » devant le Conseil constitutionnel », rapport remis au président du Conseil constitutionnel Laurent Fabius par Denys de Béchillon en janvier 2017, réalisé dans le cadre du Club des juristes. Disponible à cette adresse : http://www.leclubdesjuristes.com/wp-content/uploads/2017/02/Club-des-juristes-Notes-Portes-etroites-Fev-2017.pdf.

I. L'absence de neutralité du point de vue des parties : le refus du contradictoire[18]

La question du contradictoire devant le Conseil n'est pas neuve, et son importance n'a fait que croître, comme l'explique Dominique Schnapper[19], mais dire, comme a pu le faire Dominique Rousseau, que le principe du contradictoire est un acquis n'est pas exact[20]. Quelles sont les parties dans ce contentieux ? Il y a d'une part les saisissants, dont la qualité est fixée par la Constitution et dont le rôle se limite en pratique à déclencher le contrôle et à fixer le cadre du litige, mais à le fixer au minimum puisque le Conseil peut soulever d'office certains moyens et, par la technique néo-calédonienne, étendre son contrôle à une loi antérieure. Les saisissants sont ensuite inexistants dans le procès constitutionnel. Ils disparaissent au profit d'un « avocat » de la loi. La loi est en effet défendue par un autre acteur, le Secrétariat général du gouvernement, service du Premier ministre — et donc proche par la formation et la culture du Secrétaire général du Conseil constitutionnel. Les saisissants et le Secrétariat général du

---

[18] La question du contradictoire devant le Conseil est une question ancienne. Au moment de sa prise de fonction, Daniel Mayer fait un discours dans lequel il émet ce souhait : « En outre, ce sera ma dernière remarque, n'hésitons pas à révéler sur quels débats, sur quels documents, nous nous sommes fondés. Trop de silence a fait naître chez certains une suspicion sur notre acceptation d'un débat équilibré. Être plus explicites sur notre procédure doit suffire à lever beaucoup de ces préventions. (…). Notre autorité dépendant uniquement, nous le savons tous, de la confiance de nos concitoyens. Allons donc au-delà de cette « movitation » qu'exigent les textes et montrons par ces indications le prix que nous attachons à nous éclairer par un large débat. S'il ne peut revêtir devant nous la forme du contradictoire classique, il doit conduire à prendre en compte tout argument pertinent » (Discours prononcé lors de la délibération du 24 mars 1983, pp. 6-7). À ce discours, Georges Vedel lui répondra par lettre ceci : « Indépendamment des objectifs généraux que vous avez définis, j'ai été particulièrement sensible aux remarques que vous avez faîtes sur l'amélioration de nos procédures, notamment en ce qui concerne le principe du contradictoire. Comme rapporteur dans diverses affaires, notamment la loi « sécurité et liberté », les deux lois sur les nationalisations, je me suis efforcé d'assurer une instruction loyale et contradictoire. Mais, sans aller jusqu'à envisager une loi organique avec les complications que ceci suppose (et sans doute aussi les délais) je crois que le Conseil peut apporter à sa pratique des aménagements utiles. Et aussi sans doute combattre des « tics » de système : ne pas révéler dans les décisions les noms des membres ayant siégé (ce qui prive le Conseil de faire constater l'assiduité sans faute de ses membres), cacher le nom du rapporteur (secret de Polichinelle), etc. » (Lettre de Georges Vedel à Daniel Mayerdu, 25 mars 1983, Archives de Daniel Mayer à SciencesPo, Fonds 3 MA 32).

[19] D. Schnapper, Une sociologue au Conseil constitutionnel, Gallimard, NRF Essais, p. 128.

[20] D. Rousseau, Droit du contentieux constitutionnel Lextenso, Coll. Domat, n° 79. Dans la 11e édition du manuel, les auteurs sont plus nuancés (n° 115).

gouvernement (SGG) sont les deux seules parties officielles du procès constitutionnel. Nous voudrions ici concentrer notre analyse sur le problème de la neutralité du défenseur de la loi, le SGG. Or, deux problèmes sont posés à ce stade : d'une part le SGG peut poursuivre ses propres objectifs, différents de ceux du législateur (A), d'autre part, il n'est pas en possession de tous les moyens pour défendre efficacement la loi (B).

A. L'avocat du Parlement et ses ruses

Le problème de la représentation du législateur en justice est un problème classique de l'histoire constitutionnelle française, que l'on se rappelle du référé législatif, imaginé par les révolutionnaires et dont l'idée était que seul le législateur pouvait interpréter la volonté qu'il avait lui-même exprimée, et non le juge[21]. C'est un problème classique que l'on formule et en sciences politiques et en économie en termes de relation principal agent, le principal (le législateur) sera représenté devant le Conseil par une autre personne (le SGG). Dans ce type de configuration, les deux acteurs peuvent ne pas avoir les mêmes intérêts et toute la question qu'essaye de résoudre cette théorie est justement l'alignement des intérêts. Cet alignement ne peut se produire, devant le Conseil, que si le SGG défend la loi en toute transparence. Or, nous n'avons que les observations écrites de cet acteur, et nous ne les avons qu'a posteriori.

Lors des entretiens que nous avons pu effectuer, certains juges nous ont confirmés que le zèle du Secrétariat général du gouvernement pour défendre la loi pouvait être à géométrie variable, ce qui est évidemment hautement problématique et qui a d'ailleurs déjà été relevé[22]. Le

---

[21] V. la thèse d'A. Hachemi, Le juge administratif et la loi (1789-1889), Université Panthéon-Assas (Paris 2), p. 22.

[22] O. Schrameck, « Les aspects procéduraux des saisines », in Vingt ans de saisine parlementaire du Conseil constitutionnel, Economica, 1994. Disponible ici : http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/procedure.pdf : « (…) la position ambiguë, souvent relevée, du secrétariat général du Gouvernement qui est conduit à défendre des dispositions d'une loi dont le Gouvernement n'est pas toujours à l'origine ou plus souvent d'amendements parlementaires qui ont pu même ne pas recueillir son assentiment. On peut d'ailleurs relever

Secrétariat est un service du Premier ministre, lequel est aussi titulaire du pouvoir de saisir le Conseil. Le Secrétariat peut donc se trouver dans la situation de devoir défendre une loi que son supérieur hiérarchique souhaiterait voir annuler. Mais, de manière générale, le Gouvernement, que dirige le Premier ministre, est bien souvent l'auteur de la loi, que le Parlement peut avoir modifiée, complétée, édulcorée. Dans ce cas, qui le Secrétariat servira-t-il ? Le Parlement ou le gouvernement ? Le Conseil a d'ailleurs renoncé très vite à entendre les parlementaires pour défendre la loi, car ils n'avaient bien souvent rien à dire, ce que plusieurs entretiens que nous avons menés ont confirmé, et ce qui semble bien du domaine de l'évidence, le Parlement n'étant, sous la Ve République, qu'une chambre d'enregistrement de la volonté du Gouvernement.

Que dire en outre des liens sociologiques qui lient le Secrétaire général du Conseil constitutionnel et le Secrétariat général du gouvernement ? Ces deux personnages viennent en général de la même institution, le Conseil d'État. L'actuel directeur du SGG est au surplus l'ancien Secrétaire général du Conseil[23]. Jean-Éric Schoettl avait, lui, été au SGG avant d'être nommé Secrétaire général du Conseil[24]. Ces nominations dépendent toutes de l'exécutif, d'ailleurs. Nous verrons plus loin le rôle central du Secrétaire général du Conseil, cette proximité signifie qu'une importance démesurée est conférée au Gouvernement et à l'Administration dans le fonctionnement même du Conseil constitutionnel.

---

qu'il arrive que le secrétariat général du Gouvernement s'en remette sur certaines de ces dispositions à la sagesse du Conseil constitutionnel et il peut même s'abstenir de produire s'agissant d'une disposition évoquée oralement mais non contestée par les saisissants dès lors que sa défense pourrait lui paraître le mettre en contradiction avec des positions prises antérieurement ».

[23] Marc Guillaume a été Secrétaire général du Conseil constitutionnel de juin 2007 à avril 2015. Il dirige le SGG depuis avril 2015.

[24] Il est nommé directeur du SGG du 3 mars 1993 au 18 juin 1997. Il est nommé ensuite au Conseil constitutionnel par un décret du 14 juin 1997.

La question de la défense de la loi est une question qui n'est pas unique à la France, bien entendu. Prenons un exemple. Aux États-Unis, le président Obama a affirmé publiquement qu'il se refusait à défendre la loi DOMA dont la constitutionnalité allait être déférée au contrôle de la Cour suprême, car il y était opposé. Il s'agissait d'une loi privant les couples de même sexe de certains bénéfices fiscaux fédéraux. Mais il l'a dit publiquement. Alors même que le ministère de la Justice aux États-Unis se fait un devoir de défendre chaque loi (et il avait donc défendu la loi DOMA auparavant dans de nombreux litiges), l'Attorney General Eic Holder, après en avoir discuté avec le président, déclare ceci publiquement le 23 février 2011 : «After careful consideration, including a review of my recommendation, the President has concluded that given a number of factors, including a documented history of discrimination, classifications based on sexual orientation should be subject to a more heightened standard of scrutiny. The President has also concluded that Section 3 of DOMA, as applied to legally married same-sex couples, fails to meet that standard and is therefore unconstitutional. Given that conclusion, the President has instructed the Department not to defend the statute in such cases. »[25] En outre, il informa le Speaker de la Chambre des représentants qu'il pouvait participer au contentieux. La loi a été censurée par la Cour[26].

La différence entre les États-Unis et la France est que l'opinion publique peut se saisir de la façon dont le défenseur de la loi interprète la Constitution (l'audience est publique et les contributions de chaque partie publiées) et, bien sûr, le raisonnement de la Cour étant motivé, on perçoit tout de suite les motifs de la décision. Le secret qui entoure la contribution du Secrétariat en France ne permet pas de contrôler efficacement ses mobiles : les observations

---

[25] Statement of the Attorney General on Litigation Involving the Defense of Marriage Act, February 23, 2011. Retrieved July 5, 2012.

[26] United States v. Windsor 699 F. 3d 169.

du gouvernement sont rendues publiques. L'audience avec le SGG reste, elle, secrète, en contradiction avec l'ensemble des principes gouvernant les procédures juridictionnelles classiques. En outre, nous n'avons ces éléments qu'au moment de la publication de la décision définitive (au journal officiel d'abord, puis désormais aussi sur le site internet).

Pour examiner ce problème de duplicité de l'avocat de la loi, nous pouvons prendre l'exemple de la décision du 8 décembre 2016 (n° 2016-741 DC) sur la Loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique. Cette décision illustre aussi de façon extrêmement aiguë les défauts de ce « procès » fait à la loi, ici à deux titres. D'une part, c'est un exemple où le Premier ministre a formulé une saisine, alors que ce sont ses services (le SGG) qui sont chargés de défendre la loi devant le Conseil. D'autre part, la presse a pu se faire l'écho de bruits indiquant que les hauts fonctionnaires étaient opposés à la disposition de cette loi encadrant les conflits d'intérêts de la haute fonction publique de façon plus serrée. Le Secrétariat général du gouvernement se serait fait le relais de cette hostilité alors même que c'est ce service de Matignon qui est chargé de défendre la loi en formulant les observations du gouvernement au cours de la procédure de contrôle.

Comme on l'a dit, il semble, à croire la presse, que les hauts fonctionnaires n'étaient pas favorables à cette mesure. Mais ces griefs, légitimes, ne sont à aucun moment formulés dans le procès constitutionnel, puisque le Conseil n'était absolument pas saisi de ce point qui ne figure dans aucune saisine. C'est un élément qu'il a relevé d'office. Nous savons donc par la presse que le SGG était hostile à une mesure législative sur la prévention des conflits d'intérêts, nous savons que le Conseil l'a censuré, mais à aucun moment le procès ne s'en fait l'écho (il n'y a ni publicité, ni contradictoire sur ce point). Ce cas manifeste toute l'imperfection de la procédure devant le Conseil, qui met la loi en position délicate, puisqu'une fois qu'elle a été votée, ceux qui la défendent peuvent avoir intérêt à la voir

annuler. Nous voudrions en dire deux mots, non seulement pour exposer comment et pourquoi le Secrétariat a agi contre la loi, mais aussi pour montrer quels intérêts les imperfections du procès constitutionnel peuvent servir.

De quel mécanisme s'agissait-il ? Le problème dont il s'agit est celui du contrôle du pantouflage de certains hauts fonctionnaires, attribué jusqu'alors à la Commission de déontologie de la fonction publique (CDFP) et que le Parlement a souhaité attribuer à la HATVP, autorité administrative indépendante.

Quel est le problème ? La peur d'une politique plus restrictive à la HATVP certainement liée à un élément sociologique : la Haute autorité serait dominée par la magistrature et serait plus offensive alors que la CDFP serait, elle, dominée par le Conseil d'État. Le journal spécialisé Acteurs publics fournit à ce sujet l'explication suivante : « La HATVP avait en effet l'intention de se montrer plus restrictive, non pas sur le principe même des départs (les règles ne changent pas), mais sur les réserves émises dans certains avis de compatibilité, c'est-à-dire sur les conditions dans lesquelles l'aval est accordé (ne pas rencontrer untel, etc.). Le transfert était d'autant plus mal perçu que la HATVP aurait eu la possibilité de rendre publics les avis d'incompatibilité (feux rouges) ou les avis de compatibilité assortis de réserves (feux orange). À mille lieues de la culture du secret entretenue par les hautes sphères administratives » (Actualités, lundi 12 décembre 2016). On voit donc clairement ici quels sont les intérêts en présence. Comment cette question allait-elle être traduite en question constitutionnelle et pouvoir être contrôlée par le juge ? Médipart[27], qui a révélé l'opposition du SGG à cette

[27] M. Mathieu, Enquête sur les coulisses du Conseil constitutionnel cible des lobbies, Médiapart (Disponible ici : http://www.mediapart.fr/journal/france/121015/enquete-sur-les-coulisses-du-conseil-constitutionnel-cible-des-lobbies). V. les développements sur le Blog Les cuisines de l'Assemblée : M. Castagné, S. Viguer, B. Lacourieux, « Derrière les portes étroites du Conseil constitutionnel » (Disponible ici : http://blogs.lexpress.fr/cuisines-assemblee/2015/10/12/derriere-les-portes-etroites-du-conseil-constitutionnel/).

mesure, avançait que le SGG aurait invoqué une atteinte à la sécurité juridique. Le Conseil a trouvé, de lui-même, un grief encore plus neutre, en apparence : il y avait, dans cette mesure, un problème d'intelligibilité de la loi en raison d'une contradiction, les deux autorités auraient été concurremment compétentes. Ce choix en dit long sur l'utilisation stratégique que l'on peut faire de tous ces principes constitutionnels relatifs à la « qualité » de la loi, issu de tout ce mouvement managérial qui trouve ici une expression de rang constitutionnel. Mais là n'est pas le problème. Les révélations de Mediapart montrent que le SGG a agi contre le législateur qu'il était censé défendre, et cela suffit pour faire de cette décision un véritable problème imposant, pour l'avenir, ou d'écarter le SGG de la procédure ou de rendre cette partie de la procédure absolument transparente.

Mais ceci n'est qu'un seul problème qui affecte la défense de la loi. L'autre est l'absence de contradictoire.

B. L'avocat du Parlement et ses faiblesses

Le Secrétariat général du gouvernement peut défendre ses propres objectifs. Mais, quand bien même il souhaiterait authentiquement défendre la loi, il ne le pourrait pas, en l'absence de contradictoire véritable. La procédure devant le Conseil est inquisitoire, mais elle n'est pas contradictoire. Aussi, tous les apports que recevra le Conseil pour établir sa conviction ne seront pas discutés. Trois éléments révèlent de façon particulièrement saillante l'inégalité dans laquelle le parti de la loi est placé dans le procès constitutionnel : les consultations diligentées par le Conseil, les contributions extérieures, les moyens soulevés d'office.

Le Conseil constitutionnel pratique la consultation de façon abondante, mais secrètement. Ces consultations sont d'ordre divers : il peut s'agir de représentants de la société civile, il peut s'agir d'experts reconnus d'une question d'économie par exemple, enfin, des conseillers

juridiques officieux ont toujours été présents au Conseil. Sur la loi sur le mariage pour tous, il a par exemple écouté des enfants de familles homoparentales, comme l'avaient fait les parlementaires avant lui[28], le livre de Jean-Louis Debré révèle une activité de consultation extrêmement dense, mais hors du cadre du Conseil ou d'un litige[29].

Le Conseil peut entendre des experts, dans le cadre de son office. Les expertises peuvent éventuellement contredire les expertises diligentées par le Gouvernement pour rédiger la loi. Or, si le Conseil censure sur le fondement d'une expertise démontrant, par exemple, qu'il existe un choix de politique publique (différent de celui finalement choisi par le Gouvernement et le Parlement) qui permet d'atteindre le même objectif en présentant une violation moindre d'une liberté fondamentale, n'est-ce pas de toute première importance que d'en informer les décideurs ? Il ne s'agit pas d'un cas d'école. Pour la censure sur la « Loi sur la sécurisation de l'emploi », le Conseil a ainsi entendu deux économistes pour se faire une religion sur ces fameuses clauses de désignation dont nous avons parlé sur le blog Jus Politicum[30]. Qu'ont dit ces économistes qui a pu éventuellement faire pencher la balance ? Nous ne le saurons jamais. Ces expertises ne sont pas soumises au contradictoire et ne sont pas davantage publiques, mais elles ont pu servir à censurer une loi.

Il faut ménager un sort à part aux conseillers juridiques officieux du Conseil, dont l'apport n'est pas, non plus, soumis au contradictoire. François Luchaire a toujours eu une place à part au Conseil. Il en fut membre, puis il y a toujours conservé un bureau et a contribué à éclairer le Conseil, et particulièrement Robert Badinter, sans jamais que ses interventions ne soient

---

[28] Entretien avec Jean-Louis Debré, 3 avril 2017.

[29] V. plus bas (Partie II).

[30] T. Perroud, « Un choix de Société du Conseil constitutionnel : la liberté contractuelle contre la solidarité » (http://blog.juspoliticum.com/2017/02/20/un-choix-de-societe-du-conseil-constitutionnel-la-liberte-contractuelle-contre-la-solidarite/).

soumises, non plus, au contradictoire. Ses interventions ne sont pas non plus versées aux archives, puisque nous n'avons que les délibérations. Olivier Duhamel a aussi joué un rôle central, d'après nos entretiens. Guy Carcassonne entretint aussi des relations extrêmement proches avec tous les juges ainsi qu'avec le Secrétaire général.

De même, le Conseil peut relever d'office tout moyen d'inconstitutionnalité qui ne sera pas discuté forcément devant le Secrétariat. Le Secrétariat n'est pas démuni. Il faut, à ce stade comprendre comment se déroule cette procédure. Après l'analyse de la saisine produite par le Service juridique du Conseil, un questionnaire est rédigé qui est soumis au Secrétariat et discuté lors d'une audience. La pratique a évolué sur ce point puisque l'ensemble des juges y assiste désormais. Le Secrétariat dispose donc d'une audience pour défendre la loi. Le seul moyen dont dispose le Secrétariat pour commencer à soupçonner que le Conseil souhaite soulever d'office un moyen réside dans le contenu du questionnaire. C'est l'orientation des questions qui permet au Secrétariat de deviner l'orientation du Conseil. Est-ce un moyen efficace d'assurer la défense de la loi ?

Enfin, la dernière faiblesse du défenseur de la loi tient, on l'a dit, au refus de soumettre les contributions extérieures au contradictoire. Nous voudrions analyser de plus près cet aspect dans la prochaine partie.

II. L'absence de neutralité du point de vue des citoyens : le refus de la publicité

Ici, nous aborderons uniquement cette question du point de vue des contributions extérieures, ou portes étroites, que nous commencerons par essayer de cerner. Il est notable que cette

expression, les portes étroites, étudiée par Pascal Jan dans sa thèse[31] et forgée par Vedel, soit aujourd'hui utilisée au pluriel alors que Vedel[32], dans son article, l'utilisait au singulier pour désigner l'ouverture du juge constitutionnel aux apports de la société civile afin de corriger l'absence de contrôle ex post. La procédure dite des « portes étroites » devant le Conseil constitutionnel est une procédure informelle qui permet à toute personne — en connaissant l'existence — de communiquer au Conseil son avis sur la constitutionnalité d'une loi qu'il s'apprête à examiner. Cette procédure n'est pas inconnue puisqu'elle a fait l'objet de nombreux commentaires de la part des membres du Conseil eux-mêmes, et par Vedel en particulier, mais aussi par certains Secrétaires généraux du Conseil comme Olivier Schrameck[33] et Marc Guillaume[34]. On en trouve aussi une trace dans l'ouvrage analysant les grandes délibérations du Conseil constitutionnel[35], ainsi que dans les principaux manuels de contentieux constitutionnel.

---

[31] P. Jan, La saisine du Conseil constitutionnel, préf. de J. Rossetto, Paris, LDGJ, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », t. LXXXXIII, 1999, pp. 253-262. Il définit la porte étroite comme « la voie ouverte empiriquement par le juge constitutionnel, permettant à toute personne de produire par écrit des observations juridiques soutenant la constitutionnalité de la norme déférée au Conseil ou au contraire – et plus généralement – en la mettant en cause au moyen de griefs d'inconstitutionnalité ». V. aussi pour une réflexion sur cette définition : G. Boudou, « Autopsie de la décision du Conseil constitutionnel du 16 juillet 1971 sur la liberté d'association », Revue française de droit constitutionnel, 2014/1 (n° 97), p. 5-120, §31.

[32] G. Vedel, L'accès des citoyens au juge constitutionnel, La porte étroite, La vie judiciaire 11-17 mars 1991.

[33] « Les aspects procéduraux des saisines », in Vingt ans de saisine parlementaire du Conseil constitutionnel, Economica, 1994. Disponible ici : http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/procedure.pdf.

[34] « Guy Carcassonne et le Conseil constitutionnel ». Consulté le 22 mai 2017 sur le site de Pouvoirs, revue française d'études constitutionnelles et politiques. URL : http://www.revue-pouvoirs.fr/Guy-Carcassonne-et-le-Conseil.html

[35] F. Mélin-Soucramanien, B. Mathieu, J.-P. Machelon, D. Rousseau, X. Philippe, Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel 1958-1986, Dalloz, Coll. Grands arrêts, 2e éd. 2014, pp. 236, 464-465, 467. Comment est-elle née ? Apparemment, la pratique serait née dans les années 70 et, certains membres du Conseil n'ont pas manqué, à l'époque, de s'en agacer. Les auteurs des grandes délibérations rapportent ainsi l'étonnement devant cette forme de lobbying : « Ce qui n'est pas encore appelé « les portes étroites » commence à prospérer dans le sillage des saisines parlementaires et irrite quelques membres du Conseil : dans la séance du 30 décembre 1977 (Lois de finances pour 1978), le rapporteur qualifie l'envoi par l'ordre des experts-comptables d'une consultation d'un professeur de droit d'« intervention corporative faisant apparaître clairement tout le danger qu'il y aurait pour le Conseil à répondre systématiquement à ces « fausses saisines »» ; dans celle du 22 novembre portant sur la loi relative à l'exécution des peines privatives de liberté, le rapporteur se plaint « des nombreux coups de téléphone d'avocats parisiens qui désiraient le rencontrer. À l'inverse, dans la séance du 18 janvier 1978 portant sur la loi relative à la mensualisation, le rapporteur informe ses collègues qu'il a accepté de recevoir un des syndicats ayant négocié l'accord de mensualisation objet de la loi contestée » (p. 236). Évidemment aucun de ces apports ne sera visé dans la décision du Conseil et les défenseurs de la loi devant le Conseil n'en auront pas davantage connaissance.

Ces contributions posent d'abord un problème du point de vue du principe du contradictoire, car elles ne sont pas soumises au Secrétariat, mais au même titre que ne sont soumis au Secrétariat aucune des informations que le caractère inquisitoire de la procédure permet au Conseil de réunir, comme nous l'avons vu précédemment. Les portes étroites posent un problème supplémentaire en contentieux constitutionnel : elles ne sont pas publiées, elles ne sont donc pas soumises au débat public et rien ne permet de contrôler l'influence qu'elles ont pu avoir sur le juge, alors même qu'elles sont parfaitement légitimes.

L'absence de publicité des portes étroites pose donc une difficulté certaine du point de vue de la neutralité procédurale, dont la publicité est un élément constitutif. Pourquoi la publicité est-elle indispensable, en dehors du fait que c'est un principe constitutif de tout procès. La publicité est requise d'une part en raison du fondement même de cette procédure. Le fondement des portes étroites est multiple : elles apportent d'abord une expertise au juge, elles sont ensuite une forme de lobbying, enfin, elles participent de la discussion et du débat public sur l'interprétation de la constitution (A). Ce triple fondement, qui correspond aussi à des caractères de ces interventions impose la publicité. De surcroît, les portes étroites ont un effet sur le juge, cet effet est manifeste en France comme aux États-Unis (B).

A. La nécessaire publicité en raison des fondements des interventions

Le rapport Béchillon dénie aux portes étroites toute source constitutionnelle, de façon stratégique certainement : « le "bon" jugement, dit-il, requiert de lui qu'il [le juge constitutionnel] soit informé, conscient des enjeux de sa décision, mis en situation de se poser les questions utiles et équipé pour y répondre de la manière la plus rationnelle, la plus

responsable et la mieux argumentée qui soit »[36]. Pour ce rapport, c'est une question de « qualité »[37] de la décision — l'utilisation de ce terme, issu New Public Management, est d'ailleurs caractéristique de l'évolution managériale de la conception de notre justice constitutionnelle[38] —, en d'autres termes d'expertise, au même titre que l'*amicus curiae*. D'autres auteurs plaident en faveur de la publicité mais remarquent les problèmes que cela pourrait générer en raison du délai[39]. Nous voudrions montrer que l'expertise n'est pas, de loin, le seul fondement de cette institution. Les portes étroites sont d'abord une expression du droit de pétition qui appartient à tout citoyen à l'égard de toute institution publique. De surcroît, la fonction du juge constitutionnel étant majoritairement de nature politique, elles permettent aux différents intérêts en présence de faire connaître leur interprétation de la Constitution. Le cadre contentieux est trop étroit pour le traitement des questions politiques : on ne peut pas soutenir que l'interprétation de la Constitution dépend uniquement des prétentions des parties en présence (la saisine des parlementaires et le Secrétariat) et qu'il faudrait donc refermer le prétoire comme s'il s'agissait d'un contentieux privé. Les portes étroites confèrent à ce contentieux sa vraie nature politique.

---

[36] Réflexions sur le statut des « portes étroites » devant le Conseil constitutionnel, Rapport Béchillon, p. 20.

[37] Rapport préc., p. 20.

[38] Sur la notion de qualité, voir la thèse de Lucie Cluzel (Le service public et l'exigence de qualité, Dalloz, Coll. La Nouvelle Bibliothèque des Thèses, 2006) et le travail qu'elle a dirigé pour le GIP Justice sur la qualité de la justice (http://www.gip-recherche-justice.fr/wp-content/uploads/2016/01/Rapport-final-QUALIJUS-Justice-administrative.pdf) et publié à la Revue française d'administration publique (n° 159).

[39] « Faut-il aller plus loin et encadrer juridiquement la pratique des portes étroites ? Dans le cadre du contrôle a priori où les règles du procès équitable ne sont pas applicables, il semble délicat d'envisager un espace contradictoire et transparent entre tous les intérêts en présence : dès lors que le Conseil constitutionnel doit statuer en un mois sur l'ensemble de la loi et donc sur l'intégralité des thématiques abordées par le texte, la procédure serait éminemment complexe et interminable. À supposer qu'une réforme en la matière soit nécessaire, la publication de l'ensemble des portes étroites reçues pourrait être envisagée 223, un statut de l'expert et de l'amicus curiae pourrait être proposé à condition de surmonter les spécificités du contrôle a priori. » (D. Rousseau, P.-Y. Gadhoun, J. Bonnet, Droit du contentieux constitutionnel, préc., n° 115).

1. Les portes étroites, expression d'un droit de pétition

Les sources françaises d'un droit de pétition qui serait un droit fondamental des citoyens sont finalement assez faibles. La lettre de l'article 16 de la Déclaration de 1789 confère à la Société le droit de demander des comptes à tout agent public. Cela semble un bien faible fondement comme base à un droit général de faire connaître son opinion au juge sur la constitutionnalité d'une loi. Le droit de pétition, quand il est accordé en Europe, concerne généralement les parlements[40]. En France, il n'est pas accordé explicitement à tout citoyen à l'égard de toute institution publique, comme le fait le premier amendement de la Constitution américaine[41], reprenant la Magna Carta et surtout le Bill of Rights de 1689. Mais n'est-il pas, au fond, contenu dans la liberté d'expression elle-même ? Pétitionner une institution publique pour redresser un tort que l'on estime avoir subi existe depuis l'Ancien Régime. En droit administratif, on en trouve une expression dans la façon très libérale dont le juge administratif a toujours conçu le recours administratif, gracieux ou hiérarchique, qui est toujours de droit[42]. Le droit ne fait ici que traduire un fait : les individus feront toujours valoir, et ont toujours fait valoir leur point de vue aux autorités publiques. Ce droit de pétition prend aujourd'hui, dans le débat public, une connotation négative car on lui préfère le terme de lobbying. Le droit de pétition c'est en effet du lobbying, ce que l'on retrouve dans la fonction d'*amicus curiae* des interventions extérieures.

---

[40] Christophe Maubernard, « Le droit fondamental de pétition ou le droit à un recours politique effectif », RDLF 2015, chron. n°15. Il est ainsi inscrit à l'article 44 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

[41] « Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances ».

[42] B. Plessix, Droit administratif général, LexisNexis, 2016, n° 1068.

Pourquoi cette pétition devrait-elle donc être publique ? Précisément parce qu'il s'agit d'une forme de lobbying, comme nous allons le montrer à présent, en exposant les recherches américaines portant sur la procédure d'*amicus curiae*.

2. Les portes étroites, une forme d'*amicus curiae*

Mais ce droit de pétition, qui concerne toute autorité publique, se retrouve, dans l'institution de l'*amicus curiae*, commune devant les juridictions de *common law*. La procédure d'*amicus curiae* connaît d'ailleurs un développement important en droit français[43].

L'histoire de l'*amicus curiae* aux États-Unis montre bien que cet instrument, qui est au départ envisagé comme un outil d'expertise pour le juge, conformément à une tradition bien ancrée en *common law*, est devenu en réalité une nouvelle forme de lobbying. Les briefs ont bien aujourd'hui cette double fonction devant la Cour suprême : expertise et lobbying : « Les *amici curiae* interviennent avec le souhait de faire émerger un intérêt plus large que celui des parties et d'intégrer leurs valeurs au droit créé par la décision du juge. »[44] Cette procédure n'est pas discutable dans son principe parce qu'elle existe justement au grand jour. Un rapide coup d'œil sur le site de la Cour suprême des États-Unis suffit à convaincre de l'importance des briefs des amis de la Cour. Cette procédure est même formalisée à l'article 37 des règles relatives à cette procédure. L'alinéa premier de cet article rappelle d'ailleurs l'apport — et le risque — de cette procédure : « Un mémoire d'amicus curiae qui porte à l'attention de la Cour un élément qui n'a pas été auparavant développé par les parties peut être d'une aide considérable à la Cour. Un mémoire qui ne sert pas ce but encombre la Cour, et son dépôt

---

[43] V. S. Menétrey, L'amicus curiae, vers un principe commun de droit procédural ?, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque des Thèses, vol. 97. La pratique existe en contentieux administratif.

[44] S. Menétrey, L'amicus curiae, vers un principe commun de droit procédural ?, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque des Thèses, vol. 97, p. 92.

n'est pas encouragé. Un mémoire peut être déposé seulement par un avocat admis à pratiquer devant cette Cour ». L'histoire de cette pratique atteste de son importance, elle a ainsi été cruciale pour promouvoir les intérêts des minorités opprimés aux États-Unis à la fin du XIXe siècle, ainsi que des intérêts des entreprises touchés par l'essor de la régulation et des législations sociales[45].

Séverine Menétrey fournit, nous semble-t-il, l'argument le plus convaincant à l'appui de la publicité, puisque les excès que la procédure d'*amicus curiae* qu'elle vise nous ont été confirmés en entretien par d'anciens juges du Conseil : « La participation d'*amici curiae* se rapproche également du lobbying dans ses effets[46], mais ne constitue pas, à proprement parler, une forme de lobby qui, de par son sens premier, s'opère dans les "couloirs" et non dans les prétoires. Sa position d'intermédiaire entre les groupements et le juge évite, au contraire, toute relation personnelle qui constituerait une forme de pression incompatible avec les principes fondamentaux de procédure. Face à l'inévitable quête d'influence sur le pouvoir du juge, elle organise la participation des acteurs de la société civile, évitant que les pressions s'exercent hors du prétoire (par exemple les lettres personnelles adressées aux juges ou les manifestations "musclées" devant les juridictions)[47]. "*Any resemblance between amicus*

---

[45] S. Krislov, The Amicus Curiae Brief: From Friendship to Advocacy, The Yale Law Journal, Vol. 72, No. 4 (Mar., 1963), pp. 694-721.

[46] Elle cite ceci : « L. Epstein et J. Knight développent l'idée selon laquelle les amici curiae sont au juge ce que les lobbys sont au législateur : ils lui fournissent des informations sur les préférences des acteurs sociaux qui lui sont utiles pour atteindre son but à savoir rendre une décision juste et efficace, L. Epstein et J. Knight, « Mapping Out the Strategic Terrain: The Informational Role of Amici Curiae », in C. Clayton, H. Gillman (dir.), Supreme Court Decision Making: New Institutionalist Approaches, Chicago, Chicago Univ. Press, 1999, p. 215. Voir aussi Harlow (C.), Pressure through Law, London, Routledge, 1992, p. 101 : « Intervention can be described as a polite form of lobbying » ; F. V. Harper, « Lobbyists Before the Court », in University of Pennsylvania L. R., 1953, no 101, p. 1172 : « The lobbying device available for use before the Court is the brief amicus » ».

[47] Nous citons ici la note de S. Menétrey, car nos entretiens au Conseil constitutionnel nous ont permis de comprendre que des pressions analogues sont courantes Rue de Montpensier : « N. Hakman, « Lobbying the Supreme Court: A Critical Analysis of Political Science Folklore », in Fordham Law Review, 1966, vol. 35, p. 18 ; N. Hakman, « Business Influence in the Judicial Process », in Western Bus. Rev., 1957, p. 124. Contra, F. V. Harper, « Lobbyists Before the Court », in University of Pennsylvania L. R., 1953, no 101, p. 1172.

curiae and lobbyist is in fact, quite superficial. Although motivated by similar ideals, the methods of the amicus and the lobbyist diverge sharply. Whereas the latter employs, in most cases, economic persuasion and political support as his tools, the amicus curiae uses only the persuasion of his or her arguments before the court. In an effort to encourage the court to arrive at a solution which take into account the wider public interest, the amicus employs precedent and legal argument, just as counsel for the parties do"[48]. Tant bien même l'*amicus curiae* serait la transposition judiciaire d'une forme de lobbying, elle ne serait "pas condamnable dès lors que les règles du jeu sont connues et que le juge conserve la maîtrise du débat"[49]. Le détournement de l'*amicus curiae* au profit des groupements d'intérêts peut être empêché par un encadrement juridique adéquat »[50]. Nous n'opposerions pas, comme le fait Séverine Menétrey, *amicus curia* et lobbying, la procédure d'*amicus* est bien une forme de lobbying, de pétition, pour faire connaître à la cour ses arguments. Mais c'est un lobbying qui prend la forme juridictionnelle, elle oblige les lobbys à jouer le jeu de la juridiction. La publicité de l'intervention devant le Conseil constitutionnel non seulement constituerait l'expression d'un droit fondamental, mais elle serait vertueuse car elle permettrait donc de formaliser et de canaliser les formes d'influence qui s'exercent sur le Conseil en forçant ces lobbys à exprimer leurs arguments sous la forme juridique.

---

[48] Elle cite : RE (L.), « The amicus curiae brief: access to the courts for public interest associations », in Melbourne University Law Review, vol. 14, June 1984, p. 531- 532.

[49] Elle cite ici : « H. Muir Watt, « La gestion de la rétroactivité des revirements de jurisprudence : systèmes de common law », préc. note 352, p. 69 ».

[50] S. Menétrey, L'amicus curiae, vers un principe commun de droit procedural ?, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque des Thèses, vol. 97, p. 94.

3. Les portes étroites : un point de vue sur l'interprétation de la Constitution

Mais, plus fondamentalement, l'intervention des tiers dans un contentieux sur une norme de portée générale — la loi et la Constitution — semble tout à fait conforme à l'esprit de la démocratie. Le contentieux a pour effet de refermer la question politique, c'est une sorte de privatisation de questions qui sont par nature politiques, aussi l'institutionnalisation de l'intervention, au contraire, par sa publicisation, a pour effet de remettre la question dans le champ de la discussion démocratique. C'est, nous semble-t-il, l'argument le plus déterminant pour la publicité des interventions. Comme le dit T. Munford : « *some judges resent the fact that amicus briefs represent a form of lobbying, but judges who legislate should not be heard to complaint about that* »[51]. Si le juge légifère ou, en l'occurrence en France, interprète la Constitution, les arguments en débat doivent être mis dans la discussion publique.

De façon plus générale, l'arrêt ou la décision de règlement doit certainement être repensé en France pour réintroduire de la démocratie. Institutionnaliser les portes étroites, c'est admettre que l'interprétation de la Constitution est une question politique qui nécessite la confrontation des idées, des intérêts. Le cas américain est ainsi exemplaire : « the United States Supreme Court has helped foster its development as a vehicle for broad representation of interests, particularly in disputes where political ramifications are wider than a narrow view of common law litigation might indicate »[52]. Les portes étroites étant un moyen d'étendre le champ du litige, de la question contentieuse au-delà des parties, puisque c'est un contentieux qui

---

[51] Cette référence très intéressante est citée par Séverine Menétrey dans sa thèse et elle semble d'ailleurs la désaprouver : N. Hakman, « Lobbying the Supreme Court: A Critical Analysis of Political Science Folklore », in Fordham Law Review, 1966, vol. 35, p. 18 ; N. Hakman, « Business Influence in the Judicial Process », in Western Bus. Rev., 1957, p. 124. Contra, F. V. Harper, « Lobbyists Before the Court », in University of Pennsylvania L. R., 1953, no 101, p. 1172.

[52] Samuel Krislov, « The Amicus Curiae Brief: From Friendship to Advocacy », The Yale Law Journal, Vol. 72, No. 4 (Mar., 1963), pp. 694-721, spéc. p. 720.

concerne toute la société, et pas uniquement les saisissants et le Secrétariat général du gouvernement, elles doivent être publiques.

B. La nécessaire publicité en raison de l'influence des contributions extérieures sur le juge

En introduction, nous avions annoncé ne pas vouloir aborder cette question sous l'angle de la neutralité substantielle : les portes étroites influencent-elles réellement le juge ? Ce n'est pas l'angle que nous avions choisi, d'abord parce qu'en l'absence d'accès aux portes étroites françaises — même pour le passé puisque celles-ci ne seront pas versées aux archives —, cette question restera à jamais posée, ensuite parce qu'il nous semble que c'est avant tout une question procédurale. Cependant, nous n'avons pas voulu laisser cette question complètement de côté, car des indices nombreux, en France comme aux États-Unis, prouvent cette influence et que la question des conflits d'intérêts se pose désormais au Conseil. L'influence concrète des portes étroites (1) impose de réfléchir aux conflits d'intérêts des juges et du Secrétaire général (2).

1. L'influence des interventions extérieures

Nous avons ainsi plusieurs témoignages affirmant que celles-ci ont une influence déterminante. Olivier Dutheillet de Lamothe dit ainsi ceci à l'occasion du Conseil d'administration de l'AFDC du 13 juin 2012 : « O. Dutheillet de Lamothe confirme que comme N. Lenoir, son activité de membre du Conseil constitutionnel l'a convaincu de l'utilité majeure de ces "portes étroites", les juges n'ont plus le temps de lire les mémoires et autres documents officiels, mais ces portes étroites qui ne sont pas visées officiellement, sont distribuées à tous les membres du Conseil constitutionnel et sont un moyen d'enrichissement très important de la réflexion, comme le disait déjà le doyen Vedel. Ces portes étroites nous

ont beaucoup plus apporté que les mémoires. Le contrôle a priori du Conseil constitutionnel vit dans un climat d'une grande pauvreté intellectuelle. Les recours sont souvent de faible qualité, à peine contrôlés par le Groupe politique qui les dépose, en décalage complet avec les exceptions d'irrecevabilité qui sont souvent de très grande qualité. C'est un vrai bonheur pour un rapporteur et pour les juges d'avoir une porte étroite dans une affaire. C'est un vecteur extrêmement puissant »[53]. D'autres membres du Conseil ont affirmé l'importance des portes étroites. Marc Guillaume est très proche de dire que les portes étroites de Guy Carcassonne n'ont pas été indifférentes dans certaines affaires. Si l'on prend par exemple la censure retentissante de la loi de finances pour 2013 sur l'impôt confiscatoire, on a peu de doute de l'importance des portes étroites de Guy Carcassonne. Marc Guillaume indique ainsi dans son article que « Guy Carcassonne développe dans ces 17 interventions deux idées générales » dont la première « porte sur l'overdose fiscale et l'inconstitutionnalité de l'impôt confiscatoire ». Ensuite, au moment de cette fameuse censure, Guy Carcassonne avait précisément produit une intervention décrite ainsi par Marc Guillaume : « Dans son intervention sur la loi de finances pour 2013, Guy Carcassonne développe au nom de l'AFEP une très longue argumentation sur plusieurs points et notamment sur le caractère confiscatoire de l'impôt. Le Conseil constitutionnel rend une décision importante (662 DC du 29 décembre 2012), innovant notamment par sa jurisprudence sur la charge fiscale excédant les capacités contributives fondées sur l'examen des taux marginaux maximaux d'imposition »[54]. Cette porte étroite a donc persuadé le juge. De même, Marc Guillaume donne un second exemple de réussite, encore dans le domaine économique, mais ici sur le fondement de la liberté

---

[53] Site de l'AFDC, Compte-rendu du Conseil d'administration du 13 juin 2012. Disponible ici : http://www.droitconstitutionnel.org/afdc/CRCA130612.html.

[54] M. Guillaume, « Guy Carcassonne et le Conseil constitutionnel », préc..

d'entreprendre au moment de la décision sur la loi relative à la sécurisation de l'emploi à l'occasion de laquelle le Conseil censure une politique sociale du gouvernement[55]. La solution du Conseil correspond à une position défendue par une intervention : « Guy Carcassonne intervient au nom de la Fédération française des sociétés d'assurance. Il dénonce les conditions de la généralisation de la couverture complémentaire collective santé pour l'ensemble des salariés. Le Conseil censure en recourant à sa jurisprudence néo-calédonienne (n° 2013-672 DC du 13 juin 2013) »[56].

Aux États-Unis, des études empiriques confirment l'influence des contributions extérieures : en utilisant un logiciel de détection du plagiat, des chercheurs ont mis en évidence une connexion entre l'opinion des juges et les contributions reçues[57]. Ce résultat est confirmé par d'autres études : les contributions fournissent des éléments importants pour les juges[58] et ont une influence sur l'orientation politique des décisions[59]. La doctrine a pu ainsi montrer, dans certains cas, le rôle par exemple de l'American Civil Liberties Union (ACLU) dans la transformation de certains arrêts en arrêt de première importance. La littérature dans le domaine met en évidence l'apport décisif de ces contributions pour l'information des juges

---

[55] Cette censure a entraîné une pluie de commentaires doctrinaux. Pour comprendre l'idéologie du Conseil, v. notre commentaire sur le Blog Jus Politicum : « Un choix de Société du Conseil constitutionnel : la liberté contractuelle contre la solidarité » (http://blog.juspoliticum.com/2017/02/20/un-choix-de-societe-du-conseil-constitutionnel-la-liberte-contractuelle-contre-la-solidarite/).

[56] M. Guillaume, « Guy Carcassonne et le Conseil constitutionnel », préc..

[57] P. C. Corley, « The Supreme Court and Opinion Content - The Influence of Parties' Briefs », Political Research Quarterly, Volume: 61 issue: 3, page(s): 468-478.

[58] G. A. Caldeira, J. R. Wright, « Organized Interests and Agenda Setting in the U.S. Supreme Court. » American Political Science Review, 1988, 82: 1109-1127 ; « Amici Curiae before the Supreme Court: Who Participates,When, and How Much? » Journal of Politics, 1990, 52: 782-806 ; L. Epstein, « Interest Group Litigation During the Rehnquist Court Era », Journal of Law and Politics, 1993, 9: 639-717.

[59] P. M. Collins, « Lobbyists before the U.S. Supreme Court: Investigating the Influence of Amicus CuriaeBriefs », Political Research Quarterly, Vol. 60, No. 1 (Mar., 2007), pp. 55-70 ; B. J Ennis, « Effective Amicus Briefs », Catholic University Law Review, vol. 33, p. 603. Contra : D. R. Songer, R. S. Sheehan, « Interest Group Success in the Courts: Amicus Participation in the Supreme Court », Political Research Quarterly, Vol. 46, No. 2 (Jun., 1993), pp. 339-354 : « The present study utilizes a precision matching strategy to determine if litigants supported by amici have a greater chance of success in the Supreme Court than comparable litigants in matched pairs who have no amicus support. The analysis uncovers no evidence that support from amici substantially increases the chance of success of the supported litigants. »

sur l'impact de leurs décisions[60]. Une étude empirique, réalisée sur la base d'entretiens avec d'anciens assistants de justice fournit des enseignements intéressants[61]. D'abord, les interventions sont jugées les plus utiles dans les contentieux techniques (fiscal, droit des marques, droit de la régulation), et dans cette hypothèse, les assistants relèvent que c'est l'information non juridique qui est la plus précieuse. Ensuite, elles sont d'autant plus utiles que les arguments des parties sont faibles — argument très intéressant pour le cas français étant donné la fréquente pauvreté des saisines. Toutes les interventions n'ont ainsi pas la même valeur, les assistants affirment souvent qu'ils confèrent davantage d'attention à certains auteurs — enseignement qui vaut aussi pour le cas français où la spécialisation de certains professeurs d'université et leur proximité avec le Conseil leur donnent une importance toute spéciale[62]. À cet égard, Kevin McGuire, dans son ouvrage The Supreme Court Bar: Legal Elites in the Washington Community[63], a mis en évidence l'importance d'un cercle proche (*inner circle*) de la Cour constituée d'avocats spécialisés, d'associations d'intérêt public et d'universitaires. L'étude de Lynch confirme l'importance des briefs soumis par les universitaires, et l'importance de certains universitaires en particulier, en fonction de leur expertise dans le domaine considéré. C'est peut-être ici une différence avec la France où l'oreille du Conseil semble être capturée par un groupe beaucoup plus restreint

---

[60] G. A. Caldeira, J. R. Wright, « Amici Curiae before the Supreme Court: Who Participates,When, and How Much? » Journal of Politics, 1990, 52: 782-806.

[61] K. J. Lynch, Best Friends? Supreme Court Law Clerks on Effective Amicus Curiae Briefs, Journal of Law & Politic, vol. XX:33.

[62] Il y a toujours eu des professeurs d'université dans le cercle proche des membres du Conseil constitutionnel. François Luchaire est l'exemple le plus frappant puisqu'il a toujours gardé un bureau au Conseil, même après avoir quitté toute fonction officielle. Olivier Duhamel était aussi régulièrement consulté par Robert Badinter. Guy Carcassonne était aussi très proche du Conseil, au point d'ailleurs que son ouvrage est cosigné par un ancien Secrétaire général, lequel a écrit sur les portes étroites de cet universitaire. Jean-Louis Debré nous dit ceci en entretien : « Les carcassoniens étaient nombreux : tout le monde l'aimait beaucoup, il connaissait tout le monde. Il avait une autorité. La porte étroite était toujours bien faîte, très compréhensible, joue un rôle. Il y a des moments où l'on doute. »

[63] Charlottesville, University Press of Virginia, 1993.

d'universitaires, dont la spécialité est le droit constitutionnel, mais pas le domaine considéré. Peut-être, le premier cercle autour du Conseil consiste-t-il dans ce très faible nombre de personnes et de groupes d'intérêts auditionnés par Denys de Béchillon dans son rapport.

2. La question des conflits d'intérêts au Conseil constitutionnel[64]

Il est acquis que les lobbys ont une influence déterminante. La formalisation et la publicité de la procédure devant le Conseil semblent d'autant plus importantes que les conflits d'intérêts au sein du Conseil ne sont pas rares et sont anciens, puisque François Mitterand avait critiqué, dans Le coup d'État permanent, la présence d'hommes d'affaires au Conseil[65]. Depuis avril 2015, et pour la première fois, le Secrétaire général du Conseil constitutionnel vient directement d'une société privée, le groupe Canal+ — le Conseil avait d'ailleurs rendu une décision concernant ce groupe le 12 octobre 2012[66]. Avec cette nomination, c'est la première fois que le membre le plus important du Conseil vient du secteur privé, selon une trajectoire devenue d'ailleurs commune, puisqu'il s'agit d'un ancien membre du Conseil d'État. Antoine Vauchez et Pierre France ont bien mis en évidence ce phénomène de brouillage des frontières public privé par la circulation des fonctionnaires entre ces deux sphères, et ses conséquences[67]. Cette circulation, qui favorise les conflits d'intérêts, n'est pas le fait que du Secrétaire général, c'est aussi le cas des juges : Olivier Dutheillet de Lamothe est ainsi devenu

---

[64] On notera, avec Antoine Garapon, que les conflits d'intérêts « traversent toutes nos institutions (le juge d'instruction instruit à charge et à décharge, le Conseil d'État est à la fois conseil et censeur du gouvernement, le procureur est le représentant de l'État et le protecteur naturel des faibles, etc.) » (Dictionnaire de la justice, L. Cadiet (dir.), PUF, 2004, entrée « Ethique du juge ».

[65] F. Mitterand, Le coup d'État permanent, Plon, 1964, p. 145, cité par D. Schnapper, Une sociologue au Conseil constitutionnel, préc., p. 126.

[66] Décision n° 2012-280 QPC du 12 octobre 2012.

[67] A. Vauchez, P. France Sphère publique, intérêts privés - Enquête sur un grand brouillage, Presses de SciencesPo, 2017.

avocat associé au cabinet CMS Bureau Francis Lefebvre (depuis 2014)[68], ou Noëlle Lenoir, membre du Conseil de mars 1992 à mars 2001 et qui rentre en cabinet d'avocats dès 2001 (aux cabinets Herbert Smith, Debevoise & Plimpton LLP, Jeantet et Kramer Levin).

L'ouvrage de Jean-Louis Debré met en évidence les collusions informelles entre le Conseil et certains lobbys. On sait que, sous son mandat, le droit fiscal constitutionnel a pris un tout autre tour avec la censure de l'impôt confiscatoire. Martin Collet a bien mis en évidence ce changement, le Conseil n'hésite désormais plus à mettre en pièce des dispositifs fiscaux[69]. La liberté d'entreprendre fut aussi clairement mieux protégée avec des censures assez nombreuses — la QPC a d'ailleurs été un vecteur important pour cette évolution comme l'ont remarqué Stéphanie Hennette Vauchez[70] et et Xavier Dupré de Boulois[71]. Jean-Louis Debré raconte ainsi son déjeuner avec les différents présidents du MEDEF et sa volonté de changer la culture du Conseil à cet égard : « De tels contacts n'entrent pas dans les coutumes de cette maison, mais c'est précisément ce que je veux faire évoluer. »[72] Il cite cette affirmation de Pierre Gattaz : « Nous attendons beaucoup du Conseil constitutionnel. Nous n'avons pas été déçus par vos décisions précédentes »[73].

Le même président écrit ensuite qu'il a rencontré des chefs d'entreprises pour la préparation de la décision sur la loi de finances pour 2012 : « Déjeuner avec une dizaine de chefs

---

[68] Fiche Who's who consultée le 26 mai 2017.

[69] M. Collet, L'impôt confisqué, Odile Jacob, Coll. Corpus, 2014.

[70] La conclusion de Stéphanie Hennette Vauchez est très claire à cet égard : cet « article attire l'attention sur l'importance des usages de la QPC par des entreprises qui se fondent sur leurs libertés économiques (liberté d'entreprendre, contractuelle…) pour poursuivre des objectifs parfois éloignés de la compréhension intuitive que l'on peut avoir des « droits et libertés que la Constitution garantit » (S. Hennette Vauchez, « « …les droits et libertés que la constitution garantit » : quiproquo sur la QPC ? », La Revue des droits de l'homme, 10-2016, URL : http://revdh.revues.org/2481 ; DOI : 10.4000/revdh.2481).

[71] X. Dupré de Boulois, « La QPC comme supermarché des droits fondamentaux ou les dérives du contentieux objectif des droits », RDLF 2014, chron. n°2.

[72] J.-L. Debré, Ce que je ne pouvais pas dire, Robert Laffont, 2016, p. 47.

[73] J.-L. Debré, Ce que je ne pouvais pas dire, Robert Laffont, 2016, p. 499.

d'entreprise, que j'avais rencontrés pour la préparation de notre décision sur la loi de finances 2012. Ils ne cachent pas leur grande inquiétude quant aux perspectives économiques en France, mais aussi pour l'Europe et la Chine dont l'endettement les inquiète. Ils me remercient de les avoir invités et de régulièrement les écouter. Naturellement je ne peux qu'en être satisfait. Preuve qu'il y a quelque chose de déréglé dans nos institutions, ce n'est pas au Conseil qu'ils devraient venir plaider leur cause et exprimer leur crainte quant à l'évolution de la fiscalité des entreprises, mais auprès du gouvernement et du Parlement. »[74] Jean-Louis Debré a résolument œuvré pour ouvrir l'institution « sur le monde extérieur, aux universitaires, aux décideurs économiques ou politiques. »[75]

Au-delà de la question des conflits d'intérêts privés, les collusions entre le Conseil et l'exécutif sont documentées depuis longtemps. Jacques Robert évoquait déjà les liens privilégiés entre Robert Badinter, alors président du Conseil, et François Mitterand[76]. Léon Noël entretenait aussi des relations soutenues avec le Président de la République et le Premier ministre de l'époque[77]. Le livre de Jean-Louis Debré confirme la proximité entre le Conseil et le gouvernement, ainsi que celui de Dominique Schnapper[78]. Le nombre de rencontres entre le président du Conseil, les présidents de la République, les Premiers ministres et les ministres est effectivement très important.

---

[74] J.-L. Debré, Ce que je ne pouvais pas dire, Robert Laffont, 2016, pp. 306-307.

[75] J.-L. Debré, Ce que je ne pouvais pas dire, Robert Laffont, 2016, p. 383.

[76] J. Robert, La garde de la République, Le Conseil constitutionnel raconté par l'un de ses membres, Plon, 2000.

[77] L. Noël, De Gaulle et les débuts de la Ve République, Plon, 1976.

[78] D. Schnapper, Une sociologue au Conseil constitutionnel, Gallimard, NRF Essais, 2010, pp. 66 et suiv..

Le Conseil est une institution façonnée par les conflits d'intérêts. On voudrait aborder désormais la question, beaucoup plus épineuse, du rôle central du Secrétariat dans le fonctionnement de l'institution.

III. L'absence de neutralité du point de vue des juges : le rôle central des bureaux

La neutralité procédurale implique que l'ensemble des acteurs d'un procès et leur rôle soient identifiés. De surcroît, la neutralité procédurale implique que ce soit bien les juges qui soient les acteurs centraux du procès et surtout les auteurs de la décision, puisque ce sont eux qui le signent et qui en sont comptables devant le peuple[79]. Or, tel n'est pas le cas pour le Conseil constitutionnel dont l'institution centrale est le Secrétaire général qui dispose du service juridique. À l'intérieur du Conseil, l'instance qui détient le savoir est sous l'autorité, non pas des juges, mais du Secrétaire général[80], ce que n'a pas manqué de relever et d'analyser Alexandre Ciaudo[81]. Or, du point de vue de la neutralité procédurale du Conseil, c'est un problème majeur puisque le Secrétaire et le service juridique n'apparaissent à aucun moment comme les auteurs de la décision. À l'aune de l'histoire des vingt dernières années qui ont vu tant l'impartialité de la Cour de cassation que du Conseil d'État mis en doute en raison du rôle

[79] Même si le Conseil ne juge pas au nom du peuple français, ce qui laisse songeur…

[80] Voici ce qu'en dit Jacques Robert : « Le Conseil constitutionnel — dispose la Constitution — comprend neuf membres. Il est courant de dire qu'il y en a un dixième, le secrétaire général. Robert Badinter, qui savait de quoi il parlait, allait encore plus loin en disant volontiers que ce dixième membre était en réalité… le premier ! » (J. Robert, La garde de la République [Texte imprimé] : le Conseil constitutionnel raconté par un de ses membres, Plon, 2000, p. 62).

[81] A. Ciaudo, « Un acteur spécifique du procès constitutionnel : le secrétaire général du Conseil constitutionnel », Revue française de droit constitutionnel, 2008/1 (n° 73), p. 17-26. URL : https://www-cairn-info.biblionum.u-paris2.fr/revue-francaise-de-droit-constitutionnel-2008-1-page-17.htm

respectif de l'Avocat général et du Commissaire du gouvernement, on ne peut qu'être étonné que le Conseil constitutionnel soit resté à l'écart des grandes évolutions du procès.

Les problèmes méthodologiques sont ici nombreux. En l'absence de formalisation de la procédure, nous avons dû recourir à des entretiens avec différents anciens ou actuels juges[82] ainsi qu'avec Jean-Louis Debré[83], et un ancien membre de la direction juridique[84]. Ces entretiens ont été recoupés avec les différents ouvrages écrits par les juges, ceux de Dominique Schnapper[85], Jacques Robert[86], Pierre Joxe[87] et Jean-Louis Debré[88].

Pour connaître la réalité du pouvoir de chaque acteur, il faudrait pouvoir comparer la note rédigée par le service juridique avec chaque décision finale (ici encore, ce document n'étant pas versé aux archives, nous n'y aurons jamais accès). Les conclusions que nous avons pu tirer des entretiens ne sont donc que limitées. Beaucoup de la réalité du pouvoir au Conseil dépend de la personnalité de chaque acteur, il y a donc un espace pour une modification des rapports de force. Une chose est assurée : c'est que le centre de gravité du Conseil est du côté du service juridique. C'est lui qui dispose de l'expertise et c'est même lui qui, en général, aidera le président à choisir le juge rapporteur. Ce pouvoir lui donne une force décisive. Le président est le pivot entre le service juridique et les juges. Deux éléments nous semblent déterminer qui détient le pouvoir dans le Conseil. Comme on l'a dit, si le pouvoir est résolument du côté du service juridique, la personnalité du Secrétaire peut influer,

---

[82] Les entretiens ont eu lieu les 20 mars, 7, 19, 24, 28 avril 2017.

[83] Entretien du 3 avril 2017

[84] Entretien du 21 juillet 2016.

[85] D. Schnapper, Une sociologue au Conseil constitutionnel, Gallimard, 2010.

[86] J. Robert, La garde de la République : le Conseil constitutionnel raconté par un de ses membres, Plon, 2000.

[87] P. Joxe, Cas de conscience, Labor et Fides, 2010.

[88] J.-L. Debré, Ce que je ne pouvais pas dire : 2007-2016, Robert Laffont, 2016.

évidemment, sur sa position de force. Certains secrétaires sont plus ou moins activistes. La personnalité du président est aussi décisive : Jean-Louis Debré nous a présenté sa présidence comme une présidence activiste, avec l'appui du Secrétaire ; un ancien président[89], au contraire, nous a semblé beaucoup plus collectif dans la conception de sa présidence, comparant souvent son travail au Conseil avec celui qu'il a pu mener à la Commission des lois de l'Assemblée nationale, mais il a tout de même insisté sur l'importance de préserver l'autorité du Secrétaire général. L'autre élément décisif qui influe sur les rapports de pouvoir, c'est la personnalité du juge-rapporteur. Le juge rapporteur a toujours eu une importance cruciale, au point que, jusqu'en 2004, seul le rapporteur assistait à la réunion avec le SGG[90]. Désormais la collégialité est au cœur de cette étape. Mais la personnalité du rapporteur peut toujours jouer un rôle décisif : il semble évident, à la lecture des délibérations désormais disponibles, que lorsque Vedel est rapporteur le rapport de force change de place, mais il change de place au profit d'une seule personnalité au Conseil, pas au profit de l'ensemble des juges.

On verra comment la procédure permet d'asseoir l'autorité du Secrétaire général et du service juridique (A) avant d'évaluer les conséquences (B).

A. Assurer la prééminence du Secrétaire général

Si l'on suit la procédure d'instruction devant le Conseil, on constate qu'il y a deux phases bien distinctes : une phase préparatoire d'élaboration d'une première décision (plus ou moins ouverte) par le service juridique, puis une seconde phase qui s'ouvre lorsque cette décision est

[89] Entretien du 28 avril 2017.

[90] D. Schnapper, Une sociologue au Conseil constitutionnel, préc., p. 129.

proposée au rapporteur, lequel est un juge. Autrement dit, les juges n'entrent en jeu, dans la procédure devant le Conseil, que dans un deuxième temps.

Que se passe-t-il lors de la première phase ?

Jean-Louis Debré nous a confirmé en entretien qu'à l'arrivée des saisines il y a une discussion entre le Secrétaire général et le président. Cette phase est capitale, nous dit-il, « c'est le Secrétaire général qui va donner le la »[91]. Pour Jean-Louis Debré, ce qu'il aime appeler le « tandem ou le couple présidentiel » est constitué du président et du Secrétaire général. Il y a bien, dans le Conseil, comme deux camps. L'impression qu'il donne est qu'à chaque moment ce couple présidentiel doit garder le contrôle, notamment sur l'issue, la décision finale. Ainsi nous dit-il que lorsqu'il sentait que le rapporteur allait pencher dans un sens contraire à ce que le couple avait prévu, il faisait rédiger une contre-décision par le Secrétaire général, afin de pouvoir peser efficacement au moment du délibéré.

L'acte clé de cette première phase est la note que le Secrétaire général rédigera à l'attention du rapporteur, et pour laquelle il aura bénéficié de toute l'expertise du service juridique, qui est sous son autorité et pas sous celle des juges. Que contient cette note ? Pour un ancien juge, « La note fait une exploration de la jurisprudence du Conseil et propose plus ou moins les solutions possibles ». La question qui se pose ici, à notre sens, est celle-ci : le service juridique a-t-il déjà pris des décisions et ces décisions ont-elles une influence sur la décision finale ? Une juge nous a affirmé, en substance, que lorsque le rapporteur souhaite défendre une solution inverse à celle du service juridique, il doit solidement la défendre. Un ancien juge dit aussi ceci : « Ou le rapporteur est d'accord avec le service juridique ou il n'est pas

[91] Entretien du 3 avril 2017.

d'accord et il défend une solution ». Il y a donc de nombreux indices indiquant que des arbitrages sont réalisés dès la phase administrative de la procédure, laquelle exclut les juges. En outre, si le rapporteur souhaite s'écarter des propositions du service juridique, il doit solidement défendre sa position, la charge de la preuve repose sur lui ou elle, d'après un acteur. Il existe un dernier indice de l'importance de la note : le commentaire de la future décision, qui est diffusé sur le site, n'est bien souvent que la reprise de la note, d'après ces acteurs.

Ceci signifie bien que si le « couple présidentiel » choisit un rapporteur faible juridiquement, ou paresseux[92], la position du service juridique ne pourra que l'emporter. Évidemment, ce constat général doit être nuancé en fonction de chaque loi. Jean-Louis Debré nous a ainsi confirmé que la note du Secrétaire pour la loi sur le mariage pour tous laissait toutes les options ouvertes. Peut-on en déduire que plus une loi est médiatique plus le rôle des juges est accru ? La plus ou moins grande médiatisation change en tout cas l'implication des membres et surtout du président qui devra défendre et assumer la solution.

Le pouvoir du couple présidentiel tient donc dans le choix tactique du rapporteur[93] et dans la finesse du Secrétaire général. Jean-Louis Debré nous dit ainsi que : « Marc Guillaume arrivait à leur laisser l'impression que c'est eux [les juges] qui ont trouvé la solution. La note initiale étale la jurisprudence et donne les solutions possibles. La solution souhaitée est surestimée ». La position centrale et le pouvoir du Secrétaire (qui appuie et garantit celui du président) sont

---

[92] Une tradition a longtemps existé au Conseil, à laquelle Marc Guillaume a mis fin, de faire rédiger la note du rapporteur par le Secrétaire général. Il est évident que dans ce cas, la puissance du service juridique est encore accrue. Les ouvrages des anciens membres donnent volontiers l'impression d'un club, d'une famille dit Jacques Robert, plus que d'une juridiction. Dominique Schnapper parle volontiers, avec d'autres, d'une semi-retraite pour certains (D. Schnapper, Une sociologue au Conseil constitutionnel, Gallimars, NRF Essais, 2010, p. 22).

[93] Ce pouvoir n'était pas prévu par les textes. C'est le premier président de l'institution Léon Noël qui l'a consacré. Le service juridique est même associé à la réflexion sur le nom du rapporteur. Les juges sont donc complètement exclus de cette phase stratégique.

confirmés ainsi : « Même quand Marc proposait une solution qui ne me plaisait pas, je ne l'ai pas désavoué. » En retour, pour certaines décisions médiatiques auxquelles Jean-Louis Debré tenait, par exemple concernant le régime dérogatoire en Alsace-Moselle : « Marc Guillaume met en musique ». Sur cette QPC mettant en cause le régime de l'Alsace-Moselle, Jean-Louis Debré affirme : « est-ce que l'on va profiter de cela pour mettre à feu et à sang cette région et remettre en cause le régime des cultes en Alsace Moselle ? » Il ajoute à l'attention de Marc Guillaume « Vous pourrez habiller cela comme vous voulez ». Un ancien juge nous a ainsi confirmé ce point : « Le Secrétaire général habille la volonté politique du président »[94]. Il y a donc un jeu subtil entre ces deux personnages du Conseil.

Sous le mandat de Jean-Louis Debré, tout est donc fait pour assurer la prééminence du service juridique et du président lui-même : « ça marche si le président, le Secrétaire général, les 4 membres du service juridique et la greffière s'entendent, ont une confiance totale ». Ce groupe déjeune d'ailleurs régulièrement ensemble, sans les juges. Il ajoute : « S'il y a un rouage qui ne fonctionne pas bien, cela ne marche pas. Les membres se plaignent en disant que c'est le Secrétaire général qui fait tout. Oui, mais en informant en permanence le président avec une parfaite entente. Cela permet de résister aux assauts de ceux qui veulent des collaborateurs, sinon c'est la fin du service juridique et de la primauté président et du service juridique ».

Tout porte donc à croire qu'il y a une première délibération de la décision du Conseil avant son passage au rapporteur. Certes, les juges disposent toujours de la faculté de renverser les positions pour prendre une autre décision. C'est eux qui ont juridiquement le pouvoir. C'est l'objection que certains juges, et l'actuel Secrétaire général, m'ont opposée. Cependant, ma

[94] Entretien mené le 27 mars 2017.

conviction, qui a été confirmée par plusieurs juges, est que dans l'immense majorité des cas, dans les faits, la décision finale ressemble à l'orientation prise dans la note initiale.

Qu'en est-il à présent de la seconde phase, là où les juges entrent en jeu ? L'importance de cette phase est tributaire de ce que nous avons dit précédemment.

Les juges rapporteurs qui veulent se faire une opinion personnelle, indépendante, m'ont dit qu'ils avaient travaillé seuls, car ils maîtrisaient les bases de données juridiques. Mais cette volonté se retrouve rarement, comme en témoigne la pratique qui n'a cessé qu'avec Marc Guillaume et consistant, pour le service juridique, à rédiger la note du rapporteur, quand il le souhaitait. Évidemment, si le rapporteur est George Vedel, par exemple, le rapport de force change tout de suite.

Le rapporteur peut évidemment, comme nous l'avons dit, s'opposer au choix de la direction juridique, mais il doit se justifier et argumenter solidement sa position. Sa position est d'autant plus délicate qu'il découvre la décision alors que la direction juridique l'a déjà travaillé et a entrepris une solide analyse juridique, en ayant déjà réalisé des arbitrages.

La prééminence, la centralité du service juridique a, bien entendu, des conséquences qu'il s'agira ici d'étudier.

B. Les conséquences de la prééminence du Secrétaire général

D'où vient le Secrétaire général ? La règle, à laquelle il n'a été dérogé qu'une seule fois, veut que le Secrétaire général vienne du Conseil d'État[95]. Il s'agit donc tous de personnalités qui

[95] Alexandre Ciaudo dresse cette liste que l'on a complétée : Jacques Boitreaud (1959-1962), Pierre Aupepin de Lamothe-Dreuzy (1962-1983), Bruno Genevois (1986-1993), Olivier Schrameck (1993-1997), Jean-Eric Schoettl (1997-2007) et Marc Guillaume (depuis le 13 juin 2007), puis Laurent Vallée ; Bernard Poullain (1983-1986) seul magistrat judiciaire (Ciaudo Alexandre, « Un acteur spécifique du procès constitutionnel : le secrétaire général du Conseil constitutionnel », préc., note 5).

ont une culture du service de l'exécutif. L'ensemble des arguments développés sur le conflit d'intérêts structurel du Conseil d'État, juge de l'Administration, peut donc être aussi formulé à l'encontre de la présence, au sein du Conseil, du Conseil d'État, à un poste clé. La proximité du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État est d'ailleurs relevée par Jacques Robert[96]. Le Conseil d'État est aussi présent dans le service juridique (qui comprend traditionnellement un administrateur du Sénat et un autre de l'Assemblée nationale, un juge judiciaire et, donc, un juge administratif). Le Conseil d'État est encore présent parmi les membres, comme le relève encore Jacques Robert[97].

Pour finir, nous voudrions évoquer cette question : pourquoi ces imperfections sont-elles supportées et ne posent-elles aucun problème en France, pour une juridiction chargée de juger la loi ?

Deux éléments peuvent être mobilisés pour comprendre ce phénomène. D'une part, les élites administratives françaises ont une conception vieillissante de l'autorité, partagée par de nombreux intellectuels parisiens. D'autre part, la capture du Conseil par l'ensemble des intérêts importants à Paris a permis son acceptation. L'acceptation du Conseil n'a été possible, selon nous, que par cette capture qui ménage les intérêts de chacun, sauf celui de la loi.

L'autorité en France s'exprime par le consensus et l'opacité. C'est cette conception que l'on retrouve dans le rapport Béchillon sur les portes étroites. L'argument fondamental du rapport est celui-ci : « Il est utile, voire essentiel, que rien ne soit fait qui contribue à affaiblir le crédit

---

[96] J. Robert, La garde de la République, préc., p. 66.

[97] Il écrit en 2000 que sur les cinquante membres qu'a comptés le Conseil constitutionnel, plus d'une dizaine sont passés par le Conseil d'État.

du Conseil ni l'acceptabilité de ses décisions dans la sphère publique ». L'auteur craint les « accusations d'illégitimité ». C'est encore l'argument avancé par Georges Vedel et François Luchaire pour refuser les opinions dissidentes[98].

Or, rien n'est plus faux, et les analyses empiriques le démontrent. Les études de psychologie sociale, concernant en général la Cour suprême américaine, ont montré que l'autorité des décisions d'une juridiction n'était pas corrélée au résultat du jugement (favorable ou défavorable au requérant) mais au sentiment que la procédure suivie a été juste. Notamment, un article de Tom R. Tyler sur la justice procédurale affirme ceci : « la légitimité des institutions publiques, locales et nationales, et la disposition à accepter leurs décisions sont influencées par notre perception de l'impartialité de la procédure de décision »[99]. La méthode juridictionnelle est, en elle-même, la source de légitimité ultime du juge[100].

On ne pourrait jamais reprendre cet argument devant le juge judiciaire, le juge pénal ou même le juge administratif. L'autorité d'une juridiction procède du respect des règles fondamentales du procès et notamment la publicité. Cet argument prouve que le Conseil ne se vit pas comme une juridiction et, plus fondamentalement, il reflète une idée de plus en plus répandue parmi les intellectuels français : la transparence serait nocive[101]. La promesse révolutionnaire d'une politique qui se déroulerait sous les yeux des citoyens dans l'enceinte d'un Parlement et de procès ouverts à tous, cette promesse fut complètement dévoyée dans la deuxième moitié du XXe siècle par l'essor de la législation administrative, c'est-à-dire de la loi faite dans

---

[98] La transposition des opinions dissidentes en France est-elle souhaitable? " Contre " : le point de vue de deux anciens membres du Conseil constitutionnel, Cahiers du Conseil constitutionnel n° 8 (Dossier : Débat sur les opinions dissidentes), juillet 2000.

[99] Tom R Tyler and Kenneth Rasinski, « Procedural Justice, Institutional Legitimacy, and the Acceptance of Unpopular U.S. Supreme Court Decisions: A Reply to Gibson », Law & Society Review, Vol. 25, No. 3 (1991), pp. 621-630.

[100] G. Canivet, « Légitimité du juge », in Dictionnaire de la justice, L. Cadiet (dir.), préc..

[101] C'est aussi l'opinion défendue par Alain Finkielkraut ou Alain-Gérard Slama, dans les médias.

l'Administration, comme l'a analysé Yves Gaudemet[102]. Nicolas Rousselier a bien montré ce changement fondamental de notre culture républicaine et qu'il appelle la démocratie exécutive[103]. Or, l'administration française reste largement opaque. La procédure devant le Conseil n'est que le reflet de ce changement de paradigme : l'autorité, sous la Ve République, gît dans le secret.

Notre hypothèse est que ce sont précisément ces défauts qui ont permis au Conseil de se faire accepter. C'est d'ailleurs le constat fait par Vedel — sous forme de critique[104] — dans sa préface au manuel de contentieux constitutionnel de Dominique Rousseau. Mais il faut aller plus loin et comprendre véritablement pourquoi.

Le Conseil, avec tous ces défauts, donne à chaque pouvoir important dans notre République une voix, de façon occulte ou plus directe : les politiques y ont toujours été bien représentées, l'Administration, et particulièrement le Conseil d'État, est prépondérante par le truchement du Secrétaire général — qui repart dans l'Administration après son passage au Conseil —, les professeurs d'université sont présents comme membre ou comme conseillers occultes (particulièrement par le biais des portes étroites), les lobbys économiques importants ont l'oreille du Conseil grâce aux portes étroites et aux dîners en ville. Tout le monde semble y trouve son compte, sauf la loi et, bien entendu, la justice.

---

[102] Y. Gaudemet, « La loi administrative », 2006, n°1, p. 65.

[103] N. Rousselier, La force de gouverner, Gallimard, Coll. NRF Essais, pp. 567 suiv..

[104] « L'usage veut qu'un préfacier ne se borne pas à l'éloge et je suis bien tenté de manquer à cet usage, faute de matière à critique sérieuse. Un regret pourtant : que l'auteur ne nous ait pas dit ce qui est, au moins à mes yeux, un des caractères les plus surprenants de l'institution qu'il étudie, à savoir que sa part d'irrationalité, sa rusticité, son empirisme ont été quelques-unes des causes, et non les moindres, de sa réussite. Pour un pur cartésien, le Conseil constitutionnel est un être bizarre : il devrait être au-dessus de la mêlée et ses membres sont désignés par les grands acteurs du combat politique ; ils n'élisent même pas leur président ; on n'exige de ces juges aucune garantie de compétence juridique ; leurs travaux ne sont éclairés par aucune instruction contradictoire ; leurs décisions doivent intervenir dans des délais étrangement brefs ; prises à la majorité et dans le secret, elles étouffent la minorité qui n'y souscrit pas et qui ne peut ni s'exprimer ni se révéler ; et puis, comment travailler sans ces escouades de référendaires ou d'assistants qui font les maisons sérieuses ? » (préface à la deuxième édition, D. Rousseau, P.-Y. Gadhoun, J. Bonnet, Droit du contentieux constitutionnel, 11e ed., Lextenso, Domat, p. 9).