



**HAL**  
open science

# L'article 56 de la Constitution et le droit constitutionnel

Samy Benzina

► **To cite this version:**

Samy Benzina. L'article 56 de la Constitution et le droit constitutionnel. Revue de droit d'Assas, 2020. hal-04444242

**HAL Id: hal-04444242**

**<https://hal.science/hal-04444242>**

Submitted on 7 Feb 2024

**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.

## ***L'article 56 de la Constitution et le droit constitutionnel***

**Samy Benzina**

*Professeur à l'Université de Poitiers*

### **Article 56 de la Constitution**

« Le Conseil constitutionnel comprend neuf membres, dont le mandat dure neuf ans et n'est pas renouvelable. Le Conseil constitutionnel se renouvelle par tiers tous les trois ans. Trois des membres sont nommés par le Président de la République, trois par le président de l'Assemblée nationale, trois par le président du Sénat. La procédure prévue au dernier alinéa de l'article 13 applicable à ces nominations. Les nominations effectuées par le président de chaque assemblée sont soumises au seul avis de la commission permanente compétente de l'assemblée concernée.

En sus des neuf membres prévus ci-dessus, font de droit partie à vie du Conseil constitutionnel les anciens Présidents de la République.

Le Président est nommé par le Président de la République. Il a voix prépondérante en cas de partage. »

Parmi les dispositions constitutionnelles qui apparaissent aujourd'hui les plus anachroniques dans la Constitution du 4 octobre 1958, il nous semble que l'article 56 de la Constitution tient une place toute particulière au sein du droit constitutionnel français entendu à la fois comme l'ensemble des règles constitutionnelles qui organisent et encadrent les pouvoirs publics et la discipline doctrinale qui a pour objet d'étude ces règles. Cet article 56 et sa pratique, par les autorités de nomination, sont devenus le point de focal principal des critiques contre le Conseil constitutionnel portant à la fois sur l'inadaptation des personnes qui y sont nommées et la présence des anciens présidents de la République. A chaque renouvellement partiel du Conseil constitutionnel, de nouvelles voix se font entendre pour dénoncer une ou plusieurs nominations. Cette attention dont fait aujourd'hui périodiquement l'objet l'article 56 de la Constitution est en fort contraste avec le peu d'intérêt porté à cette disposition lors de l'élaboration de la Constitution de 1958<sup>1</sup>.

En effet, si on se fie aux versions successives de cet article, de sa première rédaction du 8 juillet 1959 issue du groupe de travail présidé par Michel Debré<sup>2</sup> à la version définitivement adoptée, force est de constater que les débats, tout du moins ceux auxquels il est possible d'avoir accès<sup>3</sup>, ont porté sur des éléments mineurs. La question de la composition proprement dite, c'est-à-dire le profil que devraient avoir les futurs membres du Conseil, n'est guère évoquée. Le problème de la compétence des membres et des conditions à leur nomination n'est jamais soulevé, il fut simplement supposé que seraient nommés dans cette nouvelle institution des

---

<sup>1</sup> V. plus généralement sur les débats concernant le Conseil constitutionnel lors de l'élaboration de la Constitution : B. Quiriny, « Le Conseil constitutionnel dans les travaux du Comité consultatif constitutionnel de 1958 », *RFDC* 2019, n° 117, p. 145.

<sup>2</sup> *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, vol. I, *Des origines de la loi constitutionnelle du 3 juin 1958 à l'avant-projet du 29 juillet 1958*, La Documentation française, 1988, p. 381.

<sup>3</sup> La loi constitutionnelle du 3 juin 1958 confiait au Gouvernement l'établissement d'un projet de loi constitutionnelle. Ainsi, l'essentiel des débats tenus dans des groupes de travail ou lors de conseils interministériels n'a pas été retranscrit. Seuls les débats devant le comité consultatif constitutionnel et le Conseil d'État ont fait l'objet d'une retranscription puis d'une publication.

juristes et des personnalités de premier plan<sup>4</sup>. Tout au plus, devant le Conseil d'État fut posée la question d'une éventuelle parité entre les membres nommés par le pouvoir exécutif et ceux nommés par le pouvoir législatif, compte tenu de la fonction d'arbitre que le Conseil aurait entre ces deux pouvoirs<sup>5</sup>. Certains ont aussi pu défendre la nécessité de prévoir la présence du premier président de la Cour de cassation et du vice-président du Conseil d'État parmi les membres nommés au Conseil<sup>6</sup>. La question de l'appartenance de droit des anciens présidents de la République au Conseil constitutionnel ne fut en revanche pas questionnée, seul un membre du Conseil d'État, Roger Latournerie, l'évoqua pour s'en féliciter<sup>7</sup>.

Ce peu d'intérêt des membres du comité consultatif constitutionnel et des membres du Conseil d'État pour le Conseil constitutionnel en général, et sa composition en particulier, s'explique assez aisément. Il est lié au fait que cette institution et son rôle ne sont pas perçus comme des éléments centraux de la Constitution de 1958. La question de la place du président de la République, les rapports entre le Parlement et le Gouvernement ainsi que la relation entre la métropole et l'outre-mer ayant plus largement occupé les esprits.

Si les fonctions et les pouvoirs du Conseil constitutionnel pouvaient, dès 1958, apparaître importants<sup>8</sup>, ils étaient considérablement limités par deux éléments. D'une part, le Conseil ne pouvait apprécier la constitutionnalité d'une loi qu'au regard des dispositions de la Constitution de 1958, à l'exclusion en particulier du Préambule<sup>9</sup>. Or, la Constitution elle-même ne contenait, pour l'essentiel, que des dispositions relatives au statut des organes constitutionnels, à la répartition des compétences entre ces organes et aux procédures qui leur étaient applicables. Le Conseil était ainsi pensé comme un simple répartiteur des compétences entre le Gouvernement et le Parlement et plus particulièrement « une arme contre la déviation du régime parlementaire »<sup>10</sup>. Comme l'écrivaient alors les commentateurs officiels de la Constitution en 1959 : « Le constituant, par l'institution du Conseil constitutionnel a voulu maintenir le Parlement dans son rôle et aménager une sanction des empiétements qui, dans le passé, ont souvent transformé le régime parlementaire en régime d'Assemblée »<sup>11</sup>. D'autre part, les autorités pouvant saisir le Conseil constitutionnel de la constitutionnalité de la loi étaient peu nombreuses et susceptibles d'appartenir à la même majorité politique, rendant peu probable son intervention fréquente. Dès la première version de l'article 56 discutée lors d'une réunion du groupe de travail du 8 juillet 1958, un membre de ce groupe, François Luchaire, faisait justement remarquer que « le Conseil constitutionnel ne pouvant être saisi que par le président de la République, le président de l'Assemblée nationale ou le président du Sénat, [il] ne sera pas en réalité le gardien de la Constitution, mais permettra de régler certains litiges d'ordre juridique opposant les grands organes de l'État »<sup>12</sup>.

---

<sup>4</sup> *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, vol. II, *Le Comité consultatif constitutionnel de l'avant-projet du 29 juillet 1958 au projet du 21 août 1958*, La Documentation française, 1988, p. 163.

<sup>5</sup> *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, vol. III, *Du Conseil d'État au référendum*, La Documentation française, 1988, pp. 372 et s.

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 373.

<sup>7</sup> *Ibid.*

<sup>8</sup> Lors des débats devant le comité consultatif constitutionnel, M. Coste-Floret déclare, à contre-courant de certains de ses collègues, que « Je pense que ce Conseil constitutionnel est une des pièces maîtresses de l'avant-projet qui nous a été soumis » (*Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, vol. II, *op. cit.*, p. 178).

<sup>9</sup> *Ibid.*, p. 256 et s.

<sup>10</sup> Michel Debré, « Allocution devant l'Assemblée générale du Conseil d'État le 27 août 1958 », in *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, vol. III, *op. cit.*, p. 260.

<sup>11</sup> J. Boitreaud, J. Foyer, F. Luchaire, « Le Conseil constitutionnel », in *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, vol. IV, *Commentaires de la Constitution (1958-1959)*, p. 302.

<sup>12</sup> *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, vol. I, *op. cit.*, p. 382.

Le Conseil constitutionnel tel que conçu en 1958 était ainsi, pour reprendre la formule de Charles Eisenmann, « que bien peu de chose »<sup>13</sup> et n'avait pas vocation à devenir une cour constitutionnelle<sup>14</sup> qui participerait à façonner le droit et la pensée constitutionnels. Si l'expertise juridique des futurs membres paraissait alors souhaitable, l'expérience d'ancien parlementaire ou membre du Gouvernement apparaissait bien plus primordiale compte tenu du rôle qu'était censé jouer le Conseil notamment dans la résolution des conflits de compétence entre le Gouvernement et le Parlement.

Il n'est donc pas surprenant que dans les premières années de la V<sup>e</sup> République, le Conseil constitutionnel soit largement demeuré dans l'angle mort de la doctrine. Un auteur relevant ainsi que « le Conseil constitutionnel demeura jusqu'aux changements décisifs de la première moitié des années 1970 une figure somme toute secondaire tant dans le jeu politique que dans sa représentation scientifique »<sup>15</sup>. Au point d'ailleurs, que le premier président du Conseil constitutionnel, Léon Noël, jugeait dans ses mémoires qu' « au cas où on n'y prendrait pas garde, l'intervention du Conseil constitutionnel serait susceptible de tomber peu à peu en désuétude »<sup>16</sup>. Les décisions du Conseil constitutionnel faisaient l'objet de peu de commentaires, la plupart des auteurs conservant une approche du droit constitutionnel essentiellement influencée, depuis la Seconde Guerre mondiale, par Maurice Duverger. Ce dernier défendait un droit constitutionnel plus en prise avec la réalité de la vie politique, ayant pour objet l'analyse empirique des systèmes politiques. Cette approche était en rupture avec la conception normative du droit constitutionnel dominant avant 1945, accusée d'être trop dogmatique et théorique<sup>17</sup>.

Avec la démission du Général de Gaulle le 27 avril 1969, le Conseil constitutionnel est libéré de la figure tutélaire de la V<sup>e</sup> République<sup>18</sup>. Dès qu'il en a eu l'opportunité, à l'occasion de la décision du 19 juin 1970<sup>19</sup>, il reconnut implicitement au Préambule de la Constitution la qualité de norme de référence du contrôle de constitutionnalité avec la fameuse référence « Vu la Constitution et notamment son préambule »<sup>20</sup>. Avec ses décisions du 16 juillet 1971 *Liberté d'association*<sup>21</sup> et du 27 décembre 1973 *Taxation d'office*<sup>22</sup>, il consacra explicitement le caractère normatif du Préambule de 1946 et de la Déclaration de 1789. La révision

---

<sup>13</sup> Ch. Eisenmann, « Palindromes ou stupeur », *Le Monde*, 5 mars 1959.

<sup>14</sup> V. *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, vol. I, op. cit., p. 249. Lors d'une réunion du 13 juin 1958 sous la présidence de De Gaulle cette question est directement tranchée par le général : « le président Cassin indique qu'il est hostile à l'idée d'une Cour constitutionnelle qui a été lancée dans la presse. Le général De Gaulle précise que cette idée n'a jamais été envisagée par le Gouvernement ».

<sup>15</sup> O. Jouanjan, « Modèles et représentations de la justice constitutionnelle en France : un bilan critique », *Jus Politicum* 2009, n° 2.

<sup>16</sup> L. Noël, *De Gaulle et les débuts de la Ve République, 1958-1965*, Plon, coll. « Espoir », 1976, p. 33.

<sup>17</sup> V. en ce sens O. Beaud, « Constitution et droit constitutionnel », in D. Alland, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy, Puf, 2010, 3<sup>e</sup> éd., p. 259.

<sup>18</sup> Gaston Palewski écrit dans ses mémoires que le Conseil n'aurait pas pu étendre son contrôle au Préambule de la Constitution tant que De Gaulle était au pouvoir dans la mesure où il lui « semblait absurde d'expliquer à l'auteur de la Constitution de quelle manière celle-ci devait être appliquée » (G. Palewski, *Mémoires d'action*, Plon, 1988, p. 292).

<sup>19</sup> Cons. const., 19 juin 1970, n° 70-39 DC, *Traité signé à Luxembourg le 22 avril 1970 portant modification de certaines dispositions budgétaires des traités instituant les communautés européennes*.

<sup>20</sup> Si on se fie à la délibération de cette décision accessible sur le site internet du Conseil, cette référence au préambule dans les visas n'est évidemment pas le fruit du hasard, mais le souhait de plusieurs membres comme François Luchaire, Georges-Léon Dubois ou encore Pierre Chatenet que le Préambule soit reconnu « comme une source de droit ».

<sup>21</sup> Cons. const., 16 juill. 1971, n° 71-44 DC, *Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association*, §2.

<sup>22</sup> Cons. const., 27 déc. 1973, n° 73-51 DC, *Loi de finances pour 1974*, §2.

constitutionnelle du 29 octobre 1974 achèvera la révolution en habilitant 60 députés ou 60 sénateurs à saisir le Conseil constitutionnel de la constitutionnalité d'une loi : elle va permettre une augmentation considérable du nombre de saisines. En l'espace de quatre ans, le Conseil va passer d'institution politique mineure à un vecteur d'un nouveau droit constitutionnel. La production doctrinale sur le sujet s'accroît considérablement à partir des années 1970-1980 avec la constitution de l' « école aixoise »<sup>23</sup> qui défend le droit constitutionnel comme un « droit de la Constitution sanctionné par un juge »<sup>24</sup>. Une partie de la doctrine constitutionnaliste se convertit alors à ce « néo-constitutionnalisme »<sup>25</sup> en se donnant pour objet principal de recherche la Constitution, définie comme norme juridique suprême, telle qu'interprétée par la jurisprudence du Conseil constitutionnel<sup>26</sup>. La jurisprudence constitutionnelle est alors présentée comme le moyen de faire du droit constitutionnel un « vrai » droit appliqué et sanctionné par un juge. Cette approche va être perçue, par une partie de la doctrine de droit constitutionnel, comme un moyen de relégitimer la discipline, de prendre ses distances avec la science politique et la conception essentiellement politique et institutionnelle du droit constitutionnel<sup>27</sup>. Ainsi, l'autonomisation de la science politique au tout début des années 1970<sup>28</sup> combinée à l'émergence de la jurisprudence du Conseil constitutionnel vont conduire la doctrine constitutionnaliste à se recentrer sur une « conception normative de la Constitution »<sup>29</sup>. L'un des plus grands défenseurs de cette évolution, le doyen Louis Favoreu, écrivait en 1990, pour s'en féliciter, que « la Constitution a cessé d'être seulement une "idée" pour devenir une "norme", c'est-à-dire une règle juridique obligatoirement sanctionnée »<sup>30</sup>.

Si l'émergence de la jurisprudence constitutionnelle va permettre de légitimer les juristes « constitutionnalistes », en retour la doctrine s'attachera à légitimer le Conseil constitutionnel qui va apparaître progressivement comme un gardien des libertés et une véritable juridiction constitutionnelle<sup>31</sup>. Ce processus aboutit avec la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 et la loi organique du 10 décembre 2009 qui ont introduit la question prioritaire de constitutionnalité (QPC).

---

<sup>23</sup> L' « école aixoise » désigne l'école de droit constitutionnel qui s'est développée à la Faculté de droit d'Aix-en-Provence à l'initiative et sous la direction de Louis Favoreu. Sur ce sujet, voir notamment G. Drago, *Contentieux constitutionnel français*, Puf, coll. « Thémis droit », 4<sup>e</sup> éd., 2016, p. 11 et s. ; P. Gaia, « L'école aixoise », in S. Mouton, X. Magnon (dir.), *Quelles doctrines constitutionnelles aujourd'hui pour quel(s) droit(s) constitutionnel(s) demain ?*, Mare et Martin, à paraître.

<sup>24</sup> V. l'article fondateur en la matière : L. Favoreu, « Le droit constitutionnel, droit de la Constitution et constitution du droit », *RFDC* 1990, n° 1, p. 71.

<sup>25</sup> Pour reprendre la formule de L. Favoreu : « Propos d'un néo-constitutionnaliste », in *La Constitution et son juge*, Economica, 2014, p. 4.

<sup>26</sup> V. sur ce sujet : X. Magnon, « Orientation théorique et choix méthodologique de l'école aixoise de droit constitutionnel : réflexions et tentative de reconstruction », in *Renouveau du droit constitutionnel, Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Dalloz, 2007, p. 233-254

<sup>27</sup> Olivier Jouanjan observe justement en ce sens que « La doctrine française du droit constitutionnel trouva, à partir de cette époque, une matière et une impulsion nouvelles : elle avait une jurisprudence à commenter et le droit constitutionnel pouvait commencer de prendre l'aspect ordinaire des disciplines juridiques qui, en France, passe moins par le commentaire des lois, que par le commentaire d'arrêts » (O. Jouanjan, « Modèles et représentations de la justice constitutionnelle en France : un bilan critique », préc.).

<sup>28</sup> M. Milet, « L'autonomisation d'une discipline. La création de l'agrégation de science politique en 1971 », *Revue d'Histoire des Sciences Humaines* 2001, n° 4, pp. 95-116 ; Ph. Raynaud, « Le droit et la science politique », *Jus Politicum* 2009.

<sup>29</sup> O. Beaud, « Constitution et droit constitutionnel », préc., spéc. p. 258.

<sup>30</sup> L. Favoreu, « Le droit constitutionnel, droit de la Constitution et constitution du droit », *RFDC* 1990, n° 1, p. 71.

<sup>31</sup> V. notamment sur cette évolution : B. François, « Justice constitutionnelle et "démocratie constitutionnelle". Critique du discours constitutionnaliste européen », in *CURAPP, Droit et politique*, 1993, pp. 53-64.

Toutefois, s'il a longtemps existé une symbiose entre une partie de la doctrine et le Conseil constitutionnel, malgré la composition singulière de ce dernier, il nous semble qu'aujourd'hui, l'article 56 et sa pratique par les autorités de nomination sont progressivement devenus une cause de rupture entre une partie des constitutionnalistes et leur objet d'étude. Si les esprits simples voient certainement dans cette tendance une critique corporatiste liée à l'absence récurrente de professeur de droit parmi les membres de la Haute instance, il nous semble que la cause de ce schisme est plus profonde. Le Conseil constitutionnel a beaucoup évolué depuis 1959 et joue un rôle plus central encore depuis l'introduction de la QPC, au point d'être qualifié<sup>32</sup> et de se qualifier lui-même de juridiction constitutionnelle<sup>33</sup>. Un élément est cependant demeuré constant sur la même période : sa composition issue de l'article 56 de la Constitution. Hormis la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, qui a introduit un contrôle parlementaire sur les nominations, l'article 56 n'a pas fait l'objet de modification, ni formelle ni dans sa pratique. Or, si on pouvait justifier la composition quelque peu baroque du Conseil en 1959, il est difficile aujourd'hui d'affirmer qu'il s'agit d'une véritable cour constitutionnelle, jouant un rôle déterminant aussi bien dans la construction du droit constitutionnel que la constitutionnalisation des branches du droit, et d'admettre dans le même temps que sa composition puisse demeurer largement en décalage avec les standards européens, en faisant une large place à des personnalités sans expertise juridique.

La composition du Conseil constitutionnel est de longue date dénoncée par une partie de la doctrine<sup>34</sup> ; elle suscite aujourd'hui une littérature abondante<sup>35</sup> et des propositions de modification<sup>36</sup>. Il ne s'agit donc pas de reprendre ici l'ensemble des éléments d'un débat bien connu. Plus restrictivement, nous entendons démontrer que l'article 56 de la Constitution et sa pratique sont largement en décalage avec le droit constitutionnel français. En effet, ils apparaissent d'abord contraires au droit constitutionnel, c'est-à-dire aux règles issues de la Constitution (I). Cet article et sa pratique sont ensuite de nature à délégitimer démocratiquement le droit constitutionnel tel que produit par le Conseil constitutionnel (II). Enfin, il nous semble que l'article 56 et sa pratique, plus que toute autre disposition de la Constitution, participent à l'appauvrissement du droit constitutionnel en tant que discipline doctrinale (III).

---

<sup>32</sup> V. parex. R. Badinter, « Une longue marche "Du Conseil à la Cour constitutionnelle" », *Cah. Cons. const.* 2008, n° 25, p. 6. V. aussi : J.-J. Urvoas, *Rapport d'information fait au nom de la Commission des lois sur la question prioritaire de constitutionnalité*, A.N., n° 842, 2013, p. 8. L'auteur du rapport estime ainsi que : « la création de la QPC a manifestement transformé le Conseil en une juridiction constitutionnelle pleine et entière et ce, de manière définitive ».

<sup>33</sup> Sur son site internet, le Conseil se présente de la manière suivante : « *Le Conseil constitutionnel est une juridiction dont les audiences et séances suivent le rythme des requêtes dont il est saisi* ». Voir : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/le-conseil-constitutionnel/presentation-generale>

<sup>34</sup> Les premières nominations faisaient déjà l'objet de critiques sévères : voir Ch. Eisenmann, « Palindromes ou stupeur », *Le Monde*, 5 mars 1959 ; M. Duverger, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 5<sup>e</sup> éd., 1960, p. 649.

<sup>35</sup> Pour une perspective générale sur le sujet, voir notamment : L. Favoreu, « La légitimité du juge constitutionnel », *RIDC* 1994, n° 2, p. 557 ; F. Hourquebie, « Les nominations au Conseil constitutionnel », *LPA*, n° 108, 2001, pp. 9-15 ; C. Grewe, « La question du statut des juges constitutionnels », in D. Rousseau (dir.), *Le Conseil constitutionnel en questions*, L'Harmattan, 2004, p. 77 ; D. Rousseau, « Une procédure de nomination toujours discutable », *LPA*, n° 254, 2008, pp. 101-102 ; P. Wachsmann, « Sur la composition du Conseil constitutionnel », *Jus Politicum* 2010, n° 5.

<sup>36</sup> V. notamment Rapport Winock-Bartelone, *Refaire la démocratie*, A.N., Rapport n° 3100, 2015, prop. n° 17.

## I. Une pratique de l'article 56 contraire au droit constitutionnel

Les nominations au Conseil constitutionnel de février 2019 ont montré avec une certaine évidence que la pratique de l'article 56 de la Constitution demeure très largement constante depuis 1959, malgré les évolutions qu'a connues le Conseil constitutionnel ces soixante dernières années. Cette pratique consiste à nommer principalement des personnalités qui n'ont ni expertise juridique de très haut niveau ni de véritable connaissance de la justice constitutionnelle. Ainsi, le président de la République et les présidents des deux assemblées ont choisi Alain Juppé, Jacques Mézard et François Pillet pour siéger au Conseil constitutionnel. Si J. Mézard, sénateur, et ministre entre 2017 et 2018, et F. Pillet, sénateur, sont avocats, il semblerait qu'il ne s'agissait là que d'un élément accessoire pour les autorités de nomination, leur expérience politique et leur lien avec leur autorité de nomination semblant avoir été décisifs<sup>37</sup>, comme souvent en la matière<sup>38</sup>. Le doyen Favoreu, défendant la composition du Conseil constitutionnel, avait tenté de démontrer que les membres nommés avaient souvent une ou des qualifications juridiques, écartant ainsi l'argument selon lequel les juristes ne seraient pas majoritaires au sein du Conseil<sup>39</sup>. Mais il omettait alors un élément essentiel : il ne suffit pas d'avoir un diplôme juridique pour être membre d'une cour constitutionnelle. En effet, dans la plupart des autres États européens, pour être nommé à la cour constitutionnelle, encore faut-il être un juriste qui, par son expérience, sa connaissance du droit et son expertise, jouit d'une grande reconnaissance dans la communauté des juristes<sup>40</sup>. Compte tenu de l'importance de telles fonctions dans une démocratie, il ne suffit donc pas d'être un juriste, il faut être un des tout meilleurs juristes reconnus au plan national pour espérer pouvoir être considéré à une telle fonction. Quant à Alain Juppé, lors de son audition par la commission de l'Assemblée nationale au titre de l'article 13 de la Constitution, il admettait avec une grande franchise : « je ne suis pas un juriste. Certes j'ai fait du droit constitutionnel et du droit administratif à SciencePo, mais là aussi on peut parler de droit à l'oubli »<sup>41</sup>. Si ces nominations n'ont donc rien d'exceptionnel, elles apparaissent aujourd'hui, comme l'a rappelé la doctrine<sup>42</sup>, incompatibles avec la nature

---

<sup>37</sup> V. notamment dans la presse généraliste : N. Raulin, « Conseil constitutionnel : les noms dits de Macron », *Libération*, 10 février 2019 ; J.-B. Jacquin, C. Pietralunga, « Alain Juppé quitte la mairie de Bordeaux pour rejoindre le Conseil constitutionnel », *Le Monde*, 14 février 2019.

<sup>38</sup> Même les rares professeurs de droit nommés au Conseil constitutionnel peuvent ne l'avoir été qu'au regard de considérations politiques, leur qualité de professeur n'étant alors qu'un bonus. L'exemple de Nicole Belloubet, qui avait détenu des mandats politiques, est en la matière assez topique, elle remarquait elle-même qu'« Il n'y avait pas de logique à ce que je devienne membre de ce Conseil. Il y avait juste les conditions. Les circonstances ont fait le reste » (G. Laval, « Nicole Belloubet. Bien sage », *Libération*, 12 mars 2013).

<sup>39</sup> L. Favoreu, « Les juges constitutionnels », *AJIC* 1998, IV, p. 141-155.

<sup>40</sup> Par ex., l'article 159 §2, de la Constitution espagnole du 27 décembre 1978 dispose que : « Les membres de la Cour constitutionnelle sont nommés parmi les magistrats et les procureurs, les professeurs des universités, les fonctionnaires publics et les avocats, tous seront des juristes à la compétence reconnue, exerçant leur profession depuis plus de quinze ans ».

<sup>41</sup> Audition accessible à l'adresse suivante : [http://videos.assemblee-nationale.fr/video.7309242\\_5c6eacc890b5e.commission-des-lois--m-alain-juppe-et-m-jacques-mezard-proposes-a-la-fonction-de-membre-du-conse-21-fevrier-2019](http://videos.assemblee-nationale.fr/video.7309242_5c6eacc890b5e.commission-des-lois--m-alain-juppe-et-m-jacques-mezard-proposes-a-la-fonction-de-membre-du-conse-21-fevrier-2019)

<sup>42</sup> Plusieurs universitaires ont publié des tribunes contestant ces nominations, voir notamment : Ph. Blachère, W. Mastor, « Les nominations politiques au Conseil constitutionnel nuisent à sa légitimité », *Huffingtonpost*, 14 février 2019 ; S. Benzina, « La dangereuse fragilité du Conseil constitutionnel », *AOC*, 19 février 2019 ; P. Cassia, « Le Conseil constitutionnel démettra-t-il d'office d'Alain Juppé ? », *Blog Médiapart*, 19 février 2019 ; Th. Hochmann, « Conseil constitutionnel : "L'expertise requise est avant tout juridique, pas politique" », *Le Monde*, 21 février 2019 ; E. Lemaire, « Réformons en profondeur le Conseil constitutionnel », *Libération*, 21 février 2019 ; J. Roux, « Des politiques nommés au Conseil constitutionnel, une anomalie française », *Le Figaro*, 24 février 2019.

juridictionnelle du Conseil et encore plus avec la volonté de « faire du Conseil constitutionnel une cour constitutionnelle de référence »<sup>43</sup>.

Ces nominations de 2019 ne font qu'illustrer un problème plus général qui est celui de la contrariété de l'article 56 et de sa pratique avec certaines règles du droit constitutionnel français. Comme l'avait déjà relevé Patrick Wachsmann<sup>44</sup>, ces nominations n'apparaissent en effet pas conformes à l'article 6 de la Déclaration de 1789 tel qu'interprété... par le Conseil constitutionnel. Celui-ci dégage de l'article 6 une norme constitutionnelle selon laquelle les nominations aux dignités, places et emplois publics doivent tenir compte « des capacités requises pour l'exercice des attributions »<sup>45</sup>. En particulier, le Conseil constitutionnel exige que les fonctions juridictionnelles soient en général soumises à des conditions de capacité<sup>46</sup>. Il a par exemple pu juger que « les connaissances juridiques constituent une condition nécessaire à l'exercice de fonctions judiciaires » et que « l'exercice antérieur de "fonctions impliquant des responsabilités ... dans le domaine ... administratif, économique ou social" ne révèle pas par lui-même, quelles que soient les qualités professionnelles antérieures des intéressés, leur aptitude à rendre la justice ; qu'en définissant de telles catégories de candidats aux fonctions de juge de proximité sans préciser le niveau de connaissances ou d'expérience juridiques auquel ils doivent répondre, le législateur organique a manifestement méconnu l'article 6 de la Déclaration de 1789 »<sup>47</sup>. Ainsi, même pour les juridictions constituées de juges non professionnels, le Conseil constitutionnel s'assure que le législateur a prévu des conditions d'élection ou de nomination présentant de réelles garanties en termes de compétences professionnelles<sup>48</sup>.

Si le Conseil constitutionnel est une juridiction, il doit alors nécessairement être soumis à ces mêmes exigences de capacité et de connaissances juridiques qu'il impose aux autres juridictions. Pourtant, au vu de la pratique de l'article 56 de la Constitution, les autorités de nomination et les commissions compétentes des assemblées soit ne font pas des capacités du candidat à exercer des fonctions de juge constitutionnel une condition à la nomination, soit n'ont pas véritablement conscience de ce que sont ces capacités, comme le montrent tant les profils choisis que les questions posées aux candidats lors des auditions<sup>49</sup>. Dans certaines hypothèses, l'expertise juridique d'un candidat peut même être la raison pour laquelle une autorité exclut sa nomination<sup>50</sup>. On notera qu'un nombre considérable de personnes nommées

---

<sup>43</sup> V. De Senneville, D. Seux, « Le Conseil constitutionnel doit être une balise dans une société française anxieuse » (interview de Laurent Fabius), *Les Échos*, 27 mai 2016. V. l'analyse très juste de Thomas Hochmann sur cette prétention : Th. Hochmann, « Et si le Conseil constitutionnel était une "Cour constitutionnelle de référence" ? », *RDLF* 2019, chron. n° 32.

<sup>44</sup> P. Wachsmann, « Sur la composition du Conseil constitutionnel », *Jus Politicum* 2010, n° 5.

<sup>45</sup> Cons. const., 28 janv. 2011, n° 2010-94 QPC, *M. Robert C. [Nomination aux emplois supérieurs de la fonction publique]*, §4.

<sup>46</sup> Cons. const., 4 août 2011, n° 2011-635 DC, *Loi sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs*, §10.

<sup>47</sup> Cons. const., 20 fév. 2003, n° 2003-466 DC, *Loi organique relative aux juges de proximité*, §14.

<sup>48</sup> Cons. const., 4 mai 2012, n° 2012-241 QPC, *EURL David Ramirez [Mandat et discipline des juges consulaires]*, §28-32.

<sup>49</sup> Les auditions organisées par les commissions des lois des deux assemblées présentent dans l'ensemble peu d'intérêt dans la mesure où les questions sont rarement pertinentes et quand elles le sont, les candidats se réfugient pour l'essentiel derrière le devoir de réserve pour refuser de répondre à toute question qui viserait à identifier une quelconque pensée constitutionnelle ou apprécier leur maîtrise de la jurisprudence constitutionnelle.

<sup>50</sup> V. N. Raulin, « Conseil constitutionnel : les noms dits de Macron », *Libération*, 10 février 2019. La journaliste relève que lors des nominations de 2019, le président de l'Assemblée nationale entendait « installer dans [le] fauteuil de la rue de Montpensier une juriste respectée. Las! c'est au tour de Macron de se braquer. Le chef de l'État exclut d'abandonner le Conseil constitutionnel aux seuls professionnels du droit. C'est au sein du personnel politique qu'il convient de trouver des remplaçants aux anciens élus qui siègent rue de Montpensier, argue-t-il ».



au Conseil constitutionnel français n'aurait pas les compétences requises pour l'exercice des fonctions dans la plupart des autres États européens<sup>51</sup>.

Surtout, indépendamment de la capacité des candidats à exercer les fonctions de juge constitutionnel, l'élément qui apparaît le plus en contradiction avec le principe constitutionnel d'égalité d'accès aux places et emplois publics est la propension des autorités de nomination à choisir une partie des candidats non pas sur la base de leurs mérites personnels, mais au regard de considérations purement politiques. Il peut tout d'abord s'agir de récompenser des soutiens politiques fidèles, ce qui semble avoir été le cas, si on se fie à la presse<sup>52</sup>, dans les dernières nominations. Le pouvoir de nomination a pu aussi être utilisé par le président du Sénat afin de favoriser les membres issus de son assemblée<sup>53</sup>. Un tel pouvoir peut également être mobilisé dans des stratégies politiques plus ou moins complexes. Un exemple topique est celui de la tentative de nomination de Michel Mercier au Conseil constitutionnel par le président du Sénat, Gérard Larcher, durant l'été 2017. Les médias présentaient alors cette nomination comme une tentative de la part du président du Sénat d'éviter que M. Mercier, alors pressenti pour être le candidat de la République en marche à la présidence du Sénat, devienne une menace à sa réélection lors du renouvellement partiel de septembre 2017<sup>54</sup>. Cette nomination n'a pas échoué à cause d'une quelconque opposition de la commission des lois du Sénat, qui a validé la candidature, mais par le renoncement de M. Mercier à siéger au Conseil du fait de l'emploi d'un membre de sa famille comme assistant parlementaire<sup>55</sup>. Il est assez curieux de voir des autorités de nomination utiliser ce pouvoir, conféré par la Constitution, non pas afin de nommer les personnes les plus aptes à exercer les fonctions de juge constitutionnel, mais afin de servir des intérêts partisans/personnels. On peut d'ailleurs se demander si pour certaines de ces nominations, à supposer qu'elles puissent être contestées<sup>56</sup>, l'existence d'un détournement de pouvoir ne pourrait pas être raisonnablement soutenue.

La pratique des nominations au Conseil constitutionnel est donc loin du cadre constitutionnel et de l'esprit qui devrait guider les autorités de nomination dans le choix des candidats. En cela, l'introduction d'un contrôle parlementaire par la révision constitutionnelle de 2008 n'est pas apparue comme un remède efficace. Au-delà de l'incompatibilité manifeste entre la pratique de l'article 56 de la Constitution et certaines règles du droit constitutionnel, cette pratique tend à délégitimer démocratiquement le droit constitutionnel français.

## **II. Une pratique de l'article 56 délégitimant le droit constitutionnel**

Sous l'empire de la Constitution du 4 octobre 1958, la souveraineté appartient au peuple qui est donc la source de la puissance publique au sein de l'État. Les organes de l'État n'exercent cette puissance publique que sur délégation du peuple par le truchement en particulier de la Constitution qui habilite tel ou tel organe à exercer tel ou tel pouvoir. Les

---

<sup>51</sup> V. P. Wachsmann, « Sur la composition du Conseil constitutionnel », *Jus Politicum* 2010, n° 5.

<sup>52</sup> J.-B. Jacquin, C. Pietralunga, « Alain Juppé quitte la mairie de Bordeaux pour rejoindre le Conseil constitutionnel », *Le Monde*, 14 février 2019.

<sup>53</sup> On notera par exemple que l'actuel président du Sénat, Gérard Larcher, a nommé quatre sénateurs (dont M. Mercier) parmi les six nominations qu'il a effectuées depuis qu'il est titulaire de cette fonction.

<sup>54</sup> V. C. Pietralunga, J.-B. de Montvalon, « Michel Mercier proposé au Conseil constitutionnel par Gérard Larcher », *Le Monde*, 26 juillet 2017.

<sup>55</sup> B. Jérôme, « Michel Mercier renonce à intégrer le Conseil constitutionnel », *Le Monde*, 9 août 2017.

<sup>56</sup> CE, Ass., 9 avr. 1999, n° 195616, *Mme Ba*. Le Conseil d'État juge qu'« il n'appartient pas à la juridiction administrative de connaître de la décision par laquelle le Président de la République nomme, en application des dispositions de l'article 56 de la Constitution du 4 octobre 1958, un membre du Conseil constitutionnel ». Cela signifie qu'en l'état du droit, les décisions de nomination au Conseil constitutionnel sont des actes de gouvernement insusceptibles de recours.

juridictions n'exercent ainsi le pouvoir de trancher les différends que parce qu'il leur est délégué soit par le peuple directement, à travers la Constitution, soit par ses représentants par le biais de la loi. Cela explique que la formule « Au nom du peuple français » se trouve en tête de l'ensemble des décisions de justice, à l'exclusion notable des décisions du Conseil constitutionnel.

Il est souvent argué, à juste titre, que le contrôle de constitutionnalité n'est en rien antidémocratique, que dans le cadre du constitutionnalisme moderne, il tire sa légitimité, outre du fait qu'il n'aurait pas le dernier mot<sup>57</sup>, notamment de son rôle de garant de l'État de droit en soumettant l'ensemble des gouvernants aux règles constitutionnelles ce qui permettrait, en protégeant la volonté constituante du peuple, l'avènement d'une « démocratie constitutionnelle »<sup>58</sup>. En outre, sous la Ve République, le Conseil constitutionnel est l'une des rares institutions contre-majoritaires face à un présidentielisme tout puissant susceptible de dérives liberticides. Il n'en reste pas moins qu'en tant qu'il exerce un pouvoir délégué par le peuple, le Conseil constitutionnel a l'obligation de rendre compte de l'usage de ce pouvoir au souverain en application de l'article 15 de la Déclaration de 1789, interprété largement, selon lequel « *La société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration* ». Et ce d'autant plus que les évolutions de ces dernières décennies ont conduit à faire du Conseil constitutionnel le principal créateur de normes constitutionnelles. Au point que certains ont pu qualifier ce phénomène de « triomphe du droit constitutionnel jurisprudentiel »<sup>59</sup>. Comme le relève justement un auteur « la logique profonde du droit constitutionnel moderne consiste dans l'identification de l'autorité de la constitution écrite à celle des interprétations qu'en donne le juge », il ajoute qu'« on fait "comme si" ce qu'a dit le juge ne se distinguait pas de ce qu'a dit le constituant ou le législateur ordinaire, mais au contraire s'y incorporait totalement »<sup>60</sup>.

Or, compte tenu du rôle considérable du Conseil constitutionnel dans la construction du droit constitutionnel et dans le contrôle de la législation ainsi que de la centralité des normes constitutionnelles dans l'ordre juridique, les exigences démocratiques imposent que le titulaire d'un tel pouvoir rende des comptes de son utilisation au souverain. En particulier, le Conseil constitutionnel est censé exercer le pouvoir qui lui a été délégué conformément à son habilitation constitutionnelle. Cela implique notamment qu'en tant que juridiction, il doit rendre compte, dans ses décisions, du raisonnement juridique qu'il l'a conduit à découvrir une nouvelle norme constitutionnelle ou à censurer la loi. De même, ce pouvoir de contrôler la constitutionnalité de la loi a été spécifiquement confié par le souverain à des juges constitutionnels nommés par ses représentants qui doivent donc l'exercer pleinement et personnellement.

Toutefois, la pratique de l'article 56 de la Constitution tend au contraire à provoquer un double phénomène délégitimant l'édifice jurisprudentiel créé par le Conseil constitutionnel et par voie de conséquence le droit constitutionnel dans son ensemble. En premier lieu, cette pratique peut favoriser un contrôle politique de la loi plutôt qu'un contrôle juridique (A). En

---

<sup>57</sup> V. en ce sens : L. FAVOREU, « La légitimité du juge constitutionnel », *RIDC*, 1994, n° 2, pp. 557-581 (sur l'argument du Conseil constitutionnel comme simple aiguilleur) ; G. Vedel, « Schengen et Maastricht (A propos de la décision n° 91-294 DC du Conseil constitutionnel du 25 juillet 1991) », *RFDA*, 1992, n° 2, pp. 173-184 (sur la théorie du lit de justice constitutionnelle).

<sup>58</sup> Sur cette idée de « démocratie constitutionnelle », voir : D. Rousseau, « Constitutionnalisme et démocratie », *La vie des idées*, 19 septembre 2008.

<sup>59</sup> V. en ce sens : A. Delcamp, « Après le triomphe du "droit constitutionnel jurisprudentiel", peut-on encore "penser" les institutions ? », *RFDC* 2014, n° 100, pp. 865-877.

<sup>60</sup> D. Baranger, « Comprendre le « bloc de constitutionnalité » in O. Beaud, Ph. Conte, P. Wachsmann (dir.), *La jurisprudence du Conseil constitutionnel et les différentes branches du droit : Regards critiques*, Dalloz, coll. « Jus Politicum », 2019, pp. 125-157, spé. p. 132.

second lieu, elle est à l'origine du fonctionnement très particulier du Conseil qui peut conduire à marginaliser les juges constitutionnels dans la prise de décision (B).

#### A. *Un article 56 favorisant un contrôle politique*

Il semble exister un hiatus entre la manière dont la doctrine constitutionnaliste d'une part et la classe politique d'autre part perçoivent la nature du contrôle de constitutionnalité effectué par le Conseil constitutionnel. Alors que la doctrine semble en majorité voir dans le contrôle de constitutionnalité une véritable fonction juridictionnelle dont le rôle est essentiellement de trancher des questions de droit au moyen de techniques et raisonnements juridiques, la pratique de l'article 56 de la Constitution montre que les autorités de nomination persistent à y voir un contrôle de nature politique. Contrôler la constitutionnalité de la loi implique en général une méthode particulière : le juge doit interpréter la Constitution afin d'en tirer des normes constitutionnelles et déterminer leur portée ; s'assurer, le cas échéant, que la loi a été adoptée selon une procédure conforme à la Constitution ; interpréter la loi et déterminer si elle poursuit au minimum un objectif d'intérêt général ; concilier cet objectif poursuivi par la loi avec les normes constitutionnelles applicables ; déterminer si les moyens choisis par le législateur, c'est-à-dire les dispositions législatives en cause, ne portent pas une atteinte disproportionnée à telle ou telle norme constitutionnelle au regard de l'objectif poursuivi ; ce contrôle de proportionnalité implique notamment de s'assurer que l'atteinte à une norme constitutionnelle est entourée de garanties suffisantes. Or, le caractère relativement technique d'un tel contrôle, propre à une juridiction, suppose des méthodes et un raisonnement juridiques très précis que ce soit dans l'interprétation de la Constitution, et donc de la détermination de l'existence et de la portée d'une norme constitutionnelle, ou dans le contrôle des atteintes à une norme constitutionnelle qui implique de pouvoir justifier de manière méthodique pourquoi le juge estime que l'atteinte est ou non proportionnée.

Pourtant, il semble que pour les autorités de nomination, les méthodes et les raisonnements du juge constitutionnel relèvent avant tout d'une appréciation politique et non juridique. C'est au fond l'idée que le contrôle de constitutionnalité serait rétif à toute juridicisation : sous des apparences juridiques, le contrôle du Conseil constitutionnel demeurerait fondamentalement politique. Les méthodes et raisonnements juridiques ne serviraient alors qu'à habiller rétrospectivement des décisions ontologiquement politiques. La nomination de personnalités qui ont été confrontées au suffrage universel et ayant une expérience pratique des institutions et de l'exercice du pouvoir serait alors non seulement appropriée, mais indispensable. À n'en pas douter, la légitimité des nominations politiques au Conseil constitutionnel est en partie fondée sur l'idée que derrière son apparence juridictionnelle, cette institution exerce avant tout des fonctions politiques qui supposent une expertise politique. Cette justification à la pratique des autorités de nomination apparaît pourtant fragile et manifeste une méconnaissance de l'office du juge constitutionnel<sup>61</sup>.

Certes, le contrôle de constitutionnalité a nécessairement une dimension politique dans la mesure où il suppose que le juge peut, par son pouvoir d'interprétation du droit qui n'est pas toujours aisément différenciable d'un pouvoir de création du droit, poser des normes constitutionnelles, faire prévaloir certaines normes constitutionnelles sur d'autres et fixer les limites ou seuils que la loi ne peut pas franchir lorsqu'elle restreint un droit ou une liberté

---

<sup>61</sup> Sur le sujet de l'office du juge constitutionnel, voir C.-E. Sénac, *L'office du juge constitutionnel. Étude du contrôle de constitutionnalité par les juridictions françaises*, LGDJ, coll. « Bibliothèque constitutionnelle », 2015, 593 p.

constitutionnel<sup>62</sup>. Toutefois, cette dimension politique est en réalité intrinsèque à la fonction de juger. Tout juge doit, par son pouvoir d'interprétation, déterminer les normes applicables au litige et concilier des normes contraires. Certes, l'office du juge constitutionnel se singularise dans la mesure où sont en cause des normes constitutionnelles généralement indéterminées, mais il reste l'office d'un juge qui doit trancher une question de droit. Il y a d'ailleurs une grande similarité, au moins en matière de droits fondamentaux, entre le contrôle de constitutionnalité des lois effectué par le Conseil constitutionnel et le contrôle de conventionnalité des lois exercé par les juridictions ordinaires<sup>63</sup>. Or, dans ce second cas, la dimension politique du contrôle de conventionnalité n'interdit pas pour autant aux juridictions judiciaires et administratives, constituées principalement de juges professionnels, d'effectuer un contrôle juridique.

En outre, le pouvoir discrétionnaire du juge est censé être encadré par la mobilisation de techniques juridictionnelles, comme le contrôle de proportionnalité, qui imposent au juge de suivre une méthode dont il déduira une solution. L'obligation de motivation des décisions est une garantie que le juge constitutionnel suivra un raisonnement formellement juridique dans la mesure où il devra justifier, en exposant les normes prises en compte, le contexte ou la méthode retenue et les différentes étapes qu'elle implique, comment il arrive à la décision prononcée. Le lecteur de la décision doit alors être en mesure de retracer le cheminement intellectuel du juge et d'évaluer si le raisonnement juridique tenu et la solution à laquelle il arrive sont ou non cohérents et convaincants. La qualité de la motivation est ainsi un enjeu important de légitimation de la solution dans la mesure où elle va permettre de réduire l'impression d'arbitraire ou le caractère partisan de la décision.

Autrement dit, la dimension politique du contrôle de constitutionnalité sera d'autant plus marquée que le raisonnement du juge n'est pas enserré dans un cadre juridique déterminé. Cela lui confère en effet un large pouvoir discrétionnaire, risquant de dériver vers l'arbitraire, dont sera tirée une solution difficile à justifier juridiquement. Or, au risque de formuler un truisme, plus la composition du Conseil est politique, moins le raisonnement du juge peut être juridique. Le droit est une discipline qui suppose l'apprentissage d'une culture juridique ainsi que de méthodes et raisonnements particuliers qui ne sont acquis qu'après de longues études et une pratique professionnelle régulière. Une personnalité nommée au Conseil constitutionnel qui n'aurait pas acquis la culture, la méthode et l'expérience adéquates ne serait tout simplement pas en mesure de pleinement raisonner en droit. Elle sera conduite à porter un jugement politique sur la loi dans la mesure où elle n'est pas en mesure de l'appréhender dans un cadre juridique déterminé. Le risque est alors que les discussions et les raisonnements tenus par les membres se rapprochent plus de ceux d'une assemblée parlementaire que d'une véritable juridiction. La composition politique induit par conséquent un risque considérable de contrôle politique<sup>64</sup>. Il ne s'agit pas d'arguer que les juristes seraient drapés de toutes les vertus et seraient incapables de laisser leurs convictions politiques l'emporter sur les considérations

---

<sup>62</sup> V. notamment en ce sens : J.-M. Denquin, « La jurisprudence du Conseil constitutionnel : grandeur ou décadence du droit constitutionnel ? », *Jus Politicum*, 2012, n° 7.

<sup>63</sup> V. notamment sur ce point O. Dutheil de Lamothe, « Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité », in *Juger l'administration, administrer la justice, Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, Dalloz, 2007, p. 315 ; C. Grewe, « Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité : à la recherche d'une frontière introuvable », *RFDC* 2014, n° 100, p. 961-970 ; E. Dubout, « L'efficacité structurelle de la question prioritaire de constitutionnalité en question », *RDP* 2013, n° 1, p. 107-134.

<sup>64</sup> Certains témoignages d'anciens membres du Conseil semblent soutenir ce risque de contrôle politique du Conseil constitutionnel. V. par ex. P. Joxe, *Cas de conscience*, Labor et Fidès, 2010, p. 159-160. Dans son ouvrage, l'auteur relève que durant son mandat au Conseil constitutionnel, « dans une vingtaine de circonstances, c'est une question politique majeure, posant des problèmes constitutionnels évidents, qui a reçu contre mon gré sa réponse politique, revêtue d'un costume juridique plus ou moins élégant, mais taillé sur mesure ».

juridiques. Mais il s'agit de remarquer que si la présence de professionnels du droit n'est pas un obstacle absolu contre les dérives, elle garantit au minimum que les membres comprendront les enjeux juridiques de l'affaire et qu'ils tenteront de formuler une réponse ayant une véritable rationalité juridique à la question de droit qui leur est posée. On peut par conséquent avancer que plus le Conseil est composé de personnalités au profil principalement politique, moins il est démocratiquement légitime. En effet, si le contrôle de la Haute instance est moins juridique et plus politique, il conduit à ce que le Conseil constitutionnel puisse outrepasser son habilitation en ne s'attachant pas à un contrôle juridique visant à s'assurer de la conformité de la loi à la Constitution, mais en permettant à des juges constitutionnels non élus d'exercer un véritable contrôle politique visant à créer des normes constitutionnelles en se substituant au pouvoir constituant ou à évaluer l'opportunité de la loi contrôlée.

Il pourrait être argué que ce risque de contrôle politique apparaît bien souvent comme un simple chiffon rouge agité par la doctrine. En pratique, le juge constitutionnel français rappelle non seulement régulièrement sa doctrine de l'autolimitation de ses pouvoirs<sup>65</sup>, mais raisonnerait en outre exclusivement en droit. Pourtant, le fait que le Conseil tienne en général un raisonnement formellement juridique n'est pas une garantie qu'il n'effectue pas de contrôle politique. Sa motivation est en effet trop lacunaire pour déterminer quels sont les véritables ressorts de sa décision<sup>66</sup>. La réforme récente en la matière a produit peu d'amélioration<sup>67</sup> et semble avoir laissé place à une simple politique de communication<sup>68</sup>. Très souvent, il se contente de rappeler les normes constitutionnelles applicables, dont il énonce rarement la portée exacte, de manière très brève les moyens des requérants, la disposition législative contestée et enfin de déclarer la disposition conforme ou non. Dans cette dernière étape, le Conseil constitutionnel est généralement très peu loquace. Il se contente d'ailleurs parfois de juger une disposition conforme ou non sans véritable explication<sup>69</sup>. Ce manque de transparence dans le raisonnement du juge est susceptible de mettre en doute l'idée selon laquelle le Conseil n'exerce pas un contrôle de nature politique sur la loi dans la mesure où il n'est pas véritablement possible de reproduire son raisonnement juridique. Un exemple récent illustre parfaitement cette situation : dans sa décision du 26 mars 2020<sup>70</sup> à propos de la loi organique suspendant les délais d'examen des QPC devant les cours suprêmes et le Conseil constitutionnel dans le cadre de la crise du Covid-19, le juge constitutionnel a refusé de sanctionner l'inconstitutionnalité de la procédure d'adoption de la loi au regard de mystérieuses « circonstances particulières de l'espèce »<sup>71</sup>. Face aux critiques dont a fait l'objet cette décision, le président du Conseil

---

<sup>65</sup> Le Conseil s'attache à rappeler, depuis une décision du 15 janvier 1975, n° 74-54 DC, *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse*, §1, qu'il ne « dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement ».

<sup>66</sup> V. sur sujet : D. Baranger, « Sur la manière française de rendre la justice constitutionnelle », *Jus Politicum*, 2012.

<sup>67</sup> V. C. Guérin-Bargues, « L'amélioration de la motivation des décisions du Conseil constitutionnel : vrai progrès ou faux-semblant ? », *RDA* 2019, n° 19, p. 69.

<sup>68</sup> On remarquera que le Conseil a fait le choix depuis quelques années, et en particulier depuis 2018 avec la création d'un service de communication au sein de l'institution, de concentrer ses efforts non sur l'intelligibilité de ses décisions, mais sur la diffusion auprès du grand public d'informations concernant l'institution : il a créé un concours « Découvrons notre Constitution » qui s'adresse aux élèves des établissements scolaires du primaire et du secondaire ; le président du Conseil accorde régulièrement des interviews dans lesquelles il lui arrive de commenter les décisions rendues ; des audiences QPC sont décentralisées en région ; le Conseil diffuse régulièrement des vidéos sur les réseaux sociaux afin de faire connaître l'institution.

<sup>69</sup> Pour un exemple topique récent, voir : Cons. const., 8 déc. 2017, n° 2017-680 QPC, *Union syndicale des magistrats [Indépendance des magistrats du parquet]*, §14.

<sup>70</sup> Cons. const., 2020-799 DC du 26 mars 2020, *Loi organique d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19*, §3.

<sup>71</sup> V. sur ce sujet l'intéressante analyse de J. Jeanneney, « La non-théorie des "circonstances particulières" », *AJDA*, 2020, n° 15, pp. 843-848.

constitutionnel a entendu justifier la position de son institution en explicitant le raisonnement sous-jacent à ces « circonstances particulières de l'espèce » : « Le législateur organique a adopté un texte en se soustrayant à la règle prescrivant le respect d'un délai de quinze jours entre le dépôt du projet de loi organique sur le bureau de la première assemblée saisie, et l'examen en séance publique. Le choix de passer outre a été fait par accord tacite entre le gouvernement et les deux assemblées parlementaires, compte tenu de l'urgence, alors que la capacité même du Parlement à siéger selon les formes ordinaires était affectée par l'épidémie de Covid-19, avec les risques que nous connaissons pour la santé de tous les protagonistes de la procédure législative ». Il ajoute plus loin « je n'ose d'ailleurs imaginer les critiques d'inconséquence qui auraient plu sur nous si cette loi organique avait été censurée »<sup>72</sup>. Ces justifications du président du Conseil manifestent clairement que le choix a été fait de ne pas censurer la loi non sur le fondement d'un raisonnement strictement juridique, mais au regard de considérations essentiellement politiques. Certains verront sans doute dans cette décision la manifestation de la sagesse propre aux anciens politiques capables de discerner les impératifs politiques du moment. D'autres se demanderont cependant si le rôle du Conseil constitutionnel est de mettre la Constitution entre parenthèses selon les circonstances politiques.

Cette absence de rigueur dans la motivation explique en partie pourquoi il n'est pas toujours vu comme nécessaire, par les autorités de nomination et les personnes nommées, d'avoir une expérience juridique solide avant de pouvoir être membre du Conseil. Lorsque le juge n'a pas à expliquer comment il arrive à sa solution, une partie considérable de son travail s'en trouve allégé. Le contentieux constitutionnel apparaît alors comme « facile », consistant pour le Conseil à concilier de manière arbitraire des normes constitutionnelles sans expliquer pourquoi l'une devrait prévaloir sur l'autre ou pourquoi telle atteinte à un droit ou une liberté est ou non proportionnée.

Les carences de la motivation des décisions du Conseil constitutionnel posent un véritable problème démocratique. Il est souvent reproché en France aux juridictions constitutionnelles étrangères d'être trop disertes, de rendre des décisions faisant parfois plusieurs centaines de pages<sup>73</sup>. Mais cette longueur s'explique par les exigences démocratiques : le juge a l'obligation de justifier au titulaire de la souveraineté, c'est-à-dire le peuple, la manière dont il utilise son pouvoir et rend la justice constitutionnelle. L'indétermination des dispositions constitutionnelles suppose que lorsque le juge leur donne une signification, il soit dans l'obligation d'expliquer pourquoi il a retenu telle ou telle signification. Or, le Conseil ne rend pas véritablement de compte quant à la manière dont il exerce le pouvoir qui lui a été délégué par le souverain. Pour illustrer le propos, on peut prendre la décision la plus célèbre du Conseil, la décision du 16 juillet 1971 *Liberté d'association* : la lecture de la décision ne permet pas de comprendre ce qui justifie que le Préambule de 1946 devienne une norme de référence du contrôle de constitutionnalité, alors que cette idée avait été expressément rejetée par les constituants. Un autre exemple récent est celui de la décision du 28 mai 2020<sup>74</sup> dans laquelle le Conseil opère un revirement de jurisprudence en qualifiant de « dispositions législatives » les dispositions d'une ordonnance non ratifiée dans le délai prévu par la loi d'habilitation<sup>75</sup>. La Haute instance ne juge cependant pas utile d'informer le citoyen sur les raisons justifiant un tel changement de politique jurisprudentielle. Il nous semble ainsi que la composition politique

---

<sup>72</sup> « Grand entretien » de Laurent Fabius par Stéphane Durand-Souffland, *Le Figaro*, 17 avril 2020.

<sup>73</sup> V. notamment Th. Hochmann, « Motivation et justice constitutionnelle : le modèle allemand », *Nouv. Cah. Cons. const.*, 2017, n° 55-56, p. 23.

<sup>74</sup> Cons. const., 2020-843 QPC du 28 mai 2020, *Force 5 [Autorisation d'exploiter une installation de production d'électricité]*, § 11.

<sup>75</sup> Jusqu'à cette décision du 28 mai 2020 le Conseil considérait que les dispositions non ratifiées d'une ordonnance n'étaient pas des dispositions législatives, voir : Cons. const., 2011-219 QPC du 10 février 2012, *M. Patrick É. [Non lieu : ordonnance non ratifiée et dispositions législatives non entrées en vigueur]*.

Conseil, issue de la pratique de l'article 56 de la Constitution, force le Conseil à avoir une position qui tend à affirmer sans démontrer. Ce qui est de nature à fragiliser un droit constitutionnel jurisprudentiel qui, dans un contexte de crise de la démocratie, semble plus que jamais être un colosse aux pieds d'argile.

### *B. Un article 56 réduisant le pouvoir de décision des juges constitutionnels*

L'apparente réussite du Conseil constitutionnel à effectuer, malgré sa composition, un contrôle de constitutionnalité dans les délais fixés par la Constitution se fait au prix d'un fonctionnement très atypique<sup>76</sup>. Ce dernier a la particularité de disposer d'un service juridique constitué de cinq juristes, inconnus du grand public, dirigé par un secrétaire général dont le supérieur hiérarchique est le seul président du Conseil constitutionnel. Le duo secrétaire général-président du Conseil tient donc l'institution, parfois d'une main de fer. Les membres du Conseil ne disposent pas, contrairement à leurs homologues étrangers, de référendaires ou de *law clerks* qui les assisteraient dans le traitement des affaires. Ils sont entièrement dépendants du service juridique. Ce dernier joue donc un rôle absolument cardinal dans la préparation, l'instruction et la rédaction des décisions du Conseil constitutionnel. Le service juridique est censé assister le membre-rapporteur, choisi par le président du Conseil, chargé d'instruire l'affaire dont est saisie la juridiction. Le problème est que, d'une part, le membre-rapporteur, au moins en QPC, est saisi du dossier alors que l'instruction a déjà été largement conduite par le service juridique ; d'autre part, moins le membre-rapporteur est compétent, plus il va devoir se reposer sur l'expertise du service juridique. La position de ce service peut donc rapidement devenir la position du Conseil constitutionnel, car le membre-rapporteur ne peut pas toujours s'opposer aux arguments d'un service juridique ayant travaillé intensément sur le dossier avec l'expertise juridique qui est la sienne<sup>77</sup> et dont la position pourra être défendue lors du délibéré par le secrétaire général. Et ce d'autant plus que depuis l'introduction de la QPC, le contentieux constitutionnel porte sur des dispositions législatives plus précises et techniques qui supposent des compétences juridiques particulières simplement pour comprendre la portée de la disposition contrôlée. Le risque n'est donc pas qu'un membre incompetent juge mal, mais qu'il ne juge pas... Par ailleurs, les autres membres du Conseil sont encore moins armés : ils ne peuvent pas présenter seuls, et alors qu'ils ont eux-mêmes des affaires à instruire, une position alternative crédible à celle du membre-rapporteur assisté par le service juridique.

Ce fonctionnement atypique a une justification historique assez convaincante : le Conseil a dû s'organiser de manière à ce que, peu importe sa composition, il soit en mesure de rendre des décisions, dans des délais très limités, en cohérence avec sa jurisprudence, et formellement juridique. Son fonctionnement a donc vocation à atténuer l'aléa des nominations. Autrement dit, le Conseil constitutionnel fonctionne non pas grâce, mais malgré sa composition politique. Ce fonctionnement pose une difficulté démocratique centrale : dans quelle mesure les décisions du Conseil sont-elles véritablement issues de la délibération des membres en particulier lorsque sont en cause des questions juridiques techniques ? Un tel fonctionnement favorise alternativement soit une forme de ratification par les membres des solutions choisies par le service juridique, soit force les membres à se prononcer au regard de considérations extrajuridiques dans la mesure où ils ne maîtrisent pas entièrement les enjeux juridiques des affaires dont ils sont saisis. Or, il faut rappeler que les membres du service juridique sont choisis

---

<sup>76</sup> V. J.-E. Schoettl, « Ma cinquantaine rue de Montpensier », *CCC* 2009, n° 25, p. 47.

<sup>77</sup> Sur ce sujet, voir L. Gay, « De la Cour suprême junior au dixième membre du Conseil constitutionnel. Le pouvoir des services et assistants juridiques des juridictions constitutionnelles en question », in X. Magnon et al. (dir.), *Les pouvoirs d'instruction des juridictions constitutionnelles et la formation de l'intime conviction des juges constitutionnels*, PUAM, coll. « Cahiers de l'ILF », n° 6, 2016, p. 45.

à la discrétion du président du Conseil constitutionnel, et que leur nomination ne fait l'objet d'aucun contrôle parlementaire ou démocratique.

### III. Une pratique de l'article 56 appauvrissant le droit constitutionnel

Une partie de la doctrine constitutionnaliste se trouve aujourd'hui face à une forme de « crise d'identité ». Les défenseurs du droit constitutionnel jurisprudentiel ont conduit ces dernières décennies à une redéfinition du droit constitutionnel autour des règles issues de la Constitution et sanctionnées par le juge. Cette doctrine refusait alors de voir dans le droit constitutionnel un « droit politique »<sup>78</sup> ; elle défendait l'idée que le droit constitutionnel est une discipline essentiellement juridique ayant pour objet l'étude de normes juridiques telles que formulées par le juge constitutionnel. Le problème d'une telle redéfinition du droit constitutionnel, centrée autour de la jurisprudence constitutionnelle, est que la discipline est alors largement dépendante de la qualité des décisions du juge constitutionnel et donc des membres qui composent l'institution.

Or, la pratique de l'article 56 de la Constitution implique qu'un nombre considérable de membres du Conseil constitutionnel arrivant dans l'institution ne sont pas opérationnels pour exercer les missions qui leur ont été confiées. Si le fonctionnement de l'institution permet de pallier les carences des membres en centralisant le travail autour du service juridique, elle ne permet pas de résoudre une difficulté centrale du Conseil constitutionnel : la qualité très critiquée de sa jurisprudence. Il faut en effet remarquer que les membres du service juridique doivent souvent se familiariser à la jurisprudence constitutionnelle « sur le tas » ainsi qu'aux différentes branches du droit qu'elle affecte, avec en sus une charge de travail particulièrement conséquente. Il apparaît évident que l'absence d'une bonne connaissance préalable du droit constitutionnel et de la jurisprudence du Conseil conjuguée au rythme de travail soutenu sont peu propices à un travail de réflexion juridique approfondi et à une parfaite rigueur dans la manipulation des diverses catégories juridiques. Cela conduit à la production d'une jurisprudence qui est aujourd'hui largement critiquée par la doctrine.

Cette tendance s'est accentuée avec l'introduction de la QPC dans la mesure où les commentateurs des décisions du Conseil ne sont plus simplement les constitutionnalistes, mais l'ensemble des juristes. Une décision QPC est susceptible d'intervenir dans n'importe quel pan du droit ; depuis 2010, il y a une accélération de la « constitutionnalisation des branches du droit »<sup>79</sup>. Cette expression désigne le phénomène qui consiste, pour le Conseil constitutionnel, depuis le début des années 1970, à créer de nouveaux principes et exigences constitutionnels ou à transformer certains principes préexistants dans les différentes branches du droit en principes ou exigences constitutionnels. Cette extension des normes constitutionnelles conduit

---

<sup>78</sup> V. notamment sur ce sujet : M. Troper, « Le constitutionnalisme entre droit et politique », in CURAPP, *Droit et politique*, 1993, pp. 82-94 ; D. Baranger, « Politisation et dépolitisation du droit constitutionnel français », in X. Magnon, S. Mouton (dir.), *Quelles doctrines constitutionnelles aujourd'hui, pour quel(s) droit(s) constitutionnel(s) demain ?*, Mare & Martin, coll. « Le sens de la science », 2020, à paraître ; X. Magnon, A.-V. Naquet, « Le droit constitutionnel est-il un droit politique ? », *Les Cahiers Portalis*, 2018, n° 6, pp. 107-128 ; M. Altwegg-Boussac, « Le droit politique, des concepts et des formes », *Jus Politicum* 2020, n° 24 ; E. Bottini, « Le droit politique et le dépassement de la sanction en droit constitutionnel », *Jus Politicum* 2020, n° 24.

<sup>79</sup> Louis Favoreu est souvent présenté comme le précurseur sur ce sujet, voir : « L'apport du Conseil constitutionnel au droit public », *Pouvoirs* 1980, n° 13, p. 17-31 ; « L'influence de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur les diverses branches du droit », in *Itinéraires : études en l'honneur de Léo Hamon*, Economica, 1982, p. 235-244. Même s'il semble lui-même faire remonter les premières analyses à Michel Fromont, voir : L. Favoreu, « La constitutionnalisation du droit », in *L'unité du droit, Mélanges en hommage à Roland Drago*, Economica, 1999, p. 25.



à encadrer constitutionnellement les branches du droit et à potentiellement les faire évoluer ou à les transformer. Le phénomène de constitutionnalisation induit que l'on ne peut plus raisonner en droit pénal, en droit civil ou en droit administratif sans s'interroger sur les fondements constitutionnels de ces matières tels qu'ils sont interprétés par le Conseil constitutionnel. Or, cette infiltration du droit constitutionnel dans l'ensemble de l'ordre juridique n'est pas sans poser de difficultés dans la mesure où trop souvent, tel l'éléphant dans un magasin de porcelaine, le Conseil semble intervenir sans parfaitement maîtriser l'ensemble des enjeux de la matière concernée par sa décision. Un ouvrage collectif récent, *La jurisprudence du Conseil constitutionnel et les différentes branches du droit : Regards critiques*<sup>80</sup>, a en ce sens mis en exergue le fait que la jurisprudence était souvent perçue par les juristes comme n'ayant pas de véritable apport<sup>81</sup> ou comme étant une menace au regard de la mauvaise maîtrise par le Conseil des notions de droit privé ou de droit pénal<sup>82</sup>.

Mais au-delà des problèmes posés par la constitutionnalisation des différentes branches du droit, il est frappant que plusieurs auteurs relèvent que le Conseil constitutionnel est très approximatif lorsqu'il traite de notions centrales du droit constitutionnel comme la « souveraineté »<sup>83</sup> ou la « représentation »<sup>84</sup>. Il s'agit d'un problème fondamental dès lors que le juge constitutionnel est l'interprète authentique de la Constitution, la signification qu'il donne aux dispositions constitutionnelles affecte la manière dont celles-ci sont appréhendées. On comprend alors que la symbiose qui existait entre la doctrine et le Conseil laisse progressivement place à un divorce. Longtemps la doctrine constitutionnaliste a en partie éludé les faiblesses de la jurisprudence constitutionnelle dans la mesure où il était nécessaire de défendre l'existence même du contrôle de constitutionnalité. Mais le Conseil constitutionnel apparaît aujourd'hui bien établi dans le paysage politique et constitutionnel français, sa suppression n'étant plus défendue qu'à la marge<sup>85</sup>. L'étude de sa jurisprudence est devenue un champ de recherche non seulement légitime<sup>86</sup>, mais probablement majoritaire<sup>87</sup> dans la doctrine constitutionnaliste<sup>88</sup>. Ce faisant, les fragilités de cette jurisprudence sont devenues de plus en plus apparentes avec non seulement l'émergence d'une nouvelle génération de spécialistes du droit constitutionnel plus critique, car moins portée à défendre une institution largement en

---

<sup>80</sup> O. Beaud, P. Conte, P. Wachsmann (dir.), *La jurisprudence du Conseil constitutionnel et les différentes branches du droit : Regards critiques*, Dalloz, coll. « Jus Politicum », 2019, 351 p.

<sup>81</sup> V. notamment D. Fenouillet, « La jurisprudence du Conseil constitutionnel en droit civil des personnes. Promotion ou déformation ? », in O. Beaud, P. Conte, P. Wachsmann (dir.), *La jurisprudence du Conseil constitutionnel et les différentes branches du droit : Regards critiques*, op. cit., p. 23 ; F. Chénéde, « Quelle "constitutionnalisation" pour le droit civil des contrats ? », *ibid.*, p. 68 ; B. Girard, « La responsabilité civile dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *ibid.*, p. 81.

<sup>82</sup> P. Conte, « La matière pénale revue par le Conseil constitutionnel », *ibid.*, p. 120. L'auteur observe que « le Conseil rend des décisions qui révèlent une méconnaissance sidérante des notions pénales élémentaires et, plus grave, des catégories protectrices des libertés dans le procès pénal ».

<sup>83</sup> O. Beaud, « Le Conseil constitutionnel sur la souveraineté et ses approximations », *ibid.*, p. 175 ; A. Hamann, « Sur un "sentiment" de souveraineté », *ibid.*, p. 227.

<sup>84</sup> B. Daugeron, « Le Conseil constitutionnel a-t-il une théorie de la représentation ? », *ibid.*, p. 261.

<sup>85</sup> Sur la légitimation progressive du Conseil, voir : B. François, « La perception du Conseil constitutionnel par la classe politique, les médias et l'opinion », *Pouvoirs* 2003, n° 105, p. 133.

<sup>86</sup> V. notamment : J.-L. Halpérin, « Une nouvelle République des constitutionnalistes ? », *RDP* 2014, n° 6, p. 1494.

<sup>87</sup> Le conditionnel est ici important dans la mesure où aucune étude systématique n'a été réalisée en la matière. On peut seulement noter que s'il nous semble que la production doctrinale porte majoritairement sur le Conseil, certains auteurs doutent de ce caractère majoritaire, voir : A. Vidal-Naquet, « Quels équilibres entre droit constitutionnel institutionnel, normatif et substantiel ? », in X. Magnon, S. Mouton (dir.), *Quelles doctrines constitutionnelles aujourd'hui, pour quel(s) droit(s) constitutionnel(s) demain ?*, Mare & Martin, coll. « Le sens de la science », 2020, à paraître.

<sup>88</sup> Sur cette évolution, voir : B. François, « Le Conseil constitutionnel et la Cinquième République. Réflexions sur l'émergence et les effets du contrôle de constitutionnalité en France », *RFSP* 1997, n° 3-4, p. 377.

décalage avec les standards européens, mais aussi du fait du regard acéré porté par les auteurs appartenant aux différentes branches du droit dans lesquelles les décisions du Conseil interviennent. Alors que la jurisprudence du Conseil a été longtemps perçue comme un moyen pour les constitutionnalistes de fonder le droit constitutionnel en tant que discipline véritablement juridique, les fragilités de cette jurisprudence entraînent aujourd'hui avec elle la faiblesse de la discipline. Tel Sisyphe, les commentateurs de la jurisprudence constitutionnelle sont condamnés à réitérer les mêmes critiques sur la motivation insuffisante, le manque de clarté du raisonnement, les approximations dans le contrôle ou la portée incertaine des décisions<sup>89</sup>. Ces éléments conduisent certains auteurs à s'interroger sur l'intérêt de continuer à analyser et systématiser une jurisprudence qui semble rétive à un tel exercice compte tenu de ses faiblesses conceptuelles<sup>90</sup>. Il est désormais difficile pour la doctrine de laisser le droit constitutionnel, en tant que discipline, principalement orienté et influencé par le Conseil « selon son bon plaisir »<sup>91</sup>. Si la doctrine souhaite que le droit constitutionnel soit pris au sérieux en tant que discipline juridique si ce n'est scientifique, à défaut d'une réforme du Conseil constitutionnel qui ne peut plus être raisonnablement attendue, il est nécessaire de remettre la jurisprudence constitutionnelle à sa place : non pas comme objet d'étude central et outil principal d'identification de la « vérité constitutionnelle », mais comme une des nombreuses sources à la disposition du juriste pour penser le droit constitutionnel<sup>92</sup>.

En conclusion, la pratique actuelle de l'article 56 de la Constitution n'a plus d'autre justification que la volonté des autorités de nomination de conserver un pouvoir discrétionnaire qui échappe à tout véritable contrôle. D'aucuns pouvaient penser que l'introduction d'un contrôle parlementaire des nominations permettrait de réguler ce pouvoir et obligerait les autorités de nomination à présenter des candidats compétents ; cette réforme a cependant fait long feu. Pourtant, à ce jour, la seule réforme de l'article 56 envisagée par la majorité actuelle<sup>93</sup>, comme la précédente<sup>94</sup>, est la suppression des membres de droit. La justification avancée par le président Macron pour cette révision est peu contestable : relevant que le « Conseil constitutionnel [...] s'est installé dans le paysage institutionnel et dans l'esprit de nos concitoyens comme une véritable juridiction », il ajoute que pour « [l']installer encore davantage dans ce rôle proprement juridictionnel, il faut que nous allions un pas plus loin, en supprimant la présence parmi vous des anciens Présidents de la République »<sup>95</sup>. On ne comprend alors pas comment la nature juridictionnelle du Conseil justifierait la suppression de

---

<sup>89</sup> V. X. Magnon, A.-V. Naquet, « Le droit constitutionnel est-il un droit politique ? », préc., p. 116. Les deux auteurs relèvent en ce sens que « La majorité de la doctrine s'accorde à reconnaître aujourd'hui que les décisions du Conseil constitutionnel sont globalement mal rédigées, en dépit du changement rédactionnel de 2016, mal justifiées, par une motivation standardisée et arc-boutée autour du précédent et par référence générique à des dispositions constitutionnelles générales et abstraites, mobilisant sans rigueur des concepts indéterminés (la séparation des pouvoirs par exemple), bref, que l'objet d'étude est pauvre ». Ils estiment cependant que « ce constat rend d'autant plus nécessaire son étude scientifique rigoureuse ».

<sup>90</sup> V. notamment J.-M. Denquin, « La jurisprudence du Conseil constitutionnel : grandeur ou décadence du droit constitutionnel ? », *Jus Politicum*, 2012, n° 7. L'auteur relève très justement qu'« il est particulièrement mal venu d'attendre la lumière des décisions du Conseil. Qu'une partie de la doctrine succombe à cette tentation entraîne un appauvrissement singulier du droit constitutionnel. Celui-ci n'est-il pas aujourd'hui bien moins capable qu'hier de définir ses notions essentielles, la démocratie, la représentation ou la séparation des pouvoirs ? ».

<sup>91</sup> O. Beaud, « Où va le droit (constitutionnel) ? », *JCP G.* 2018, n° 40, pp. 1765-1773.

<sup>92</sup> V. notamment sur ce sujet : J.-M. Denquin, « Remarques sur la situation du droit constitutionnel en France », *RDP* 2014, n° 6, p. 1472 ; X. Magnon, A.-V. Naquet, « Le droit constitutionnel est-il un droit politique ? », préc., pp. 123 et s. ; O. Beaud, *ibid.*

<sup>93</sup> V. l'article 5 du projet de loi constitutionnelle (n° 2203) pour un renouveau de la vie démocratique, enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 29 août 2019.

<sup>94</sup> Projet de loi constitutionnelle (n° 814) du 14 mars 2013 relatif aux incompatibilités applicables à l'exercice de fonctions gouvernementales et à la composition du Conseil constitutionnel.

<sup>95</sup> Transcription du discours du Président Emmanuel Macron au Conseil Constitutionnel le 4 octobre 2018.

la présence des anciens présidents et n'imposerait pas *en même temps* l'interdiction de nominations purement politiques de personnalités qui n'ont pas les « capacités requises pour l'exercice des attributions » de juge constitutionnel.