



HAL
open science

Le Conseil constitutionnel, conseiller de l'exécutif

Samy Benzina

► **To cite this version:**

Samy Benzina. Le Conseil constitutionnel, conseiller de l'exécutif. *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 2023, 2, pp.453, Id : RDP2023-2-015. hal-04444470v2

HAL Id: hal-04444470

<https://hal.science/hal-04444470v2>

Submitted on 9 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.

Le Conseil constitutionnel, conseiller de l'exécutif

Samy Benzina

Professeur de droit public à l'université de Poitiers

Lors de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, le Parlement a débattu, à la faveur d'un amendement du sénateur Robert Badinter¹, de la dénomination du Conseil constitutionnel rebaptisé pour l'occasion « Cour constitutionnelle ». L'ancien président du Conseil constitutionnel estimait que la désignation « Conseil constitutionnel » était « *inappropriée s'agissant d'une institution dont la compétence essentielle est d'ordre juridictionnel* »². La nouvelle appellation, qui sera rejetée par l'Assemblée nationale, fit l'objet d'une opposition de la ministre de la Justice pour qui la fonction consultative du Conseil justifie de conserver la dénomination originale³. Mais cet argument n'apparaît pas entièrement convaincant dès lors que la fonction consultative n'était pas le cœur des compétences confiées à la nouvelle institution créée par la Constitution du 4 octobre 1958. Le Conseil constitutionnel ne se verra fermement attribuer une fonction consultative, sur le recours aux pouvoirs exceptionnels de l'article 16, qu'à la demande de certains ministres durant le conseil de cabinet du 25 juillet 1958⁴. Il faudra en outre attendre la publication de l'ordonnance du 7 novembre 1958 pour que l'article 60 de la Constitution⁵ soit interprété comme impliquant que le Conseil constitutionnel doit être « *consulté par le Gouvernement sur l'organisation des opérations de référendum* »⁶. Cette interprétation n'allait tellement pas de soi que l'ordonnance relative à l'élection du président de la République n'attribuait pas en cette matière de telles compétences consultatives au Conseil⁷ alors que ce texte avait été pris en application de l'article 58 de la Constitution rédigé dans des termes identiques à l'article 60⁸. Ce n'est qu'avec la loi du 6 novembre 1962 relative à l'élection du Président de la République que le Conseil sera chargé d'une fonction consultative générale pour l'élection présidentielle, dans les mêmes conditions que pour le référendum⁹.

¹ Amendement n° 321 rect. sur le projet de loi constitutionnelle n° 365 de modernisation des institutions de la Vème République, présenté par M. Robert Badinter le 16 juin 2008.

² *Ibid.*

³ R. Dati, séance du 24 juin 2008, Sénat, *J.O.* du 25 juin 2008, p. 3343.

⁴ *Documents pour servir l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, La documentation française, 1987, vol. I, p. 477.

⁵ Dans sa version de 1958, l'article 60 disposait que « *Le Conseil constitutionnel veille à la régularité des opérations de référendum et en proclame les résultats* ». Il faut souligner qu'à aucun moment des travaux préparatoires à la Constitution de 1958, cet article n'a été présenté comme impliquant de confier des compétences consultatives au Conseil constitutionnel.

⁶ Article 46 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.

⁷ On notera toutefois que l'article 24 de l'ordonnance n° 58-1064 du 7 novembre 1958 portant loi organique relative à l'élection du président de la République prévoit de manière spécifique l'avis conforme du Conseil constitutionnel lorsqu'il « *apparaît nécessaire de substituer au dépouillement au chef-lieu d'une ou plusieurs circonscriptions électorales un dépouillement à Paris* ».

⁸ L'article 58 de la Constitution dispose que « *Le Conseil constitutionnel veille à la régularité de l'élection du Président de la République* ».

⁹ Le III de l'article 3 de la loi n° 62-1292 du 6 novembre 1962 relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel dispose en effet que « *Le Conseil constitutionnel veille à la régularité des opérations et examine les réclamations dans les mêmes conditions que celles fixées pour les opérations de référendum par les articles 46, 48, 49, 50 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel* ».

Ces débats au Parlement soulignent que même pour un ancien président du Conseil constitutionnel, l'exercice de la fonction consultative par la Haute instance ne va pas de soi. Et pour cause, l'essentiel de l'activité consultative porte sur des décisions administratives que le Gouvernement entend prendre dans le cadre d'un référendum ou de l'élection présidentielle. Or, l'organe qui est historiquement chargé de conseiller le Gouvernement, notamment à l'égard des actes administratifs, est le Conseil d'État. Robert Badinter expliquait l'attribution de ces compétences au Conseil constitutionnel « *par des motifs historiques, liés à la méfiance des gaullistes envers le Conseil d'État en 1958* »¹⁰. Il nous semble cependant que ce n'est pas tant l'existence d'une « méfiance » à l'égard du Conseil d'État que la nature des votations en cause et la cohérence d'ensemble qui expliquent ce choix. Il faut d'abord souligner que « *personne n'a (...) proposé de remettre ces différentes missions au Conseil d'État* » alors que « *les membres de cette Assemblée étaient nombreux parmi les experts qui ont assisté le Ministre de la Justice (lui-même maître des requêtes au Conseil d'État) pour l'élaboration de la Constitution* »¹¹. D'ailleurs, lors de l'examen de l'article 16 de la Constitution¹² puis celui de l'article 46 de l'ordonnance organique du 7 novembre 1958¹³ par l'assemblée générale du Conseil d'État, à aucun moment n'est questionné le choix de confier au Conseil constitutionnel, au détriment du Conseil d'État, la fonction consultative sur les actes pris en application de ces dispositions. Cela s'explique par le fait que les avis rendus dans le cadre de l'article 16 de la Constitution, en particulier lorsque le Conseil constitutionnel se prononce sur la réunion des conditions exigées pour l'exercice des pouvoirs exceptionnels, ont nécessairement une dimension politique importante compte tenu du contexte dans lequel ils interviennent. Or, le Conseil d'État n'est alors pas perçu comme « *apte à remplir pareille tâche* » dès lors qu'il est « *d'abord un corps administratif* » et « *fait partie de l'Exécutif* »¹⁴. A contrario, le Conseil constitutionnel avait été pensé comme « *une institution indépendante, à l'écart du Gouvernement, du Parlement* »¹⁵ qui a une nature « *politico-juridique* »¹⁶, qui la destinait plus naturellement à rendre des avis sur le recours et l'exercice des pouvoirs exceptionnels. Quant aux compétences consultatives du Conseil constitutionnel relatives aux actes préparatoires aux élections présidentielles et aux référendums, en l'absence d'archives permettant d'expliquer ce choix¹⁷, on peut supputer qu'il est sans doute lié à leur importance politique et à la volonté de regrouper l'ensemble des compétences relatives à ces deux votations, consultatives et contentieuses, au profit d'un seul et même organe.

¹⁰ CC, séance du 28 juillet 1992, p. 12.

¹¹ F. LUCHAIRE, *Le Conseil constitutionnel*, Economica, 1980, p. 21.

¹² *Documents pour servir l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, 1991, vol. III, La documentation française, pp. 322-329.

¹³ *Archives constitutionnelles de la Ve République, 4 octobre 1958-30 novembre 1958*, La documentation française, vol. 1, 2008, pp. 495-501.

¹⁴ F. LUCHAIRE, *op.cit.*, p. 21.

¹⁵ *Archives constitutionnelles de la Ve République, op.cit.*, p. 468. Il s'agit des propos du rapporteur, Georges Maleville, lors de l'examen par l'assemblée générale du Conseil d'État de l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.

¹⁶ *Documents pour servir l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, La documentation française, 1988, vol. II, p. 109. Il s'agit de l'expression retenue par Jean Gilbert-Jules devant le Comité consultatif constitutionnel pour qualifier le Conseil constitutionnel.

¹⁷ Lors de l'élaboration du projet de constitution par le Gouvernement puis de l'examen pour avis par le Comité consultatif constitutionnel et le Conseil d'État des dispositions des articles 59 et 60 de la Constitution, la question des compétences consultatives qu'impliqueraient ces dispositions n'est jamais évoquée. On retrouve le même silence devant le Conseil d'État lors de l'examen de l'ordonnance du 7 novembre 1958.

Du reste, certaines compétences consultatives du Conseil constitutionnel n'auraient pas pu en tout état de cause être attribuées au Conseil d'État. En effet, l'ordonnance organique du 7 novembre 1958 prévoit que les décrets portant sur les obligations imposées aux membres du Conseil constitutionnel¹⁸ et sur l'organisation du secrétariat général de l'institution¹⁹ sont pris sur proposition de la Haute instance. Au regard de l'objet de ces décrets, l'autonomie et l'indépendance du Conseil constitutionnel imposaient qu'il soit le seul à être consulté²⁰. En outre, les compétences de la Haute instance en matière consultative ne se réduisent pas aux cas prévus par des textes. Le Conseil constitutionnel s'est reconnu d'autres attributions, comme le pouvoir de communiquer à l'exécutif et diverses autorités administratives, de sa propre initiative, tout avis qui lui apparaîtrait opportun notamment par le biais de courriers ou d'observations sur les diverses votations dont il a la charge²¹.

Bien que le Conseil constitutionnel rende des avis depuis plus de soixante ans, sa fonction consultative a font l'objet de très peu d'analyses approfondies de la doctrine²², la plupart des études ne faisant qu'effleurer le sujet²³, même si certaines ont pu s'appuyer sur les délibérations²⁴. Déjà, les premiers ouvrages consacrés au Conseil constitutionnel ne s'étendaient guère sur cette question²⁵. On retrouve la même tendance dans les manuels de droit ou de contentieux constitutionnel contemporains qui n'évoquent, au mieux, que très brièvement les compétences consultatives du Conseil constitutionnel²⁶. Les ouvrages spécialisés en matière électorale n'examinent pas cette question de manière plus approfondie²⁷. À cela s'ajoute le fait qu'aucune thèse de doctorat n'a été, à notre connaissance, consacrée au sujet des compétences consultatives du Conseil constitutionnel. Il faut souligner à quel point cette absence de doctrine conséquente sur cet aspect des fonctions de la Haute instance est singulier : la plupart des autres compétences du Conseil constitutionnel a fait l'objet d'études approfondies. La fonction consultative du Conseil est donc particulièrement mal connue : la procédure de consultation, le

¹⁸ Article 7 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.

¹⁹ Article 15 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.

²⁰ Les deux décrets évoqués ont été pris sans avis du Conseil d'État, mais « *Sur la proposition du Conseil constitutionnel* ». Voir : décret n°59-1292 du 13 novembre 1959 sur les obligations du Conseil constitutionnel ; décret n°59-1293 du 13 novembre 1959 relatif à l'organisation du secrétariat général du Conseil constitutionnel.

²¹ Pour un premier exemple, voir CC, séance du 18 juin 1963. Le Conseil prend un « avis confidentiel » adressé par courrier au Premier ministre dans lequel il formule un certain nombre d'observations concernant les élections législatives.

²² Pour un rare exemple, voir R. ARSAC, « La fonction consultative du Conseil constitutionnel », *RFDC*, 2006, n° 6, pp. 781-820.

²³ Pour des exemples d'étude évoquant brièvement les compétences consultatives, voir notamment : L. PHILIP, « Les attributions et le rôle du Conseil constitutionnel en matière d'élections et de référendums », *RDP*, 1962, pp. 46-101 ; L. PHILIP, « Note sous déclaration du Conseil constitutionnel, 24 mai 1974 », *AJDA*, 1974, pp. 376-379 ; P. AVRIL, « Aspects juridiques de l'élection présidentielle des 5 et 19 mai 1974 », *RDP*, 1974, pp. 1103-1124 ; F. GOGUEL, « Le Conseil constitutionnel », *RDP*, 1979, n° 1, pp. 5-25 ; J.-P. CAMBY, « Le rôle du Conseil constitutionnel dans la préparation et la surveillance du processus électoral », *LPA*, 2012, n° 243, pp. 18-21.

²⁴ V. J. BONNET, A. ROBLLOT-TROIZIER, « Les enseignements des délibérations du Conseil constitutionnel relatives à l'élection présidentielle », *LPA*, 2012, n° 243, pp. 29-33.

²⁵ Pour un exemple d'ouvrage qui évoque synthétiquement ces attributions consultatives, voir F. LUCHAIRE, *op.cit.*, pp. 273-274, 290-291 et 393-396. V. aussi : L. FAVOREU, L. PHILIP, *Le Conseil constitutionnel*, Puf., coll. « Que sais-je », 1978, pp. 61, 65 et 68.

²⁶ Pour un rare exemple de manuel qui consacre quelques développements synthétiques aux compétences consultatives du Conseil : G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, Puf, coll. « Thémis droit », 2020, 5^e ed., pp. 223 et s.

²⁷ V. J.-P. CAMBY, *Le Conseil constitutionnel, juge électoral*, Dalloz, 2022, 8^e éd., pp. 279-281 et pp. 300-301.

contenu des avis ou leur portée demeurent largement inexplorés. Comment expliquer alors que les compétences consultatives du Conseil demeurent dans l'angle mort de la doctrine ?

Le désintérêt pour une compétence perçue comme secondaire²⁸ et largement éclipsée par le contrôle de constitutionnalité des lois pourrait être une explication²⁹. Il nous semble cependant que ce désintérêt est en réalité lui-même la conséquence d'une difficulté majeure que rencontrent les auteurs lorsqu'ils entendent s'intéresser aux compétences consultatives du Conseil constitutionnel : le caractère non public de ses avis. Aucune disposition de la Constitution ou de l'ordonnance organique, à l'exception de l'avis rendu sur la décision de recourir aux pouvoirs exceptionnels³⁰, n'encadre la publicité des avis rendus par le Conseil. Cette absence de régime juridique a conduit le président du Conseil, Léon Noël, dès la première consultation de la Haute instance en 1960 sur des projets de décrets dans le cadre d'un référendum, à formuler la position de principe de son institution sur le sujet : « *les avis du Conseil en cette matière ne doivent pas être publiés* »³¹. Ce caractère non public est ainsi avant tout un choix du Conseil constitutionnel dans la mesure où « *ce silence n'est pas pour lui une obligation* »³². Il faut relever que ces avis ne sont pas pour autant confidentiels. Comme le souligne un membre du Conseil constitutionnel, Louis Gros, « *le Conseil est appelé (...) à donner des avis (...) non confidentiels. Non confidentiels signifie que si ces avis ne sont pas publics, une fois qu'ils sont parvenus à leurs destinataires rien n'empêche ceux-ci d'en faire état et notamment de les produire à l'occasion d'une procédure ou d'un débat* »³³. Même s'ils ne sont pas à proprement parler confidentiels, l'absence de publication des avis a une conséquence significative : en dehors de « fuites »³⁴, la doctrine n'a longtemps pas eu accès de manière générale à ces avis et elle n'était donc pas en mesure de les étudier de manière systématique. Elle ne pouvait s'appuyer que sur l'ouvrage *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel*³⁵, qui ne contenait qu'un nombre réduit de délibérations relatives à des avis, sur quelques études des secrétaires généraux qui n'entraient guère dans le détail du fait du secret

²⁸ V. notamment G. DUPUIS, J. GEORGEL, J. MOREAU, *Le Conseil constitutionnel*, Armand Colin, 1970, p. 5. Les auteurs estimaient déjà « *qu'en dépit de son nom, l'institution n'exerce que secondairement une fonction de conseil* ».

²⁹ V. par ex. en ce sens : L. PHILIP, « Le Conseil constitutionnel, juge électoral », *Pouvoirs*, 1980, n° 13, pp. 67-86, spé. p. 79. L'auteur estime que la consultation du Conseil constitutionnel « *par le Gouvernement, sur les textes concernant l'organisation des opérations [de référendum], ne présente guère d'éléments remarquables. Le Conseil constitutionnel joue le rôle qui est habituellement celui du Conseil d'État* ».

³⁰ L'article 53 de l'ordonnance organique du 7 novembre 1958 précise que le Conseil constitutionnel « *émet un avis sur la réunion des conditions exigées par le texte visé à l'article précédent. Cet avis est motivé et publié* ». V. aussi : CC, n° 61-1 AR16 du 23 avril 1961, Avis du 23 avril 1961 (réunion des conditions exigées par la Constitution pour l'application de son article 16).

³¹ CC, séance du 6 décembre 1960, p. 2.

³² F. LUCHAIRE, *op.cit.*, p. 274.

³³ CC, séance du 29 octobre 1980, p.p. 14-15.

³⁴ La fuite la plus célèbre est sans nul doute l'avis formulé lors de la séance du 2 octobre 1962 à l'occasion de laquelle sept des neuf membres ont considéré que le recours à l'article 11 pour introduire une révision constitutionnelle est contraire à la Constitution. Comme le rappelle quelques années plus tard François Luchaire : « *lors de la séance du 2 octobre 1962 siégeait un membre de droit [René Coty] n'ayant pas prêté serment et par conséquent n'étant pas tenu par le secret des délibérations. C'est pourquoi l'avis du Conseil avait été divulgué* » ((Luchaire F. in Cons. const., séance du 2 avril 1969, p. 8). V. aussi pour le même commentaire : Robert Badinter in CC, séance du 3 octobre 1988, p. 7.

³⁵ B. MATHIEU, J.P- MACHELON, F. MELIN-SOUCRAMANIEN, D. ROUSSEAU, X. PHILIPPE (dir.), *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel. 1958-1986*, 2014, 618 p.

du délibéré³⁶ et sur les observations du Conseil formulées à l'occasion des échéances électorales, qui ne reprennent pas nécessairement l'ensemble des aspects discutés lors des délibérations³⁷. Cela explique que la seule étude doctrinale sur la fonction consultative du Conseil constitutionnel présente un intérêt limité tant, en l'absence d'accès aux avis ou aux délibérations, l'analyse apparaît avant tout être fondée sur des conjectures³⁸.

L'ouverture des archives du Conseil constitutionnel, par la loi organique du 15 juillet 2008³⁹, et la publication en ligne de celles-ci sur son site internet en 2016, ont mis fin au principal obstacle à l'étude des avis du Conseil constitutionnel. Les comptes-rendus de délibération sont désormais librement consultables et contiennent non seulement la retranscription des échanges sur les consultations, mais parfois aussi une copie des avis, donnant à leur étude tout son intérêt. Toutefois, l'étude de la fonction consultative du Conseil constitutionnel présente des défis méthodologiques significatifs. En effet, si les comptes-rendus de délibération de la Haute instance sont désormais accessibles en ligne, il faut souligner que cette ouverture présente plusieurs difficultés. D'une part, les délibérations comportant des avis ne sont pas toujours explicitement indiquées sur le site internet du Conseil constitutionnel. Cela nous a donc conduits à devoir examiner l'ensemble des comptes-rendus de délibération disponibles afin d'en extraire l'ensemble des délibérations comprenant des avis. Ainsi, sur les 626 comptes-rendus de délibérations examinés, nous en avons identifié 114 dans lesquels était discuté au moins un avis de la Haute instance (demandé ou spontané). D'autre part, ne sont évidemment consultables que les archives de plus de 25 ans, ce qui exclut en conséquence de la présente étude l'ensemble des avis non publics rendus postérieurement au 31 décembre 1996. Il faut cependant souligner que le volume d'avis examinés est déjà conséquent et permet d'avoir une appréhension assez précise de la manière dont le Conseil exerce la fonction consultative et les relations qu'il entretient avec l'exécutif en cette matière. D'autant que le cadre juridique et pratique de ces compétences s'est avant tout construit dans les premières décennies du Conseil constitutionnel. Les comptes-rendus des délibérations des années 1990 manifestent en ce sens une certaine stabilisation de ce cadre. En tout état de cause, aussi longtemps que les avis du Conseil auront un caractère non public et que ses archives ne seront accessibles qu'à l'issue d'un délai de vingt-cinq ans, toute étude de la fonction consultative est condamnée à n'être que partielle, car elle doit exclure la pratique la plus récente de l'institution. Enfin, les archives du Conseil constitutionnel publiées sur son site internet n'apparaissent pas toujours exhaustives. Lors de nos recherches, il nous est rapidement apparu que certaines séances de délibérations, accessibles sur le site du Conseil, n'ont soit pas fait l'objet d'un compte-rendu⁴⁰ soit celui-ci

³⁶ V. notamment : B. GENEVOIS, « Le Conseil constitutionnel et le contrôle du référendum », *RFDA*, 1988, pp. 887-895 ; B. GENEVOIS, « Le Conseil constitutionnel et le référendum », in G. CONAC, D. MAUS (dir.), *Le référendum, quel avenir ?*, éditions STH, 1990, pp. 95-109 ; O. SCHRAMECK, « Le Conseil constitutionnel et l'élection présidentielle de 1995 », *AJDA*, 1996, n°1, pp. 3-21 ; J.-E. SCHOETLL, « Le Conseil constitutionnel et l'élection présidentielle de 2002 (juin 2000-mai 2002) », *LPA*, 2002, n° 117, pp. 7-16.

³⁷ V. par exemple : CC, séance du 8 juin 1988, p. 9. À la demande du président, certains passages du projet d'observations soumis au Conseil par le secrétaire général sont supprimés, en particulier sur le vote des Français établis hors de France, compte tenu de leur caractère trop technique et détaillé.

³⁸ R. ARSAC, « La fonction consultative du Conseil constitutionnel », *op.cit.*

³⁹ Article 1 de la loi organique n° 2008-695 du 15 juillet 2008 relative aux archives du Conseil constitutionnel.

⁴⁰ V. par ex. CC, séance du 7 octobre 1993. Le compte-rendu se réduit à une page blanche indiquant que le « PV est manquant ».

n'est que partiel⁴¹. Les avis eux-mêmes ne sont pas nécessairement annexés à la délibération⁴². Il faut cependant souligner que le contenu de ces avis présente en général moins d'intérêt que la délibération elle-même. En outre, nous avons pu constater qu'entre le début de nos recherches et la fin, certains comptes-rendus comprenant des avis avaient disparu du site du Conseil constitutionnel sans que l'on puisse déterminer si cette suppression était intentionnelle ou la conséquence d'une erreur technique⁴³. Ces obstacles ne sont cependant pas absolument dirimants dans la mesure où nous avons pu consulter les avis ou comptes-rendus indisponibles aux Archives nationales qui détiennent les archives physiques complètes et exhaustives du Conseil constitutionnel⁴⁴.

Les avis du Conseil constitutionnel sont enveloppés de mystères non seulement pour les observateurs extérieurs, mais aussi, à bien des égards, pour les membres du Conseil constitutionnel eux-mêmes qui n'ont longtemps pas perçu la fonction consultative avec une grande clarté (I). La pratique de cette magistrature d'influence par le Conseil constitutionnel conduit à interroger l'intérêt même des avis rendus et donc de la fonction consultative (II).

I. Une fonction de conseil sans cadre juridique précis

L'absence d'un cadre juridique précis à la fonction consultative a longtemps mené le Conseil constitutionnel à ne pas avoir de règles claires concernant aussi bien la procédure de production des avis (A), que leur objet (B).

A. Des procédures de consultation informelles

Le caractère informel de la procédure de consultation du Conseil constitutionnel n'est pas propre à la fonction consultative. En dehors de certaines compétences strictement juridictionnelles⁴⁵, la Haute instance a de longue date fonctionné sur la base de pratiques non codifiées juridiquement. Un exemple topique est celui du contrôle de constitutionnalité *a priori* qui n'a fait l'objet d'un règlement de procédure qu'en mars 2022⁴⁶. Le Conseil a longtemps considéré qu'une formalisation des règles était incompatible non seulement avec la nature

⁴¹ V. par exemple CC, séance du 7 janvier 1988. Ce compte-rendu s'arrête, sur le site internet du Conseil constitutionnel, à la page 26 alors que la parole est donnée à M. Fabre pour qu'il rapporte sur une saisine pour avis du Premier ministre. Après consultation du compte rendu de cette séance aux Archives nationales, nous avons pu constater que celle-ci comprenait bien les pages manquantes du site du Conseil. Il s'agit donc d'un problème de numérisation des archives de la part des services du Conseil constitutionnel.

⁴² Si les avis du Conseil ne sont pas toujours annexés aux comptes-rendus des séances sur le site du Conseil constitutionnel, ils sont cependant consultables aux Archives nationales.

⁴³ V. par exemple : CC, séance du 18 juin 1963, p. 1. Cette séance porte sur des observations du Conseil constitutionnel sur l'élection présidentielle de 1962 qui sont qualifiées d'« avis confidentiel ». Cette délibération n'est, à la date de l'écriture de ces lignes, plus accessible sur le site du Conseil constitutionnel.

⁴⁴ Par exemple, les comptes-rendus de délibérations pour les séances du 30 juillet 1992 et 26 août 1992 au cours desquelles le Conseil a rendu des avis sur des textes relatifs au référendum sur le traité de Maastricht ne sont pas disponibles sur son site internet. Nous avons cependant pu obtenir une copie des comptes-rendus et des avis formulés lors de ces deux séances auprès des Archives nationales.

⁴⁵ CC, n° 59-4 ORGA du 14 mai 1959, *Décision adoptant le règlement applicable à la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour le contentieux de l'élection des députés et des sénateurs*.

⁴⁶ CC, n° 2022-152 ORGA du 11 mars 2022, *Décision portant règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les déclarations de conformité à la Constitution*.

spécifique du contrôle *a priori*⁴⁷, mais aussi avec les délais contraints qui s'imposent à ce contrôle et qui nécessiteraient une certaine souplesse⁴⁸. Mais au-delà de la contrainte temporelle, l'absence de règles précises confère au Conseil constitutionnel une très grande liberté et autonomie dans l'organisation de son travail. Il n'est donc guère surprenant que le Conseil constitutionnel n'ait jamais choisi de formaliser les procédures par lesquelles il rend des avis. D'autant que ces procédures ne débouchant ni sur une décision juridictionnelle, ni en général sur un avis public, l'exigence d'encadrement et de transparence des procédures apparaît significativement moins impérieuse que pour le contrôle de constitutionnalité. Si cette absence de cadre favorise la liberté de l'institution, elle a pour corollaire l'inconstance des usages à travers le temps compte tenu du renouvellement régulier des membres et du personnel administratif du Conseil constitutionnel. Cela rend particulièrement difficile la systématisation de la pratique de la Haute instance en matière consultative. Cela se vérifie dans les deux grandes catégories de consultation : celle sur saisine de l'exécutif (1), comme celle sur avis spontané (2).

1. Les incertitudes entourant la consultation par l'exécutif

L'existence de dispositions constitutionnelles et organiques concernant certaines consultations n'est d'aucune aide pour appréhender ces compétences tant ces textes se contentent d'habiliter le Conseil à exercer une fonction consultative en précisant seulement l'autorité de saisine : le président de la République pour les mesures prises en application de l'article 16 et le Gouvernement pour les mesures prises dans le cadre de l'organisation d'un référendum ou de l'élection présidentielle. Cependant, malgré ces précisions, des doutes et des fluctuations sont apparus en pratique concernant l'autorité habilitée à saisir le Conseil constitutionnel. La formulation de l'article 16 de la Constitution ne laisse guère de doute quant au fait que c'est au président de la République de saisir pour avis le Conseil constitutionnel. C'est d'ailleurs ce qui a été systématiquement fait : c'est en effet le chef de l'État qui « *a adressé pour avis au Conseil constitutionnel le texte de (...) projets de "décisions" qu'il se propose de prendre* »⁴⁹. Toutefois, la notion de « Gouvernement » employée par l'article 46 de l'ordonnance organique de 1958 a fait l'objet d'interprétations plus variables. Dans un premier temps, le Conseil constitutionnel a pu accepter d'être saisi pour avis sur les actes préparatoires aux référendums aussi bien par le Premier ministre⁵⁰, que par d'autres membres du Gouvernement comme le ministre de l'Intérieur⁵¹, le secrétariat général du président de la République⁵² ou le président de l'Assemblée nationale⁵³. Le président du Conseil

⁴⁷ CC, séance du 15 juin 1983, p. 4. L'absence de règlement de procédure dans le contrôle *a priori* « *est, selon Monsieur GROS, logique dans la mesure où la procédure, c'est-à-dire la manière de procéder, ne se conçoit que lorsqu'il y a des parties en cause. Devant le Conseil constitutionnel, il n'y a pas de parties en présence. Ce n'est pas une contestation entre deux parties, un demandeur et un défendeur* ».

⁴⁸ V. notamment : G. Vedel, « Réflexions sur les singularités de la procédure devant le Conseil constitutionnel », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Dalloz, 1997, p. 551.

⁴⁹ CC, séance du 24 avril 1961, p. 1.

⁵⁰ V. par ex. CC, séance du 6 décembre 1960, p. 1.

⁵¹ V. par ex. CC, séance du 17 décembre 1960, p. 2.

⁵² V. CC, séance du 2 avril 1969, p. 1.

⁵³ Si le Conseil refuse les demandes d'avis non prévus par un texte (CC, n° 61-1 AUTR du 14 septembre 1961, *Recevabilité de la motion de censure*), il n'oppose pas un tel refus quand une telle consultation est prévue par un

constitutionnel accepta même de répondre par courrier à certaines réclamations de particuliers sur les opérations préalables au référendum ou à l'élection présidentielle après consultation du Conseil⁵⁴, parfois sur le rapport d'un des membres⁵⁵. Toutefois, à partir d'une séance du 4 novembre 1980, le Conseil constitutionnel va revenir à une interprétation plus stricte de l'article 46 de l'ordonnance organique de 1958. Ainsi, face à une saisine du ministre de l'Intérieur, le président du Conseil est intervenu afin que la saisine soit reprise par le Premier ministre, car il estimait que « *seul le Premier ministre peut demander un avis. Mais, dès lors que c'est lui qui agit, il a parfaitement le droit de demander autant d'avis qu'il lui convient. Il peut en demander chaque jour s'il le désire* »⁵⁶. Cette position est réitérée lors d'une séance de janvier 1981 à l'occasion de laquelle le rapporteur, Achille Peretti, explique que « *le Conseil a une compétence d'avis, il ne peut l'exercer qu'à la demande d'une autorité précisée par le texte lui attribuant cette compétence. Deux autorités sont habilitées à le consulter : a) le Président de la République - lors de la mise en vigueur du régime des pouvoirs exceptionnels (...). b) le Gouvernement, c'est-à-dire le Premier ministre, lors de l'organisation des opérations de référendum (...) ou lors de l'organisation des opérations d'une élection présidentielle (...). Aucune autre autorité, a fortiori aucun particulier, ne peut obtenir du Conseil qu'il donne un avis* »⁵⁷. Cette position de principe n'a cependant pas empêché par la suite le Conseil de rendre très ponctuellement, sur saisine de particuliers, des avis sous la forme de courrier transmis après consultation des membres du Conseil⁵⁸.

Si l'absence de cadre formel donne une grande liberté au Conseil constitutionnel dans la manière dont il traite les demandes de consultation, il présente également des inconvénients significatifs. En particulier, la saisine du Conseil n'est enfermée dans aucun délai et le nombre de textes dont il est saisi concomitamment n'est pas limité. Cela conduit le plus souvent les autorités de saisine à ne laisser qu'un délai extrêmement réduit entre la date de la saisine et la date prévisionnelle de publication de l'acte au journal officiel tout en saisissant simultanément le Conseil d'un nombre parfois important de textes. Cela vaut aussi bien pour les décisions prises dans le cadre de l'article 16 de la Constitution, qui se justifient nécessairement par l'urgence, qu'en matière de votations où l'urgence est moins évidente. Ainsi, la Haute instance ne dispose en général que de quelques jours, voire quelques heures, pour formuler un avis sur les actes dont elle est saisie. Il arrive d'ailleurs fréquemment que les membres du Conseil ne découvrent les actes administratifs sur lesquels ils doivent donner un avis le jour même de la

texte. En l'espèce, il s'agissait d'un cas spécifique, prévu par l'article 3 du décret n° 72-244 du 5 avril 1972, qui portait sur la répartition du temps de parole entre les partis et groupements politiques sur les ondes de l'ORTF pour la campagne en vue du référendum sur laquelle le Conseil devait être consulté. V. CC, séance du 12 avril 1972, p. 6.

⁵⁴ V. par ex. CC, séance du 12 avril 1972, pp. 1-5 (saisine de François Mitterrand sur le financement par le Gouvernement du "Centre d'information civique" dans le cadre d'une campagne en vue d'un référendum) ; CC, séance du 18 avril 1972, p. 3 (saisine de Daniel Mayer sur le fait que le point de vue des abstentionnistes ne soit pas transmis aux électeurs avec la lettre du président de la République dans le cadre d'un référendum) ; CC, séance du 4 juin 1991, p. 1 (saisine de M. Le Pen concernant les comptes de campagne de François Mitterrand).

⁵⁵ V. par ex. CC, séance du 31 mars 1981, p. 3-14 (saisine de M. Lalonde demandant à connaître le nombre de présentations à l'élection présidentielle dont il fait l'objet).

⁵⁶ CC, séance du 4 novembre 1980, p. 9.

⁵⁷ CC, séance du 21 janvier 1981, pp. 7-8.

⁵⁸ V. par ex. CC, séance du 23 février 1988, p. 8-9 (saisine du directeur de campagne de M. Boussel demandant si les présentations remplies au nom de Pierre Boussel-Lambert, par l'adjonction du nom de résistant, pourraient être considérées comme recevables).

séance⁵⁹, les reports d'examen en la matière étant rarement possibles compte tenu des contraintes temporelles liées à l'organisation des scrutins⁶⁰.

L'instruction sur les textes soumis pour avis étant très brève, le rapporteur n'a pas toujours la faculté d'organiser au préalable des réunions avec les représentants des ministères responsables des textes et ne dispose donc pas toujours d'explications sur les formulations des actes dont la Haute instance est saisie. Le Conseil a cependant pu ponctuellement inviter, lors de la séance de délibérations, des représentants de l'administration, en particulier du ministère de l'Intérieur⁶¹ ou du Conseil supérieur de l'audiovisuel⁶², afin que ceux-ci présentent leurs textes. Cela explique pourquoi dans un premier temps la personne chargée de rapporter les textes soumis pour avis dans le cadre de l'élection présidentielle et du référendum ne sera pas un membre du Conseil, mais le secrétaire général de l'institution. En effet, les délais contraints, l'expérience de la fonction consultative par les secrétaires généraux, qui sont traditionnellement issus du Conseil d'État, ainsi que leur bonne connaissance des ministères avec lesquels ils ont pu nouer de nombreux contacts, justifiaient historiquement ce choix⁶³. Il faut cependant relever que la désignation du secrétaire général comme rapporteur est sensiblement en décalage avec les règles et la pratique applicables à l'ensemble des autres compétences du Conseil constitutionnel, en dehors du contentieux électoral⁶⁴. En effet, pour ces autres compétences, le rapporteur est systématiquement un des conseillers constitutionnels, y compris pour les consultations en application de l'article 16 de la Constitution⁶⁵. Juridiquement, rien n'interdit le président du Conseil de nommer comme rapporteur le secrétaire général, car contrairement à d'autres compétences⁶⁶, non seulement aucun texte ne limite ce choix, mais la désignation même d'un rapporteur n'est pas imposée. Il n'en reste pas moins que confier au secrétaire général les fonctions de rapporteur n'est pas anodin : ce dernier joue un rôle déterminant dans l'examen et la discussion des textes sur lesquels le Conseil est sollicité, et ce d'autant plus que cette consultation se déroule dans des délais très contraints laissant peu de temps aux membres pour effectuer un travail approfondi. En outre, les rapports des secrétaires généraux ne sont pas toujours neutres, mais manifestent au contraire une conception restrictive de la fonction

⁵⁹ CC, séance du 9 avril 1969, p. 10. Un membre du Conseil, Georges-Léon Dubois, observe lors de cette séance que : « *ce n'est pas la première fois que le Conseil doit discuter de textes dont il n'a pas eu connaissance au préalable et que tel était le cas, par exemple, pour les textes beaucoup plus importants concernant l'organisation du référendum* ».

⁶⁰ V. par ex. CC, séance du 30 juin 1992, p. 2. Le rapporteur, Georges Abadie, note que « *nous devons donner un avis. Je constate que nous devons le faire très rapidement. Le texte du décret a été transmis hier au Conseil et doit être examiné par le prochain Conseil des ministres, mercredi 1er juillet* ».

⁶¹ V. par ex. CC, séance du 2 avril 1969, p. 33-36.

⁶² V. par ex. CC, séance du 18 octobre 1988, p. 1-2 ; CC, séance du 28 juillet 1992, p. 25-31.

⁶³ CC, séance du 6 décembre 1960, p. 2. Le président du Conseil, Léon Noël, explique ainsi que : « *En raison de la brièveté du délai dont dispose le Conseil, M. le Président a demandé à M. le Secrétaire Général - qui a participé à la préparation des textes de bien vouloir assumer les fonctions de rapporteur* ».

⁶⁴ L'article 37 de l'ordonnance organique du 7 novembre 1958 prévoit que « *Dès réception d'une requête, le président en confie l'examen à l'une des sections et désigne un rapporteur qui peut être choisi parmi les rapporteurs adjoints* ». Ces rapporteurs adjoints sont choisis parmi les maîtres des requêtes du Conseil d'État et les conseillers référendaires à la Cour des comptes.

⁶⁵ Ce sont Maurice Patin, René Cassin, Jean Michard-Pellissier et Jean Giblert-Jules, tous membres du Conseil constitutionnel, qui seront rapporteurs de l'ensemble des projets de décision fondés sur l'article 16 de la Constitution.

⁶⁶ V. par ex. l'article 19 de l'ordonnance organique du 7 novembre 1958 qui dispose que : « *L'appréciation de la conformité à la Constitution est faite sur le rapport d'un membre du Conseil dans les délais fixés par le troisième alinéa de l'article 61 de la Constitution* ».

consultative du Conseil⁶⁷. Cette hégémonie des secrétaires généraux en matière de rapports sur les actes préparatoires à l'élection présidentielle et au référendum va être ponctuellement remise en cause en 1969 à l'occasion de l'examen pour avis de deux projets de décret relatifs à l'élection présidentielle pour lesquels François Luchaire partagera la fonction de rapporteur, avec le secrétaire général, sans que cette rupture avec la pratique initiée dix ans auparavant ne soit expliquée⁶⁸. Par la suite, le secrétaire général demeurera par principe rapporteur, et revendiquera même cette responsabilité⁶⁹, mais devra occasionnellement la partager avec un membre du Conseil constitutionnel⁷⁰. À partir de 1981, les membres du Conseil deviennent les principaux rapporteurs des textes soumis dans le cadre des compétences consultatives, y compris des actes préparatoires aux votations⁷¹.

Les délais contraints que subit le Conseil constitutionnel ont également conduit au développement de « saisines informelles » avant la saisine officielle pour consultation. En effet, depuis la fin des années 1980, certains rapporteurs, par le biais du secrétaire général, prennent attachent avec les services ministériels en charge de la rédaction des actes préparatoires aux votations afin de se les faire communiquer de manière officieuse et d'obtenir des modifications avant même qu'ils soient officiellement soumis au Conseil⁷². Cette méthode permet ainsi à la Haute instance d'être moins contrainte par les délais. Elle a cependant comme effet de donner un rôle encore plus déterminant au rapporteur dans la mesure où les modifications sont sollicitées sous sa seule responsabilité. Les autres membres du Conseil ont la faculté de s'y opposer lors de l'examen pour avis du texte, mais cela demeure hypothétique tant il apparaît difficile de désavouer un rapporteur qui a, avec l'aide du secrétaire général, passé le plus de temps à instruire les textes et a donc acquis une expertise en la matière.

2. L'absence de procédure pour les avis spontanés

Dès ses premières années d'existence, le Conseil constitutionnel a décidé qu'il disposait de la compétence pour transmettre de sa propre initiative des avis à l'exécutif et à diverses autorités administratives afin de les alerter de certains dysfonctionnements ou de la nécessité de modifier la législation. Aucune base textuelle particulière n'est explicitement invoquée au soutien d'une telle compétence par les membres du Conseil. Ces avis spontanés n'obéissent à aucune règle de procédure particulière, mais sont généralement opportunément formulés par la

⁶⁷ V. par ex. CC, séance du 4 avril 1972, p. 8. Le secrétaire général défend l'incompétence du Conseil constitutionnel, dans sa fonction consultative, pour contrôler la constitutionnalité du projet de loi soumis à référendum, car cela conduirait selon lui à une double compétence, celle du Conseil d'État et celle du Conseil constitutionnel, ce qui serait « impossible dans notre droit ».

⁶⁸ CC, séance du 1er mai 1969, p. 1.

⁶⁹ V. CC, séance du 6 mai 1980, p. 6. Le secrétaire général déclare ainsi : « En vertu d'un usage non écrit mais constant, les avis que le Conseil constitutionnel est appelé à donner au Gouvernement dans le domaine du contrôle de la régularité des opérations de l'élection présidentielle comme, d'ailleurs, dans celui de la régularité des opérations du référendum, sont toujours pris au terme d'un examen qui a lieu sur le rapport du Secrétaire général ». V. aussi, CC, séance du 5 octobre 1987, p. 1. Le compte-rendu indique que : « Monsieur le Président demande au Secrétaire général qui rapporte devant le Conseil les affaires concernant les élections présidentielles. Monsieur le Secrétaire général indique que c'est traditionnellement le Secrétaire général ».

⁷⁰ CC, séance du 5 avril 1974, p. 6. Le secrétaire général partage la fonction de rapporteur avec Pierre Chatenet.

⁷¹ V. spé. CC, séance du 5 février 1981, p. 1 ; CC, séance du 18 février 1988, p.1.

⁷² V. CC, séance du 3 octobre 1988, p. 26 ; CC, séance du 5 octobre 1988, p. 4 ; CC, séance du 12 octobre 1988, p. 7.

Haute instance lorsqu'elle rencontre des difficultés à l'occasion de l'exercice de ses diverses fonctions juridictionnelles, consultatives ou administratives. Il n'y a ainsi pas d'instruction, pas de rapporteur, leur formulation est généralement proposée spontanément durant les délibérations. Les avis de la Haute instance prennent alors la forme d'un courrier du président du Conseil constitutionnel adressé à un membre du Gouvernement, en général le Premier ministre ou le ministre de l'Intérieur, afin de lui exposer telle ou telle situation qui pourrait nécessiter l'action du Gouvernement ou des services ministériels⁷³. Mais ces avis spontanés peuvent prendre d'autres formes plus informelles comme un entretien du président du Conseil avec telle ou telle autorité de l'État⁷⁴ ou un appel téléphonique du secrétaire général à des représentants des ministères⁷⁵. Si cette pratique est ancienne et régulière, elle demeure toutefois en volume relativement subsidiaire par rapport aux autres activités consultatives.

Ces avis spontanés peuvent également prendre la forme d'observations dans lesquelles le Conseil appelle l'attention des pouvoirs publics sur certaines difficultés rencontrées dans le cadre de ses compétences en matière d'élections présidentielles, parlementaires ou de référendum. Le Conseil va se reconnaître la faculté de formuler de telles observations dès une séance du 18 juin 1963⁷⁶ au cours de laquelle les membres décident de leur propre initiative et pour la première fois de formuler et transmettre par courrier au Premier ministre, et au ministre de l'Intérieur⁷⁷, des observations, qualifiées « d'avis confidentiels » par le compte-rendu de délibérations, sur les élections législatives de 1962. Ce premier avis deviendra le modèle des observations formulées par le Conseil à la suite des scrutins nationaux. Contrairement à la première catégorie d'avis spontanés qui n'ont pas de base textuelle claire, les observations du Conseil sont explicitement fondées sur les articles 58⁷⁸, 59⁷⁹ et 60⁸⁰ de la Constitution. La formulation assez imprécise de ces dispositions permet à la Haute instance d'y rattacher ses observations, mais il s'agit là d'une interprétation constructive d'autant plus fragile que traditionnellement la haute instance estime avoir une compétence d'attribution⁸¹. Aucune règle

⁷³ V. par ex. CC, séance du 9 avril 1969, p. 3 (courrier au ministre de l'Intérieur) ; CC, séance du 14 mai 1969, p. 8 (courrier au président de la République) ; CC, séance du 2 décembre 1976, p. 23 (courrier au Premier ministre) ; CC, séance du 5 mai 1981, p. 1 et s. (courrier au Premier ministre) ; CC, séance du 6 avril 1995, p. 10 et s. (courrier au président du Conseil supérieur de l'audiovisuel)

⁷⁴ V. par ex. CC, séance du 17 novembre 1966, p. 29. Le président du Conseil s'est entretenu avec le président de la République afin de faire reconnaître la compétence de son institution pour veiller à la régularité des opérations du référendum de 1967 sur l'indépendance de Djibouti.

⁷⁵ CC, séance du 11 janvier 1995, p. 11. Le secrétaire général est chargé de téléphoner au secrétaire général du Gouvernement afin de l'alerter sur l'incohérence créée par l'absence de modification d'une disposition organique du Code électoral alors qu'elle renvoie à une disposition ordinaire du même code qui a été elle-même modifiée. V. aussi : CC, séance du 27 avril 1995, p. 2-3. Le secrétaire général est chargé de téléphoner au ministre de l'Intérieur et à la direction du CSA afin qu'ils reprennent, pour l'affichage sur les panneaux et la programmation des émissions relatives à la campagne présidentielle, l'ordre des candidats au second tour tel qu'arrêté par le Conseil constitutionnel.

⁷⁶ CC, séance du 18 juin 1963, p. 1.

⁷⁷ CC., séance du 4 octobre 1963, p. 1.

⁷⁸ V. CC, n° 74-33 PDR du 24 mai 1974, *Déclaration du Conseil constitutionnel (à l'occasion de la proclamation des résultats de l'élection présidentielle de 1974)*.

⁷⁹ V. CC, n° 94-9 ELEC du 29 mars 1994, *Observations du Conseil constitutionnel relatives aux élections législatives des 21 et 28 mars 1993*.

⁸⁰ V. CC, n° 2000-30 REF du 28 septembre 2000, *Observations du Conseil constitutionnel sur le référendum*.

⁸¹ CC, 61-1 AUTR du 14 septembre 1961, *Demande d'avis présentée par le Président de l'Assemblée nationale (Recevabilité de la motion de censure)*. V. aussi en ce sens : L. PHILIP, « Note sous déclaration du Conseil constitutionnel, 24 mai 1974 », *AJDA*, 1974, p. 377. L'auteur estime à juste titre que « le Conseil après avoir refusé de donner son avis quand on lui demandait (...) décide à présent de le donner quand on ne lui demande

n'encadre la formulation de ces observations. Elles sont généralement rédigées puis rapportées par le secrétaire général du Conseil constitutionnel et non un membre. Cela s'explique sans doute par le fait que c'est le secrétariat général du Conseil qui suit au plus près, en lien avec les rapporteurs adjoints, les opérations électorales et qui est donc le plus à même de rassembler l'ensemble des difficultés rencontrées pendant ces opérations. Ce rôle de rapporteur est cependant moins déterminant ici dans la mesure où le secrétaire général se contente en général de compiler les difficultés déjà discutées lors des séances du Conseil examinant les opérations électorales. Surtout, l'absence de contrainte temporelle implique que les membres sont davantage en mesure de prendre connaissance des observations présentées par le secrétaire général et d'y apporter des amendements voire même de refuser de formuler des observations en l'absence de contenu suffisant⁸².

B. Des avis à l'objet mal délimité

Si le caractère opportuniste des avis spontanés formulés par le Conseil constitutionnel implique naturellement une grande hétérogénéité de leur objet (2), l'objet des avis rendus sur saisine de l'exécutif n'est guère plus simple à systématiser tant le flou sur les actes qui devaient être soumis pour consultation au Conseil a longtemps régné (1).

1. Les hésitations concernant les actes devant être soumis pour avis

La consultation du Conseil constitutionnel sur le fondement de l'article 16 de la Constitution n'a guère soulevé de difficultés juridiques concernant les actes qui devaient lui être soumis. En effet, l'article 54 de l'ordonnance organique du 7 novembre 1958 impose qu'il soit saisi de l'ensemble des mesures prises par le président de la République sur le fondement des pouvoirs exceptionnels⁸³. En 1961, le Conseil constitutionnel sera consulté pour avis de l'ensemble des décisions du président de la République qui vont des sanctions contre les fonctionnaires et militaires participant à des entreprises de subversion⁸⁴ à la décision de proroger certaines décisions prises sur le fondement de l'article 16 jusqu'au 15 juillet 1962⁸⁵. Le seul projet de décision qui n'a pas été soumis pour avis, mais transmis pour information, est la décision de faire cesser l'application de l'article 16, ce qui n'apparaît guère contestable dans la mesure où, comme le relevait le président Léon Noël, « *si l'on interprète "à la lettre" le texte de la Constitution, le Conseil n'a pas à être consulté sur la fin de l'application de l'article 16* »⁸⁶, mais seulement sur les mesures prises en application de celui-ci.

La situation est tout autre concernant les avis rendus sur le fondement de l'article 46 de

pas ! » ; V. aussi : P. AVRIL, J. GICQUEL, « Les modifications relatives à l'élection du Président de la République », RDP, 1976, pp. 1263-1291, spé. p. 1264.

⁸² CC, séance du 15 mai 1981, p. 3-4. Le Conseil renonce à formuler des observations sur l'élection présidentielle comme en 1974 en l'absence « *de remarques essentielles qui, telles qu'en 1974, devraient conduire à des réformes d'une grande portée destinées à améliorer le déroulement de l'élection présidentielle* ».

⁸³ L'article 54 de l'ordonnance organique du 7 novembre 1958 dispose que « *Le Président de la République avise le Conseil constitutionnel des mesures qu'il se propose de prendre. Le Conseil constitutionnel lui donne sans délai son avis* ».

⁸⁴ CC, séance du 24 avril 1961, p. 5.

⁸⁵ CC, séance du 29 septembre 1961, p. 2 et s.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 2.

l'ordonnance organique du 7 novembre 1958, car cette disposition a un objet plus général. Elle ne précise pour autant pas les catégories d'actes qui doivent être soumis au Conseil constitutionnel dans le cadre des opérations de référendum ou, par renvoi, celles relatives à l'élection présidentielle. Pendant les premières décennies d'exercice de la fonction consultative, la Haute instance n'a jamais formulé de doctrine concernant les actes préparatoires qui devaient lui être soumis. Tout au plus, le Conseil constitutionnel a pu décider que l'article 46 autorisait le Gouvernement à le consulter non seulement sur des actes administratifs, mais aussi sur de simples questions relatives aux opérations de votation⁸⁷. En outre, les rapporteurs pouvaient ponctuellement relever que le Premier ministre n'avait pas soumis pour avis au Conseil constitutionnel certains actes relevant pourtant de sa compétence, en particulier certaines circulaires⁸⁸ ou recommandations du Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA)⁸⁹ ou les avait soumis après leur publication⁹⁰. D'autres actes n'ont été soumis au Conseil qu'après intervention du secrétaire général du Conseil constitutionnel auprès du secrétariat général du Gouvernement⁹¹. Il existe même une hypothèse où le président du Conseil constitutionnel a tenté de faire reconnaître, en 1966, la compétence de son institution pour contrôler les opérations de référendum sur l'indépendance de Djibouti⁹². Malgré ses démarches auprès du Premier ministre et du président de la République, il se verra opposer une fin de non-recevoir⁹³. En effet, les services de Matignon ont estimé que l'organisation d'un tel référendum n'entraîne pas dans le champ d'application de l'article 60 de la Constitution. Ce cas manifeste le fait que l'interprétation de la Constitution par le Conseil constitutionnel ne s'est pas toujours imposée à l'exécutif. En pratique, ce n'est donc pas tant le Conseil constitutionnel qui va déterminer sa compétence, mais le Gouvernement dans le choix des actes qu'il décide de lui soumettre. Cela est parfaitement illustré par la distinction entre les actes soumis pour avis et ceux soumis pour information au Conseil. Les premiers supposent un avis formel de la Haute instance alors que les seconds ne lui sont pas soumis, mais seulement transmis à titre purement informationnel. Toutefois, le Conseil n'a longtemps pas défini la frontière entre ces deux catégories, qui découlent de la formulation de l'article 46 de l'ordonnance organique de 1958, laissant au Gouvernement le soin de déterminer quels actes devaient lui être transmis pour avis ou pour information. Comme le note un conseiller constitutionnel, Jacques Robert, « finalement c'est le Secrétariat Général du Gouvernement qui décide »⁹⁴.

Toutefois, à l'occasion de deux séances de mars 1988, le Conseil constitutionnel va être confronté à une situation qui va lui imposer de clarifier sa position. Lors de la première séance,

⁸⁷ V. spé. CC, séance du 6 mai 1980, p. 8-9 (questions relatives à l'interprétation des dispositions du décret du 14 mars 1964 relatives aux formulaires de présentation des candidats à l'élection présidentielle).

⁸⁸ V. par ex. CC, séance du 5 avril 1974, p. 6 ; CC, séance du 8 juin 1988, p. 2.

⁸⁹ CC, séance du 28 juillet 1992, p. 16.

⁹⁰ V. notamment : CC, séance du 29 octobre 1980, p. 4. Le Conseil constitutionnel n'a été saisi pour avis d'une circulaire du ministre de l'Intérieur aux préfets, relative à la remise des formulaires de présentation de candidats à l'élection présidentielle du 30 novembre 1979, que plusieurs mois après la diffusion de cette circulaire. V. aussi : CC, séance du 9 mars 1995, p. 10 (circulaire) ; CC, séance du 30 mars 1995, p. 12 (recommandation du CSA).

⁹¹ V. notamment : CC, séance du 8 juin 1988, p. 2. Le secrétaire général observe que : « Plus importante me paraît être la consultation du Conseil constitutionnel sur les modifications à apporter au décret du 14 mars 1964, texte fondamental en la matière. Traditionnellement, ces modifications sont prises à l'initiative du Conseil lui-même et, en ce cas, la question de sa consultation ne se pose pas. Cependant, en décembre 1987, ce décret a fait l'objet d'une modification pour laquelle l'information du Conseil a laissé à désirer. Je dois préciser que le secrétariat général du Gouvernement, alerté par mes soins, a finalement organisé la consultation du Conseil ».

⁹² CC, séance du 17 novembre 1966, p. 29.

⁹³ CC, séance du 21 décembre 1966, p. 21.

⁹⁴ CC, séance du 21 avril 1995, p. 3.

le Premier ministre avait saisi pour avis la Haute instance d'une circulaire relative à l'organisation des élections aux conseils de région et au congrès de Nouvelle-Calédonie. Toutefois, le matin même de la séance de délibération, le rapporteur reçut un rectificatif visant à indiquer au Conseil que ce texte n'était finalement transmis que pour information⁹⁵. Cette circulaire ne portait en effet pas sur l'élection présidentielle, mais sur des élections régionales organisées le même jour. Comme le soulignait le rapporteur, Robert Fabre, les « *mesures prévues par cette circulaire [ont] des répercussions sur l'organisation et le déroulement des élections présidentielles qui se tiennent le même jour et qu'elles [peuvent] soulever des difficultés importantes* »⁹⁶. Un débat s'engage alors entre les membres sur la question de savoir si le Conseil est lié par la nature de la saisine du Premier ministre (avis ou information) et si en cas d'information la Haute instance peut ou non émettre un avis. Toutefois, le débat d'ordre juridique va être parasité par des considérations politiques⁹⁷ et conduire à un partage des voix. Le président préférant renvoyer le débat à la séance suivante plutôt que de faire jouer sa voix prépondérante. Lors de cette seconde séance, Georges Vedel synthétise la position retenue par le Conseil : « *la mission que nous impartit l'article 58 de la Constitution est générale et ne dépend pas des saisines. Même sans être saisis pour information nous pourrions intervenir et être amenés à présenter des observations* »⁹⁸. Après de vifs débats, la majorité des membres s'accordent sur l'idée de formuler un avis sur la circulaire transmise pour information. Ce faisant, les membres du Conseil actent le fait que la Haute instance n'est pas liée par la nature de la saisine et peut rendre des avis aussi bien sur les textes dont elle est saisie à cette fin que sur les textes seulement transmis pour information.

Si l'extension de la fonction consultative du Conseil rend virtuellement inopérante la distinction entre actes soumis pour avis et actes transmis pour information, elle va rapidement présenter des limites au regard du contexte d'exercice de cette fonction. Une telle extension va être immédiatement paralysée par l'augmentation importante du nombre d'actes transmis à la Haute instance à partir de la fin des années 1980. Le Conseil constitutionnel n'a longtemps été consulté, à titre principal, que sur les projets de décret relatifs à un référendum⁹⁹ ou à l'élection présidentielle¹⁰⁰, quelques circulaires ainsi que sur les projets de décisions de l'ORTF puis du CSA concernant le déroulement audiovisuel des campagnes électorales et référendaires. Toutefois, à partir de 1988 et surtout les années 1990, le nombre d'actes secondaires et techniques soumis au Conseil constitutionnel dans le cadre des élections présidentielles, en particulier des circulaires et instructions, va augmenter drastiquement. La Haute instance se trouvant ainsi saisie pour avis de textes aussi divers que, par exemple, une circulaire relative au

⁹⁵ CC, séance du 10 mars 1988, p. 28.

⁹⁶ *Ibid.*

⁹⁷ *Ibid.*, pp. 31 et s. Dans un contexte sensible en Nouvelle-Calédonie, la formulation d'un avis sur la circulaire, plutôt supporté par les membres de gauche (R. Badinter et D. Mayer) viserait à critiquer la concomitance des scrutins, car celle-ci sera de nature à défavoriser les indépendantistes. *A contrario*, l'absence d'avis, promu par les membres de droite (L. Jozeau-Marigne) serait de nature à conforter la position du Gouvernement et favoriserait implicitement les loyalistes.

⁹⁸ CC, séance du 22 mars 1988, p. 4.

⁹⁹ Dans le cadre des opérations de référendum, le Conseil constitutionnel est traditionnellement saisi pour avis des projets de décrets : soumettant un projet de loi à référendum ; portant organisation du référendum ; relatif à la campagne en vue du référendum ; sur les dispositions spécifiques à certains territoires d'outre-mer ; relatif aux Français établis hors de France.

¹⁰⁰ Dans le cadre des opérations liées à l'élection présidentielle, le Conseil constitutionnel est traditionnellement saisi des projets de décret : convoquant les électeurs ; relatif à la date d'envoi des formulaires de présentation d'un candidat ; relatif à la composition et au siège de la Commission nationale de contrôle.

grammage des bulletins de vote¹⁰¹. Ces textes d'un intérêt limité n'appellent en général pas d'observations du Conseil constitutionnel¹⁰², leur examen apparaissant inutilement chronophage pour le service juridique et le rapporteur. Cette augmentation du nombre de saisines va conduire la Haute instance à se voir soumettre pour la même séance dix-sept textes pour avis et quatre pour information¹⁰³. Ces projets d'actes vont être globalement approuvés sans véritable débat ou observations. Loin de garantir un meilleur contrôle du Conseil constitutionnel sur les actes préparatoires à l'élection présidentielle, cette augmentation des saisines va au contraire conduire les membres à se désintéresser de la fonction consultative perçue comme technique et d'un intérêt intellectuel relatif. De longue date, certains conseillers constitutionnels considèrent que la fonction consultative doit demeurer secondaire, un membre insistant par exemple sur le fait que « *le Conseil constitutionnel ne doit pas être un donneur d'avis* »¹⁰⁴. Mais ce n'est véritablement qu'en 1995, face au nombre de textes soumis au Conseil, que le champ de la compétence consultative du Conseil va être questionné. Ainsi, lors d'une séance du 15 février 1995, le président Badinter conteste vigoureusement le fait que le Conseil puisse être saisi de circulaires aussi nombreuses et techniques sur lesquels la Haute instance n'a guère d'observations à formuler¹⁰⁵. Cet état de fait est lié au « laissez-faire » du Conseil constitutionnel depuis 1958, qui n'a jamais fixé formellement de doctrine. Compte tenu du flou entourant la compétence consultative du Conseil, les services ministériels sont incités, dès qu'ils ont un doute, à transmettre les textes à la Haute instance afin d'éviter de vicier l'acte.

Lors d'une séance du 9 mars 1995, le secrétaire général du Conseil résuma la position gouvernementale sur ce point : « *Le ministère de l'Intérieur effectue le partage entre deux types de textes : - les textes d'intérêt général qui ne concernent pas seulement les élections présidentielles nous sont soit envoyés pour information, soit pas envoyés du tout ; - les textes spécifiques à l'élection présidentielle nous sont envoyés systématiquement même lorsqu'il s'agit de brouilles* »¹⁰⁶. En outre, la multiplication des textes transmis au Conseil n'a pas pour autant entièrement résolu le fait que certains actes qui devraient lui être soumis ne le sont pas toujours¹⁰⁷. La question peut d'ailleurs se poser de la légalité d'un acte administratif relevant de la compétence consultative du Conseil constitutionnel, mais qui ne lui a pourtant pas été soumis. Cette question est longtemps restée théorique, mais la doctrine¹⁰⁸, un ancien secrétaire

¹⁰¹ CC, séance du 10 mars 1988, p. 26.

¹⁰² *Ibid.* Le rapporteur souligne en ce sens : « *Si vous le souhaitez, je peux vous expliquer la différence entre le papier satiné et le couchage, ce qui n'est pas ce que vous pourriez croire. Mais hormis ces renseignements d'ordre technique [...] Je vous propose de dire que cette circulaire n'appelle pas d'observations de la part du Conseil constitutionnel* ».

¹⁰³ CC, séance du 30 mars 1995, p. 12 et s.

¹⁰⁴ Pierre Chatenet *in* CC, séance du 21 octobre 1974, p. 3.

¹⁰⁵ CC, séance du 15 février 1995, p. 4. Le président du Conseil déclare : « *avant de voter, je voudrais soumettre au Conseil une question préjudicielle. Je voudrais bien savoir ce qui fonde à cet instant notre compétence.[...] Tout ça c'est vraiment de la compétence d'un chef de bureau dans un ministère. On est là pour quoi? Faut-il vraiment que le Conseil constitutionnel se réunisse en formation solennelle à neuf pour des problèmes comme cela? Certes, le Conseil constitutionnel est consulté sur l'organisation des opérations de référendum. Je ne vois pas pourquoi on se prononcerait sur toutes les circulaires ! On se prononce sur des questions de principe* ».

¹⁰⁶ CC, séance du 9 mars 1995, p. 9.

¹⁰⁷ *Ibid.* Un membre du Conseil, Noëlle Lenoir, s'interroge : « *pourquoi nous soumet-on des textes pour information et d'autres pour avis ? On nous soumet n'importe quoi pour avis et on nous soumet seulement a posteriori des textes extrêmement importants* ».

¹⁰⁸ L. PHILIP, « Les attributions et le rôle du Conseil constitutionnel en matière d'élections et de référendums », *RDP*, 1962, p. 81. Dès 1962, cet auteur estimait que la consultation du Conseil est « *une formalité substantielle dont la méconnaissance entrainerait l'illégalité de tous les actes pris en cette matière* ».

général¹⁰⁹ ainsi que certains membres du Conseil constitutionnel¹¹⁰ s'accordaient sur le fait que le juge administratif annulerait un tel acte. Par la suite, la jurisprudence administrative est venue confirmer cette position : le défaut de consultation du Conseil constitutionnel entache l'acte d'une illégalité qui conduit le juge à devoir l'annuler¹¹¹.

Conformément au souhait du président Badinter¹¹², le Conseil constitutionnel va choisir de fixer sa position à l'occasion des observations relatives à l'élection présidentielle de 1995¹¹³. Ces observations fixent le critère de la compétence consultative de la Haute instance. Ce critère, guère discuté par les membres¹¹⁴, implique que doit lui être soumis « *toutes les prescriptions de portée générale qui sont relatives [aux] opérations [de l'élection présidentielle], quelle que soit leur forme juridique* ». En d'autres termes, les actes contenant tous les principes généraux organisant l'élection présidentielle doivent être soumis pour avis au Conseil constitutionnel. Le Conseil refuse donc de reprendre la distinction du Gouvernement entre les textes spécifiques à une élection présidentielle et les textes plus généraux qui fixent le cadre de l'ensemble des élections présidentielles. Cette position est cohérente dans la mesure où les textes de portée plus générale sont susceptibles d'affecter l'organisation des opérations de l'élection présidentielle sans que le Conseil n'ait pu être consulté. L'exemple topique étant le décret du 14 mars 1964 organisant l'ensemble des élections présidentielles¹¹⁵ qui n'avait pas été soumis pour avis à la Haute instance. Si le Conseil constitutionnel a été par la suite consulté sur les modifications de ce décret¹¹⁶, il n'en reste pas moins que sa consultation préalable aurait été utile dans la mesure où, comme le relevait dès 1969 François Luchaire¹¹⁷ puis en 1980 Louis Gros¹¹⁸, ce décret apparaissait inconstitutionnel dès lors qu'il fixait les compétences du Conseil en matière d'élection présidentielle. Or ces règles ne pouvaient relever d'un simple décret, l'article 63 de la Constitution imposant l'intervention d'une loi organique¹¹⁹. Malgré cette suspicion d'inconstitutionnalité, le Conseil fera le choix de renoncer à faire respecter la Constitution et rejettera un recours contre le décret¹²⁰. On relèvera cependant que ces observations ont été

¹⁰⁹ B. GENEVOIS, « Le Conseil constitutionnel et le contrôle du référendum », *RFDA*, 1988, p. 887-895, spé. p. 892. L'ancien secrétaire général estimait déjà que la consultation du Conseil « *est une condition indispensable à la régularité d'un référendum. La méconnaissance de l'article 46 de l'ordonnance organique vicierait radicalement la procédure* ».

¹¹⁰ CC, séance du 15 septembre 1992, p. 7. Noëlle Lenoir observe en ce sens que « *Dans ce cas, le Conseil d'État annulerait certainement l'acte contesté* ».

¹¹¹ CE, 30 décembre 2002, *Meyet*, req. n° 244423, Lebon.

¹¹² CC, séance du 15 février 1995, p. 5. Robert Badinter avait souhaité que « *des observations au Gouvernement sur ce sujet après les élections. Je vous conseille de dire qu'il ne ressort pas de notre compétence et de nos attributions que le Conseil constitutionnel doive examiner les mesures de détail de l'organisation des élections mais seulement les principes* ».

¹¹³ CC, n° 95-93 PDR du 8 décembre 1995, *Observations du Conseil constitutionnel relatives à l'élection présidentielle des 23 avril et 7 mai 1995*.

¹¹⁴ CC, séance du 8 novembre 1995, pp. 32-33.

¹¹⁵ Décret n°64-231 du 14 mars 1964 portant règlement d'administration publique pour l'application de la loi n° 62-1292, relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel.

¹¹⁶ CC, séance du 14 juin 1994, p. 2.

¹¹⁷ CC, séance du 1^{er} mai 1969, p. 1. Le rapporteur, François Luchaire, souligne que : « *les textes généraux relatifs aux élections présidentielles ont été pris sans l'avis du Conseil constitutionnel ce qui pose certains problèmes pratiques. De plus, la compétence du Conseil en ce domaine est en partie fixée par le décret n° 64-231 du 14 mars 1964. Or, un décret ne peut certainement pas limiter ou fixer cette compétence* ».

¹¹⁸ CC, séance du 29 octobre 1980, p. 14.

¹¹⁹ Un débat s'est même engagé au sein de la Haute instance sur l'opportunité de remplacer les dispositions du décret de 1964 relatives au Conseil constitutionnel par un règlement de procédure qu'il aurait élaboré, mais l'idée ne prospérera pas. V. CC, séance du 4 juillet 1969, p. 16.

¹²⁰ CC, n° 95-62 PDR du 5 avril 1995, *Bidalou*.

suivies par le Gouvernement dans la mesure où le décret de 1964 a été remplacé par un décret du 8 mars 2001 qui, selon ses visas, a bien été soumis préalablement pour avis au Conseil constitutionnel¹²¹.

Dans ses observations, la Haute instance entend concomitamment limiter son contrôle aux actes les plus importants et n'être saisie que pour information : « *de mesures ponctuelles et de dispositions pratiques d'ordre interne prises au sein des services de l'État* ». Il faut que la transmission de ces actes par le Premier ministre « *puisse appeler en temps utile des observations du Conseil constitutionnel* ». Ce passage des observations fait écho aux inquiétudes face à l'augmentation significative d'actes de portée réduite soumis au Conseil¹²². Mais il ne répond qu'imparfaitement à ces préoccupations, car ces actes secondaires seront tout de même transmis au Conseil, ne fût-ce que pour information. Cela s'explique par le fait que le souhait de Robert Badinter de limiter les actes soumis au Conseil n'était guère réalisable juridiquement et pratiquement. D'abord, l'article 46 de l'ordonnance organique impose que le Conseil soit « *avisé sans délai de toute mesure prise* » par le Gouvernement sur l'organisation des opérations relatives au référendum ou, par renvoi, à l'élection présidentielle. Le Conseil ne pouvait donc instruire le Gouvernement de ne pas l'aviser des mesures les plus techniques et les moins importantes. Surtout, en pratique, il est indispensable que la Haute instance puisse contrôler les actes qui sont pris dans le cadre des votations afin de déterminer si ces actes devaient ou non lui être soumis et sous quelle forme (consultation ou information). L'histoire en la matière a montré que les services ministériels ont parfois commis des erreurs en ne soumettant pas certains actes ou en les soumettant sous une forme erronée voire après leur publication. Du reste, conformément à la position fixée en 1988¹²³, le Conseil se reconnaît la compétence pour formuler des avis sur tout acte indépendamment de la nature de la saisine. D'où la nécessité de les transmettre avant publication ou diffusion afin que le Conseil puisse formuler des observations qui puissent être prises en compte.

2. L'absence d'unité d'objet des avis spontanés

Les avis spontanés du Conseil constitutionnel portent sur des objets très variables qu'il n'apparaît guère possible de systématiser tant ils sont formulés opportunément sans véritable cohérence d'ensemble. Il ne s'agit donc pas d'une catégorie homogène, mais d'une série d'exemples ayant pour point commun d'avoir été formulée sans saisine et visant à alerter l'exécutif d'une difficulté rencontrée lors de l'exercice des différentes compétences de la Haute instance. Ainsi, en dehors des observations formulées par le Conseil à la suite des diverses votations, il existe plusieurs cas topiques qui illustrent l'objet de ces avis spontanés.

¹²¹ Décret n° 2001-213 du 8 mars 2001 portant application de la loi n° 62-1292 du 6 novembre 1962 relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel. Les visas indiquent « Le Conseil constitutionnel consulté ».

¹²² V. en ce sens : O. SCHRAMMECK, « Le Conseil constitutionnel et l'élection présidentielle de 1995 », *AJDA*, 1996, p. 4. L'ancien secrétaire général souligne qu'« *Le Conseil constitutionnel s'est ainsi trouvé saisi pour avis de dispositions purement techniques parfois internes à certaines administrations (...) Le Conseil a manifesté que de semblables consultations préalables pour avis ne lui semblaient pas justifiées. Tel est explicitement le sens des observations qu'il a émises sur ce point dans son rapport* ».

¹²³ CC, séance du 10 mars 1988, préc. ; séance du 22 mars 1988, préc.

Lors d'une séance de 1969¹²⁴, l'examen de la liste de candidatures à l'élection présidentielle, en particulier la situation d'Alain Krivine qui fit l'objet de vifs débats, conduit les membres du Conseil à réaliser qu'un candidat qui n'a pas encore effectué son service militaire, mais a seulement déféré à l'appel au service, est tout de même éligible, contrairement aux règles applicables pour l'élection des députés. Ils sont donc contraints de valider la candidature d'Alain Krivine, bien que celui-ci était seulement en train d'effectuer son service militaire à la date de sa candidature. Les membres s'accordent alors pour adresser un courrier au président de la République et au Premier ministre afin de déplorer la différence de conditions d'éligibilité à la fonction de président de la République et celle de député¹²⁵.

Un autre exemple est celui de la saisine du Conseil constitutionnel en 1983, d'une loi organique de validation d'un concours d'accès à l'École nationale de la magistrature, à l'occasion de laquelle les membres ont pu constater que cette loi viole l'autorité attachée à un arrêt du Conseil d'État et est donc contraire à la Constitution. Toutefois, considérant les conséquences de l'inconstitutionnalité trop sévères, les membres décident de déclarer la loi conforme. Un conseiller constitutionnel, Pierre Marclhacy, fait alors la proposition, acceptée par ses collègues, d' « *une lettre de caractère peut-être privé, par laquelle il ferait savoir [au Premier Ministre] que le Conseil a bien voulu cette fois, sortir le Gouvernement du guêpier (...) mais qu'il n'en serait pas ainsi dans d'autres hypothèses* »¹²⁶. Outre qu'on peut s'interroger sur l'opportunité de rédiger un courrier pour signaler un problème de constitutionnalité plutôt que de le sanctionner par une déclaration d'inconstitutionnalité, il faut noter que l'effet pédagogique d'un tel avis est réduit. En effet, sept ans plus tard, le Conseil va à nouveau être confronté à une loi de validation potentiellement inconstitutionnelle et va refuser de la censurer tout en demandant au secrétaire général de se rapprocher du conseiller du Premier ministre, Guy Carcassonne, afin de lui dire « *de faire attention. Il faut éviter que les lois prêtent à rire* »¹²⁷. Certains membres étaient d'ailleurs réservés sur cette pratique singulière, Daniel Mayer soulignant qu' « *il ne faut pas trop généraliser cette méthode. Il ne faut pas avoir à ajouter une lettre à notre décision* »¹²⁸.

II. L'intérêt variable des avis du Conseil constitutionnel

L'intérêt variable des avis du Conseil constitutionnel s'explique d'abord par le fait que celui-ci manifeste de longue date la volonté d'exercer un contrôle restreint sur les actes qui lui sont soumis (A). En outre, dépourvus de l'autorité attachée par l'article 62 de la Constitution à ses décisions, les avis rendus par la Haute instance bénéficient d'une effectivité fluctuante (B).

¹²⁴ CC, séance du 15 mai 1969, pp. 1 et s.

¹²⁵ *Ibid.*, p. 8. Un membre du Conseil, Pierre Chatenet, résume le sentiment général des membres de l'institution : « *il n'est pas possible que le Conseil ait eu un débat aussi grave et pris une telle décision sans que les autorités n'en soient informées* ».

¹²⁶ CC, séance du 19 juillet 1983, p. 4.

¹²⁷ CC, séance du 9 janvier 1990, p. 22.

¹²⁸ *Ibid.*, p. 23.

A. Le contrôle limité du Conseil constitutionnel

Le contrôle du Conseil constitutionnel se limitant en général à un strict contrôle de légalité du projet d'acte soumis sur lequel il est consulté (1), la motivation de ses avis est particulièrement famélique limitant par là même leur intérêt juridique et doctrinal (2).

1. Un contrôle restreint à la légalité de l'acte soumis

La question de la nature et de l'intensité du contrôle du Conseil constitutionnel sur les actes soumis pour avis s'est posée dès une séance du 6 décembre 1960. La Haute instance était saisie pour la première fois d'actes préparatoires à une votation, en l'occurrence de cinq projets de décrets relatifs à l'organisation du référendum sur l'autodétermination de l'Algérie qui devait avoir lieu en janvier 1961. Le président du Conseil, Léon Noël, définit alors le type de contrôle que doit exercer le Conseil en matière consultative : « *l'examen des textes ne doit pas être aussi minutieux que celui qu'a coutume de faire le Conseil d'État et doit porter essentiellement sur le respect de la Constitution, des libertés fondamentales et des garanties des citoyens* »¹²⁹. Cette idée que le contrôle du Conseil constitutionnel est spécifique et distinct de celui du Conseil d'État est réitérée à plusieurs reprises par les conseillers constitutionnels à travers le temps¹³⁰, même si certains secrétaires généraux de l'institution ont pu défendre une position différente¹³¹. En conséquence, les membres de la Haute instance vont retenir une conception relativement restrictive des contrôles effectués sur les actes soumis pour avis. Ainsi, l'examen du Conseil constitutionnel porte avant tout sur la conformité de l'acte aux normes constitutionnelles et législatives ainsi que les difficultés pratiques qu'il pourraient engendrer dans l'organisation des votations¹³². Et, dans le cadre des pouvoirs exceptionnels, c'est avant tout la conformité des décisions du président de la République à l'article 16 de la Constitution qui est examinée¹³³. La

¹²⁹ CC, séance du 6 décembre 1960, p. 2.

¹³⁰ V. CC, séance du 29 octobre 1980, p. 15. Un membre du Conseil, Louis Gros, explique en ce sens que : « *La situation du Conseil en cette matière n'est pas rigoureusement identique à celle du Conseil d'État donneur d'avis. Le Conseil d'État est un organisme composé de sections différentes qui comportent un grand nombre de membres* ». V. aussi : CC, séance du 28 juillet 1992, p. 12. Le président Badinter déclare : « *Le Conseil constitutionnel, et il l'a montré depuis, n'est pas le conseiller de l'Exécutif. Il n'a pas non plus à se substituer au Conseil d'État* ».

¹³¹ B. GENEVOIS, « Le Conseil constitutionnel et le référendum », in G. CONAC, D. MAUS (dir.), *Le référendum, quel avenir ?*, éditions STH, 1990, pp. 95-109, p. 98. L'ancien secrétaire général explique en ce sens que : « *Dans la pratique, le Conseil constitutionnel exerce sa fonction consultative de façon très voisine de celle des formations administratives du Conseil d'État lorsqu'elles sont saisies d'un projet de décret, c'est-à-dire de manière approfondie* ».

¹³² CC, séance du 18 février 1988, p. 2. Le rapporteur, Robert Fabre, synthétise l'office du Conseil en matière consultative : « *contrôler si tous ces textes étaient bien conformes aux dispositions de la constitution, des lois organiques et des textes réglementaires* » et « *rechercher les améliorations à apporter à ces textes dans la mesure où cela était exigé pour l'application des dispositions légales ou pour lever toute ambiguïté préjudiciable au bon déroulement des opérations* ».

¹³³ CC, séance du 25 avril 1961, p. 2. Le président Léon Noël explique ainsi que : « *M. le Président de la République n'envisage pas que le Conseil Constitutionnel joue en ce domaine un rôle analogue à celui du Conseil d'État lorsqu'il donne des avis : son rôle essentiel consisterait à apprécier si les mesures entrent bien dans le cadre de l'article 16* ».

Haute instance est en général réticente à formuler un avis sur l'opportunité de l'acte qui lui est soumis¹³⁴.

Cette conception restrictive a conduit la Haute instance à avoir de vraies hésitations sur la nature du contrôle qu'elle peut exercer sur certains actes préparatoires au référendum. Dès une séance du 8 décembre 1960, la question va se poser de savoir si le Conseil constitutionnel doit apprécier la constitutionnalité de la décision de recourir au référendum ainsi que du projet de loi soumis au vote des Français. Jean Gilbert-Jules, soutenu par le président Noël, défend l'idée que le Conseil ne peut prononcer un avis sur le décret soumettant le projet de loi au référendum dans la mesure où cela reviendrait à se prononcer sur l'opportunité d'un tel référendum, choix qui relèverait du seul président de la République et qui ne pourrait avoir qu'une sanction de nature politique¹³⁵. *A contrario*, Georges Pompidou est « stupéfait »¹³⁶ d'une telle position et défend le contrôle du Conseil. Toutefois, les membres vont rapidement s'accorder sur le fait que le Conseil ne doit contrôler ni le projet de décret ni le projet de loi qui l'accompagne¹³⁷. Toutefois, cette position va rapidement être remise en cause à l'occasion d'une séance du 20 mars 1962 au cours de laquelle le Conseil doit notamment examiner le projet de décret soumettant au référendum le projet de loi sur les accords d'Évian. Sur la proposition du président Léon Noël, les membres de la Haute instance décident d'examiner et de formuler un avis non seulement sur le projet de décret mais aussi sur le projet de loi soumis à référendum, malgré le rappel de la position du Conseil de 1960 par le secrétaire général¹³⁸. Un long débat va en particulier porter sur la constitutionnalité de l'article 2 du projet de loi en ce qu'il habilite le président à prendre des ordonnances, de manière dérogatoire et en dehors de l'article 38 de la Constitution, pour mettre en œuvre les accords d'Évian. Les membres décident à la majorité de l'inconstitutionnalité de l'article 2 dudit projet. Toutefois, pour ne pas déroger de manière trop claire au précédent de 1960, sur proposition de René Coty, il est décidé de transmettre non pas un avis officiel, mais une « note officieuse » au président de la République¹³⁹. Cette position juridiquement peu cohérente sera réitérée lors d'une séance du 2 octobre 1962 à l'occasion de laquelle le Conseil est saisi pour avis du décret soumettant à référendum le projet de loi portant sur l'élection du président de la République au suffrage universel ainsi que du texte de ce projet. Les membres décident de contrôler la constitutionnalité du projet de loi et considèrent à la majorité que le recours à l'article 11 pour réviser la

¹³⁴ CC, séance du 6 juin 1961, p. 2. Le président Léon Noël souligne que : « le rôle du Conseil n'est pas tant d'examiner l'opportunité des dispositions de détail que d'apprécier si l'ensemble entre dans le champ d'application de l'article 16 ». V. aussi, CC, séance du 4 avril 1972, p. 7. Le rapporteur indique que la compétence consultative du conseil en matière référendaire se limite à « la seule organisation des opérations du référendum, ce qui implique l'exclusion de toute appréciation de l'opportunité ou de la conformité à la Constitution de l'acte du référendum ».

¹³⁵ CC, séance du 8 décembre 1960, p. 17.

¹³⁶ *Ibid.*, p. 18.

¹³⁷ L'avis de la Haute instance précise que : « le Conseil (...) tient à souligner qu'il n'a pas reçu compétence pour donner un avis sur la décision du Président de la République de recourir au référendum non plus que sur le projet de loi soumis à ce référendum » (CC, séance du 3 octobre 1988, p. 5 (reproduction de l'avis du 8 décembre 1960)).

¹³⁸ CC, séance du 22 mars 1962, p. 22. « M. le Secrétaire Général rappelle que cela pose un problème de compétence qui a été résolu négativement par le Conseil en décembre 1960 et que ce serait donc un changement de jurisprudence ».

¹³⁹ *Ibid.*, p. 30. L'avis officieux précise : « S'il ne se reconnaît pas compétence pour donner un avis officiel sur le projet de loi à soumettre au référendum, Croit de son devoir envers le Président de la République de lui soumettre officieusement les remarques suivantes : ».

Constitution est inconstitutionnel. Ils décident en conséquence de rédiger un avis officieux à destination du président de la République¹⁴⁰.

Par la suite, le Conseil constitutionnel reviendra strictement à sa position de 1960, sous l'influence des rapports des secrétaires généraux, en refusant d'examiner la constitutionnalité d'un projet de décret soumettant un projet de loi à référendum ainsi que du projet de loi attaché. Ainsi, il refuse de contrôler ces textes et de formuler un avis public ou officieux aussi bien en 1968 à propos du projet de loi abandonné mandatant les pouvoirs publics pour une rénovation universitaire, sociale et économique¹⁴¹, qu'en 1969 à propos du projet de loi sur la régionalisation et la réforme du Sénat¹⁴², qu'en 1972 à propos du projet de loi sur l'adhésion du Royaume-Uni et quelques autres États à l'Union européenne où la possibilité d'avis officieux est même éludée par le rapporteur¹⁴³. Mais en 1988, la question de la compétence du Conseil pour formuler des avis sur le décret par lequel un projet de loi est soumis à référendum, et sur ce même projet de loi, va une nouvelle fois se poser à l'occasion du rapport de Robert Lecourt, et à l'initiative du président Badinter, sur les textes relatifs au référendum sur l'autodétermination de la Nouvelle-Calédonie¹⁴⁴. À la question de principe de la compétence du Conseil constitutionnel pour rendre un avis officieux sur le projet de loi soumis à référendum, en omettant donc la question de la compétence relative au décret soumettant le texte à référendum, les membres répondent par l'affirmative à l'unanimité¹⁴⁵. Un avis officieux sera alors rendu, et remis en main propre au secrétaire général de l'Élysée pour éviter les fuites, constatant une violation par le projet de loi du principe constitutionnel d'égalité devant la loi pénale¹⁴⁶.

Lors de l'examen des textes relatifs au référendum sur le projet de loi d'autorisation de ratification du traité de Maastricht en 1992, le rapporteur, George Abadie, tentera une synthèse de la position du Conseil sur le sujet¹⁴⁷. Il distingue le contrôle sur le décret par lequel il est décidé de soumettre un projet de loi au référendum de celui de son annexe qui est le projet de loi lui-même. Sur le décret, le rapporteur souligne que le Conseil peut exercer un contrôle de l'erreur manifeste sur la date choisie ainsi que sur la formulation de la question posée. Cela exclut donc de manière classique un contrôle sur l'opportunité même de soumettre un projet de loi au référendum. Il rappelle aussi le fait que sur le projet de loi, le Conseil se reconnaît la compétence de formuler des avis officieux sur la constitutionnalité du texte. En l'espèce, le Conseil ne prononcera pas d'avis officieux faute d'intérêt dans la mesure où le traité avait déjà

¹⁴⁰ CC, séance du 2 octobre 1962, p. 26.

¹⁴¹ CC, séance du 27 mai 1968, p. 3. Le secrétaire général souligne ainsi que : le Conseil se prononce « *non sur l'appréciation de l'opportunité ou de la conformité à la Constitution du principe même ou de l'acte du référendum laquelle relève du seul pouvoir du Président de la République. Cette thèse a été très largement exposée et adoptée au cours d'une séance du 8 décembre 1960 et depuis lors toujours réaffirmée* ». La dernière affirmation du secrétaire général n'est pas entièrement exacte, car en 1962, la position du Conseil, qui acceptait de formuler des avis officieux, était beaucoup plus ambiguë et même contradictoire sur ce point.

¹⁴² CC, séance du 2 avril 1969, p. 8.

¹⁴³ CC, séance du 4 avril 1972, p. 7. Le rapporteur, le secrétaire général, souligne que : « *le Conseil constitutionnel a lui-même déduit (...) que sa compétence était, en ce domaine, strictement limitée, d'une part, à l'examen des seuls projets de décrets d'application dont il est saisi, à l'exclusion du projet de loi soumis au référendum, (...) ce qui implique l'exclusion de toute appréciation de l'opportunité ou de la conformité à la Constitution de l'acte du référendum, laquelle relève du seul pouvoir du Président de la République* ».

¹⁴⁴ CC, séance du 3 octobre 1988, p. 5 et s.

¹⁴⁵ *Ibid.*, p. 12.

¹⁴⁶ *Ibid.* p. 161.

¹⁴⁷ CC, séance du 30 juin 1992, p. 1 et s.

fait l'objet d'un contrôle de constitutionnalité. Cet historique souligne les grandes difficultés que rencontre le Conseil à stabiliser dans le temps sa compétence en matière de référendum. Celle-ci semblant avant tout déterminer par des considérations d'opportunité politique.

2. La brièveté des avis du Conseil constitutionnel

De manière plus générale, les limites du contrôle exercé par le Conseil en matière consultative se manifestent dans le contenu de ses avis. En l'absence d'obligation de motivation, en dehors de l'avis rendu sur la réunion des conditions exigées par l'article 16 de la Constitution, les avis sont en général extrêmement brefs. Concernant les projets de décisions prises en application des pouvoirs exceptionnels, le Conseil se contente d'une phrase indiquant que la « *décision entre dans le champ d'application de l'article 16 de la Constitution* »¹⁴⁸ et de formuler, sans véritable justification de fait ou de droit, une liste d'éventuelles demandes de modifications sur telle ou telle disposition du projet de décision. Certaines demandes de modification sont parfois accompagnées de quelques très brèves remarques afin de les justifier¹⁴⁹. Une structure analogue est appliquée pour les avis rendus pour les actes préparatoires aux votations. Le Conseil constitutionnel rappelle l'autorité de saisine, le fondement textuel de la consultation et les textes qui lui ont été soumis puis « *présente les observations suivantes* »¹⁵⁰ ou il « *Donne un avis favorable à ce projet sous réserve* »¹⁵¹. Ces deux formulations sont suivies d'une liste de dispositions des textes dont il voudrait voir des modifications en proposant par exemple des ajouts, des suppressions ou des rédactions alternatives. Là encore, les avis ne sont pas véritablement motivés et s'apparentent à une liste de modifications que le Conseil souhaiterait voir figurer dans le texte définitif. Seuls les avis officieux rendus en matière référendaire comportent quelques éléments de motivation. Il se peut également que le Conseil n'ait pas d'objections particulières, dans une telle hypothèse, son avis est formulé en quelques lignes dans lesquelles il indique qu'il ne fait aucune observation ou qu'il émet un simple avis favorable. Les seuls avis qui apparaissent plus ambitieux et font l'objet d'une motivation développée sont les observations formulées spontanément par le Conseil à l'issue des diverses opérations électorales. Dans ces observations, il va jusqu'à faire des propositions d'évolution réglementaires, législatives, voire constitutionnelles. Mais cette fonction de proposition ne fait pas toujours l'unanimité au sein du Conseil, certains conseillers constitutionnels souhaitant que ces observations se réduisent à pointer les limites des textes en vigueur sans suggérer des pistes d'évolution¹⁵².

De fait, la Haute instance s'écarte du modèle consultatif du Conseil d'État qui implique une double dimension : d'une part, la formulation d'une appréciation sur les dispositions du

¹⁴⁸ V. par ex. CC, séance du 25 avril 1961, p. 4.

¹⁴⁹ V. par ex. CC, séance du 27 avril 1961, p. 8. Le Conseil formule dans son avis une demande de modification de l'article 8 du projet de décision sur le Haut tribunal militaire afin qu'un recours contre ses décisions soit prévu. Il estime une telle modification importante compte tenu de « *la gravité de la suppression du recours en cassation* » et la nécessité de l'ouverture d'un tel recours « *conformément à la tradition républicaine constante* ».

¹⁵⁰ CC, séance du 17 décembre 1960, p. 15 ; CC, séance du 30 juillet 1992, p. 17.

¹⁵¹ CC, séance du 23 février 1988, pp. 39-43.

¹⁵² CC, séance du 30 mars 1994, p. 2. Le président Badinter souligne : « *nous n' avons pas à tenir la plume du législateur mais simplement à tirer les leçons de ce que nous avons vécu avec le contentieux, et qui n'a pas toujours été agréable. Ce n'est pas à nous à dire quelles sont les mesures à prendre mais simplement à constater les difficultés posées par l'application des textes* ».

projet de texte soumis ; d'autre part, la proposition de modifications dudit texte¹⁵³. Or, si les comptes-rendus de délibérations peuvent comporter des débats sur l'appréciation que se font les membres des textes soumis, notamment en termes d'opportunité, cette appréciation n'est qu'exceptionnellement¹⁵⁴ transposée dans l'avis lui-même qui se résume soit à de simples propositions de modifications des textes soumis, soit à un avis favorable sans observation. Là encore, les contraintes temporelles combinées aux moyens limités de l'institution et au nombre de projets de textes soumis, qui peut être important, expliquent sans doute ce choix de réduire les avis au strict minimum. C'est l'aspect le plus paradoxal de la fonction consultative du Conseil constitutionnel : malgré sa nature politico-juridictionnelle qui explique l'attribution de ces compétences, ses avis ne reflètent guère cette dimension.

B. L'effectivité à géométrie variable des avis du Conseil constitutionnel

L'effectivité des avis du Conseil constitutionnel apparaît avant tout conditionnée par l'importance politique de la modification réclamée par celui-ci (1). Confrontée à l'ineffectivité de ses avis, la Haute instance a pu avoir des réactions fluctuant entre le renoncement à ses positions et la volonté de leur donner une plus grande audience (2).

1. Une effectivité corrélée à la dimension politique des avis

Les avis rendus par le Conseil constitutionnel ne bénéficient pas de l'autorité attachée à ses décisions par l'article 62 de la Constitution, ils ne s'imposent donc pas aux pouvoirs publics. En ce sens, dès 1960, Léon Noël souligne que les avis du Conseil constitutionnel « *ne lient point le Gouvernement* »¹⁵⁵. Le régime spécifique des avis a d'ailleurs conduit la Haute instance à refuser qu'un projet de texte puisse indiquer « *approuvé par le Conseil constitutionnel* » plutôt que « *soumis à l'avis du Conseil constitutionnel* » dans la mesure où « *Le Conseil constitutionnel se borne à émettre un avis qu'il serait loisible au Gouvernement de ne pas suivre* »¹⁵⁶. Les destinataires de ses avis sont cependant fortement incités à les suivre dans la mesure où le cœur de l'appréciation du Conseil constitutionnel porte sur la légalité du projet d'acte qui lui est soumis. Le refus de se conformer aux réserves de la Haute instance conduit à prendre le risque de publier un acte contenant des vices de légalité qui sont susceptibles d'être sanctionnés. Il faut toutefois noter que le Conseil constitutionnel n'est pas chargé du contrôle de la légalité des actes administratifs, il ne peut donc pas sanctionner lui-même le fait que l'exécutif n'ait pas suivi ses réserves sur la légalité d'un acte. Il doit alors se reposer sur le juge administratif qui n'a pas accès à son avis et qui pourrait retenir une appréciation différente. Il existe certes des exceptions : le Conseil accepte de contrôler la légalité des actes préparatoires à un

¹⁵³ L'article L112-1 du Code de la justice administrative dispose ainsi que « *Saisi d'un projet de texte, le Conseil d'État donne son avis et propose les modifications qu'il juge nécessaires* ».

¹⁵⁴ V. spé. CC, séance du 6 juin 1961, pp. 14-16 et p. 20 (le Conseil formule une réserve sur l'opportunité d'un congé spécial pour les magistrats qui n'apparaît pas « *pleinement adéquate à la situation à laquelle on veut remédier* »).

¹⁵⁵ CC, séance du 6 décembre 1960, p. 2.

¹⁵⁶ CC, séance du 22 mars 1988, p. 9.

référendum¹⁵⁷ ou à une élection présidentielle¹⁵⁸ si l'irrecevabilité opposée aux requêtes dirigées contre ces actes « *risquerait de compromettre gravement l'efficacité de son contrôle des opérations électorales, vicierait le déroulement général du vote ou porterait atteinte au fonctionnement normal des pouvoirs publics* »¹⁵⁹. Toutefois, cette voie de recours n'est qu'exceptionnelle et n'a été mise en œuvre qu'au début des années 2000. Elle n'a donc pu avoir d'influence sur l'effectivité des avis rendus sur la période considérée dans cette étude.

Compte tenu du caractère facultatif et non public de la plupart des avis rendus par le Conseil constitutionnel, on peut légitimement se demander dans quelle mesure ceux-ci sont suivis par l'exécutif et les diverses autorités administratives¹⁶⁰. Et ce d'autant plus, que l'effectivité des avis est une préoccupation récurrente des membres du Conseil constitutionnel. Ainsi, lors d'une séance de 1961, Léon Noël souligne que le président de la République a suivi l'avis défavorable du Conseil sur un projet de décision, fondée sur l'article 16 de la Constitution, qui visait à permettre de placer les magistrats en congé spécial en ne publiant pas un tel texte¹⁶¹. De même, lors d'une séance 1972, le secrétaire général relève que les projets de décrets soumis au Conseil, dans le cadre d'opérations de référendum, tiennent compte des avis formulés par celui-ci en 1969 qui demandaient quelques modifications de forme¹⁶². L'ineffectivité des avis est également dénoncée, comme lors d'une séance de 1969 à l'occasion de laquelle François Luchaire constate que certaines observations du Conseil sur les projets de décrets relatifs au référendum n'ont pas été reprises par le Gouvernement. Il « *en tire la conclusion que les avis du Conseil ne reçoivent pas l'accueil qu'ils devraient recevoir* »¹⁶³.

L'étude des avis rendus par le Conseil constitutionnel sur la période étudiée conduit à constater que l'effectivité des réserves formulées est principalement dépendante de leur importance politique. En d'autres termes, plus la demande de modification du projet d'acte formulée par la Haute instance a une dimension politique, moins elle a de chance d'être suivie par le président de la République ou le Gouvernement. *A contrario*, plus la demande de modification a un aspect essentiellement technique, plus elle sera suivie par les autorités compétentes. Une première illustration de cette tendance se trouve dans les trois avis officieux qu'a pu formuler le Conseil à l'occasion des opérations de référendum de 1962 et 1988¹⁶⁴ qui, soulevant des aspects politiquement sensibles des projets de loi examinés, n'ont pas été suivis par le président de la République. Au-delà de l'ineffectivité des avis officieux, il existe un certain nombre de cas qui illustrent ce phénomène. Ainsi, lors d'une séance du 8 septembre 1961, le Conseil formule un avis sur un projet de décision du président de la République dans lequel il énonce expressément que « *dans les circonstances actuelles, aucun obstacle ne s'opposant plus au fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels, les*

¹⁵⁷ CC, n° 2000-21 REF du 25 juillet 2000, *Hauchemaille*.

¹⁵⁸ CC, 2001-95 PDR du 14 mars 2001, *Hauchemaille*.

¹⁵⁹ *Ibid.*

¹⁶⁰ Pour une étude spécifique de la portée des observations du Conseil, voir J. BENETTI, « La portée des "observations sur l'élection présidentielle" », *LPA*, 2012, n° 243, pp. 13-17.

¹⁶¹ CC, séance du 17 juin 1961, p. 1.

¹⁶² CC, séance du 4 avril 1972, p. 10.

¹⁶³ CC, séance du 9 avril 1969, p. 1. V. aussi, CC, séance du 25 avril 1961, p. 2. Le rapporteur, René Cassin, « *remarque d'une manière générale, M. le Président de la République n'a tenu aucun compte, dans la rédaction définitive de ses décisions, des observations présentées par le Conseil* ».

¹⁶⁴ CC, séance du 22 mars 1962, p. 30 ; CC, séance du 2 octobre 1962, p. 26 ; CC, séance du 3 octobre 1988, p. 5 et s

conditions exigées par l'article 16 de la Constitution ont cessé d'être réunies »¹⁶⁵. Cet avis ne sera pas suivi d'effet dans la mesure où le président ne cessera de faire application de l'article 16 que plus de vingt jours plus tard¹⁶⁶. Un autre exemple significatif est celui d'un avis formulé en 1992 sur les documents devant être transmis au corps électoral dans le cadre du référendum portant sur le projet de loi d'autorisation de ratification du traité de Maastricht¹⁶⁷. Le Conseil constitutionnel avait formulé des observations concernant l'exposé des motifs qui accompagnait les documents électoraux adressés aux électeurs. En effet, cet exposé des motifs était structuré autour d'une introduction et d'une conclusion contenant des éléments d'appréciation et incitant à voter « oui » au référendum encadrant un résumé des principales stipulations du traité. Or, le Conseil estimait que pour des considérations de sincérité du scrutin, il fallait distinguer formellement entre un « *exposé [des] raisons qui militent en faveur de l'adoption* » du texte, sous la forme d'un exposé des motifs, et un « *résumé clair et objectif précisant les principales stipulations* » du traité¹⁶⁸ sous forme de notice explicative annexée au projet de loi¹⁶⁹. Il exigeait donc qu'il n'y ait pas de « *mélange des genres* »¹⁷⁰ et que le résumé des principales stipulations du traité transmis aux électeurs soit formellement distingué de l'exposé des motifs et épuré des éléments d'« *appréciation, incitation ou conclusion* »¹⁷¹. L'avis du Conseil constitutionnel ne sera cependant pas suivi. Cela ne sera pas sans conséquence dans la mesure où le Conseil sera saisi de recours contestant la légalité du décret décidant de soumettre le projet de loi au référendum ainsi que les opérations électorales compte tenu du contenu de cet exposé des motifs¹⁷². Il rejettera cependant ces recours pour irrecevabilité en dépit de l'accord de certains membres du Conseil avec certains des moyens soulevés¹⁷³. Pis, lorsque l'exposé des motifs a été mis en cause par l'opposition comme portant atteinte au principe de sincérité du scrutin, le Gouvernement a pu s'appuyer sur l'avis non public du Conseil constitutionnel afin de justifier le contenu du document transmis aux électeurs en éludant les réserves formulées par la Haute instance¹⁷⁴.

2. Des réactions fluctuantes du Conseil face à l'ineffectivité de ses avis

L'ineffectivité des avis de la Haute instance l'a conduit à avoir deux types d'attitudes. Elle a pu d'abord renoncer à reformuler des réserves dont elle sait qu'elles ne seront pas suivies

¹⁶⁵ CC, séance du 8 septembre 1961, p. 27.

¹⁶⁶ Décision du président de la République du 29 septembre 1961 mettant fin à l'application de l'article 16 de la Constitution.

¹⁶⁷ V. CC, séance du 28 juillet 1992, pp. 13 et s. ; CC, séance du 30 juillet 1992, p. 1 et pp. 20-21.

¹⁶⁸ CC, séance du 30 juillet 1992, p. 20.

¹⁶⁹ CC, séance du 28 juillet 1992, p. 17.

¹⁷⁰R. BADINTER in CC, séance du 28 juillet 1992, p. 17.

¹⁷¹ CC, séance du 15 septembre 1992, p. 1.

¹⁷² CC, n° 92-16 REF du 15 septembre 1992, *Lederman* ; CC, n° 92-17 REF du 15 septembre 1992, *Caldaguès*.

¹⁷³ *Ibid.*, p. 6. Jacques Robert déclare en ce sens : « *je dois constater que le gouvernement ne nous a pas beaucoup aidé dans cette affaire. Notre avis indiquait qu'il fallait un véritable exposé des motifs. Et nous avons constaté le résultat ! Je dois bien dire que Monsieur Lederman n'a pas tout à fait tort dans son recours. (...) il n'est pas possible de faire autrement que de rejeter la requête, au stade actuel. Mais je suis très réservé quant à la désinvolture avec laquelle le gouvernement nous a traités !* ».

¹⁷⁴ V. en ce sens : « La campagne pour le référendum sur le traité de Maastricht. Le PCF accuse le pouvoir de "porter atteinte à la sincérité du scrutin" », *Le Monde*, 12 septembre 1992. Interrogés par le journaliste du Monde, les services de Matignon ont indiqué : « *lorsqu'il a été saisi par le gouvernement pour avis sur le texte de ce projet de loi, adopté tel quel, avec cet exposé des motifs, par le conseil des ministres, le Conseil constitutionnel n'a émis aucune objection* ».

par les autorités compétentes. Un exemple concerne la distribution des formulaires de parrainage pour l'élection présidentielle. Dans un premier avis du 17 juin 1980, le Conseil constitutionnel a estimé que les formulaires devaient être transmis automatiquement aux personnes habilitées à présenter un candidat¹⁷⁵. Il ne sera pas suivi par le Gouvernement qui préférera une procédure qui impose aux personnes habilitées de réclamer un formulaire de parrainage. Saisi d'un projet de circulaire fixant cette procédure, le Conseil renonce à réitérer cette réserve au regard des arguments avancés par le Gouvernement, qu'il trouve convaincants, et le risque de voir son avis demeurer inefficace¹⁷⁶. Dans un autre exemple, le Conseil constitutionnel a, dans un avis de 1965, exigé que le décret de convocation des électeurs dans le cadre de l'élection présidentielle ne soit pas pris par le président de la République, mais par le Premier ministre au regard des articles 7 et 21 de la Constitution¹⁷⁷. Toutefois, cette réserve ne sera pas suivie, le général de Gaulle semblant attaché à l'idée qu'il soit celui qui convoque formellement les électeurs, en conseil des ministres, pour marquer l'importance de cette première élection du président au suffrage universel direct¹⁷⁸. Cette réserve du Conseil sera réitérée dans des avis de 1969¹⁷⁹ et 1974¹⁸⁰, mais sans davantage d'effet. En 1988, le Conseil constitutionnel finira pas se résoudre à ne plus formuler une telle réserve compte tenu de son ineffectivité¹⁸¹. Cette résignation du Conseil à faire respecter la Constitution sur ce point s'illustrera d'ailleurs au contentieux dans une décision du 24 mars 2022 dans laquelle il rejette le moyen excipé de l'incompétence du président de la République pour signer le décret de convocation des électeurs¹⁸².

Le Conseil a pu ensuite décider de donner une publicité à ses avis afin de favoriser les chances d'être suivi par le Gouvernement. Le caractère non public des avis du Conseil constitutionnel n'est pas un gage d'effectivité dans la mesure où les pouvoirs publics sont libres d'en tenir ou non compte sans une quelconque pression de l'opinion publique qui n'en connaît pas le contenu. Dès 1974, le président Roger Frey constatait en ce sens « *que les interventions du Conseil ne sont efficaces que si elles sont publiques* »¹⁸³. C'est la raison pour laquelle il propose de rendre publique une déclaration « *relative aux principaux problèmes rencontrés par le Conseil à l'occasion de* » l'élection présidentielle, puisque selon lui, « *cette publicité paraît indispensable, car une simple lettre ne servirait à rien* »¹⁸⁴. Ce choix s'explique par le fait que par le passé les observations que le Conseil a pu formuler à l'occasion des élections

¹⁷⁵ CC, séance du 17 juin 1980, p. 14.

¹⁷⁶ CC, séance du 4 novembre 1980, p. 8. Robert Lecourt observe en ce sens que : « *Une approbation trop explicite de la distribution des formulaires sur demande entraîne de sa part plusieurs objections. Tout d'abord, l'autorité du Conseil constitutionnel qui a donné un avis en sens contraire s'en trouverait affaiblie, car on pourrait critiquer le manque de perspicacité de cette assemblée lors de son premier examen. Cette raison suffit pour qu'on ne mette pas en évidence à quel point le Conseil peut changer de position. Ensuite si l'on fait apparaître que la suggestion faite en juin n'a pas été retenue en raison d'une objection reconnue valable, on risque de mettre en mouvement un processus de discussion plus que d'avis* ».

¹⁷⁷ CC, séance du 14 octobre 1965, p. 5. L'avis précise que : « *En ce qui concerne l'autorité compétente pour prendre le décret de convocation, il semble au Conseil que pour être conforme aux dispositions de l'article 7, 2ème alinéa de la Constitution qui précise que, pour l'élection du Président de la République, "le scrutin est ouvert sur convocation du Gouvernement" et à l'article 21 de ladite Constitution aux termes duquel "le Premier Ministre dirige l'action du Gouvernement", le décret dont il s'agit devrait être pris par le Premier Ministre* ».

¹⁷⁸ Décret n° 69-405 du 2 mai 1969 portant convocation des électeurs pour l'élection du Président de la République.

¹⁷⁹ CC, séance du 1^{er} mai 1969, pp. 2-3.

¹⁸⁰ CC, séance du 5 avril 1974, pp. 1-4.

¹⁸¹ CC, séance du 18 février 1988, pp. 3-4.

¹⁸² CC, 2022-184/188 PDR du 24 mars 2022, *Renaux*, § 9-11.

¹⁸³ CC, séance du 25 avril 1974, p. 7.

¹⁸⁴ CC, séance du 21 mai 1974, p. 4.

présidentielles, qui étaient formulées par une lettre adressée au président de la République et au Premier ministre, n'ont pas été suivies. En particulier, dans un avis spontané du 16 juillet 1969, le Conseil constitutionnel avait notamment demandé la révision de l'article 7 de la Constitution, car celui-ci ne prévoyait pas « *l'éventualité du décès d'un candidat avant le premier tour ou entre les deux tours de scrutin* »¹⁸⁵. Dans une déclaration publique à l'occasion des résultats des élections présidentielles de 1974, le président du Conseil va réitérer l'avis spontané de la Haute instance tout en demandant d'autres modifications de la législation¹⁸⁶. Cette stratégie de publicisation des avis va fonctionner comme le souligne Roger Frey lors d'une séance de 1976, « *par la nouvelle loi organique, le Conseil constitutionnel a obtenu satisfaction sur les demandes d'une meilleure organisation qu'il avait formulées par sa Déclaration de 1974* »¹⁸⁷. En outre, l'article 7 de la Constitution a été révisé afin d'y introduire les dispositions réclamées par le Conseil¹⁸⁸.

Si les avis du Conseil constitutionnel ne sont pas toujours suivis, il faut cependant souligner que cette ineffectivité demeure relative. En effet, la majorité des avis rendus par la Haute instance a un contenu essentiellement technique et ne fait donc guère l'objet d'opposition de la part des autorités compétentes qui reprennent les demandes de modifications dans les textes définitifs¹⁸⁹. Le Conseil a même pu avoir occasionnellement un certain succès avec des avis ayant pourtant une dimension politique. Par exemple, dans un avis du 14 juin 1994, le Conseil a émis un avis défavorable au remplacement, dans un projet de décret modifiant le décret du 14 mars 1964 relatif à l'élection présidentielle, de l'obligation d'égalité entre les candidats par un simple objectif de pluralisme dans les programmes audiovisuels d'information liés à la campagne électorale¹⁹⁰. Cette opposition du Conseil sur un sujet politiquement sensible va être entendue par le Gouvernement qui reviendra dans son décret définitif à l'obligation d'égalité entre les candidats¹⁹¹.

Lorsqu'il examine les projets de texte qui lui sont soumis, le Conseil constitutionnel a fait le choix de jouer le rôle d'un simple correcteur qui s'assure de la conformité des actes aux normes supérieures tout en faisant corriger les éventuelles erreurs. Ce contrôle n'est pas infaillible : le Conseil ne relève parfois pas certaines illégalités manifestes des actes qui lui sont soumis. La Haute instance n'a par exemple pas vu les vices qui entachaient certaines dispositions de plusieurs projets de décret portant sur l'organisation du référendum sur le traité de Maastricht¹⁹². Dans un arrêt du 10 septembre 1992, la juridiction administrative suprême a

¹⁸⁵ CC, séance du 16 juillet 1969, p. 1.

¹⁸⁶ Décision n° 74-33 PDR du 24 mai 1974, *Déclaration du Conseil constitutionnel (à l'occasion de la proclamation des résultats de l'élection présidentielle de 1974)*

¹⁸⁷ CC, séance du 14 juin 1976, p. 26.

¹⁸⁸ Loi constitutionnelle n° 76-527 du 18 juin 1976 modifiant l'article 7 de la Constitution.

¹⁸⁹ Pour un exemple représentatif, voir : CC, séance du 18 février 1988, p. 5. Le Conseil formule une réserve demandant à ce que le décret relatif à la date d'envoi des formulaires de présentation indique que c'est l'autorité administrative qui est chargée d'envoyer ces documents aux citoyens habilités. Cette réserve sera reprise par le Gouvernement dans la version publiée du texte (décret n° 88-185 du 24 février 1988).

¹⁹⁰ CC, séance du 14 juin 1994, pp. 10-13.

¹⁹¹ Art. 3 du décret n°94-672 du 8 août 1994 modifiant le décret n° 64-231 du 14 mars 1964 pris pour l'application de la loi n° 62-1292 du 6 novembre 1962 relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel.

¹⁹² CC, séance du 28 juillet 1992, p. 2. L'absence d'identification des vices d'incompétence que comportaient les décrets est d'autant plus surprenante que Georges Abadie commence son rapport en rappelant que « *Ces actes réglementaires ne sont pas des actes de Gouvernement. Ce sont des actes administratifs susceptibles de faire l'objet devant le Conseil d'État d'un recours pour excès de pouvoir. Nous devons donc être soucieux, plus que jamais, du respect de la légalité* ».

annulé pour incompétence certaines dispositions de ces mêmes décrets en ce qu'ils n'avaient pas été soumis pour avis au Conseil d'État comme l'imposait la réglementation¹⁹³. Ce choix d'un contrôle restreint et d'avis au contenu limité est cohérent avec les contraintes temporelles et matérielles qui pèsent sur le Conseil et avec le peu de succès de ses avis qui s'aventurent au-delà d'un simple contrôle de légalité. Mais on peut sérieusement questionner la pertinence du maintien de telles compétences consultatives en matière de votation au profit du Conseil constitutionnel, tant la plus-value des avis rendus apparaît dans l'ensemble limitée. En outre, ces compétences consultatives apparaissent éloignées et guères en adéquation avec la nature de cour constitutionnelle que le Conseil prétend avoir aujourd'hui.

¹⁹³ CE, ass., 10 septembre 1992, *Meyet*, req. n° 140376.