

4 mai 2020

UN JOUR D'APRÈS
OÙ UNE VÉRITABLE COUR CONSTITUTIONNELLE GARANTIRAIT LE RESPECT DE LA CONSTITUTION

Les périodes de crise sont souvent autant de tests de la capacité de nos institutions à protéger les droits et libertés fondamentaux. Or, une récente décision du Conseil constitutionnel, restée relativement inaperçue, démontre que le Conseil est loin de jouer le rôle de garant des droits fondamentaux que l'on attendrait d'une véritable Cour constitutionnelle.

Le Conseil constitutionnel était appelé à statuer sur la loi organique n° 2020-365 du 30 mars 2020 suspendant jusqu'au 30 juin 2020 le délai dans lequel le Conseil d'État et la Cour de cassation doivent se prononcer sur le renvoi d'une question prioritaire de constitutionnalité au Conseil constitutionnel et le délai dans lequel ce dernier doit statuer sur une telle question.

Cette loi organique n'avait pas été votée conformément à l'article 46 de la Constitution, lequel dispose que les projets de lois organiques ne peuvent, en première lecture, être soumis à la délibération et au vote des assemblées qu'à l'expiration d'un délai minimal de 15 jours après leur dépôt lorsque la procédure accélérée a été engagée (six semaines dans les autres cas). Or, le projet de loi organique a été examiné par le Sénat le lendemain de son dépôt.

Dans sa décision, le Conseil constitutionnel se contente de constater le non-respect des délais fixés par l'article 46 de la Constitution, et de conclure que « *compte tenu des circonstances particulières de l'espèce, il n'y a pas lieu de juger que cette loi organique a été adoptée en violation des règles de procédure prévues à l'article 46 de la Constitution* »¹.

Ainsi, le Conseil constitutionnel dit en substance que compte-tenu des circonstances particulières de l'espèce, le non-respect de la Constitution ne sera pas sanctionné. Sans entrer dans le débat de fond sur le danger d'une telle décision, on conviendra à tout le moins que l'on est en droit d'attendre une véritable motivation au soutien d'une décision d'une telle ampleur pour l'État de droit. Au lieu de se contenter de cette phrase lapidaire, le Conseil aurait pu considérer que la Constitution a été respectée sur la base d'une motivation argumentée, appuyée sur des principes constitutionnels, comme celui de continuité de la vie nationale².

Cette décision démontre ainsi avec une particulière acuité les insuffisances criantes du Conseil constitutionnel. Malheureusement, elle n'est pas la première. La décision du Conseil constitutionnel sur la conformité à la Constitution de la loi Agriculture et Alimentation³ avait déjà suscité l'indignation des parlementaires. Par cette décision, le Conseil constitutionnel avait censuré pour « cavaliers législatifs » (c'est-à-dire pour absence de lien, même indirect, avec le projet de loi initial) 23 articles, sur un total de 98. L'examen comparé des articles censurés et des dispositions ayant échappé à la

¹ Décision n° 2020-799 DC du 26 mars 2020

² Décision n°79-111 DC du 30 décembre 1979, Loi autorisant le gouvernement à continuer à percevoir en 1980 les impôts et taxes existants, citée par J-E Gicquel, « La loi organique Covid-19 et l'irrespect non sanctionné de la Constitution », Gaz. Pal. 7 avril 2020, n°377e4, page 27.

³ Décision n° 2018-771 DC du 25 octobre 2018

censure ne permettant pas de faire apparaître des critères objectifs justifiant ici une validation et là une invalidation, cette décision portait une atteinte disproportionnée au droit d'amendement des parlementaires.

Il serait donc opportun d'engager une réforme constitutionnelle profonde faisant du Conseil constitutionnel une véritable Cour constitutionnelle devant laquelle tous les principes issus du droit à un procès équitable sont garantis. Cela impliquerait, au-delà d'un changement de nom (il serait temps d'oser nommer le Conseil « Cour constitutionnelle »), d'introduire une exigence de compétence de ses membres, de réformer la procédure de désignation des membres du Conseil, de publier les contributions extérieures dès réception et de rendre toutes les audiences publiques.

La présente note présente les principales insuffisances de la procédure de contrôle de constitutionnalité *a priori* devant le Conseil constitutionnel (I) et dégage les éléments clefs d'une réforme constitutionnelle permettant d'y remédier (II).

I. La procédure de contrôle de constitutionnalité *a priori* ne respecte pas les principes fondamentaux découlant du droit à un procès équitable

Le Conseil constitutionnel, qui a pour mission de protéger et garantir les droits et principes les plus fondamentaux de notre État de droit, tels qu'ils émanent de la Constitution et du bloc de constitutionnalité, semble pourtant dispensé de les appliquer pour lui-même.

Parmi ces droits et principes figurent en tout premier lieu ceux inscrits à l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, relatif au droit à un « procès équitable », lequel dispose :

« Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. Le jugement doit être rendu publiquement, mais l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice ».

L'article 6 s'applique ainsi à « des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil » et au « bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle ». La Cour européenne des droits de l'Homme apprécie la notion de « droits et obligations de caractère civil » de manière extrêmement large, jusqu'à « considérer que des procédures dépendant du « droit public » en droit interne sont tombées dans le champ d'application de l'article 6 sous son aspect « civil » lorsque l'issue était déterminante pour des droits et obligations de caractère privé »⁴.

Or, les décisions du Conseil constitutionnel, lesquelles sont relatives à la conformité des lois aux droits et libertés fondamentaux que la Constitution garantit, ont une issue déterminante pour les droits et obligations de caractère privé.

⁴ CEDH, 12 juillet 2001, *Ferrazzini c. Italie*, paragraphe 27.

Aussi, le droit à un procès équitable doit sans aucun doute être garanti devant le Conseil constitutionnel.

Il englobe notamment le droit d'accès au juge, le devoir d'indépendance fonctionnelle et personnelle des juges, le devoir d'impartialité, tant objective que subjective, le principe de l'égalité des armes et le principe du contradictoire, la publicité des débats et l'obligation de motivation des décisions de justice.

Si la question de savoir si le Conseil constitutionnel est une « juridiction » au sens propre du terme n'a pas encore été définitivement tranchée, la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), a déjà implicitement reconnu le caractère de « juridiction » du Conseil constitutionnel. En effet, sans analyser le fond de la question, la Cour a accepté que le Conseil constitutionnel transmette une question préjudicielle alors que cette procédure est réservée par l'article 267 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne aux juridictions des ordres juridiques nationaux⁵. De même, le Conseil constitutionnel s'est considéré lui-même comme faisant partie des « organes juridictionnels mentionnés dans la Constitution »⁶.

Le Conseil constitutionnel ne saurait donc, à ce titre, s'affranchir du respect des obligations et principes régissant le « procès équitable ». Pourtant, la plupart des principes et obligations qui en découlent sont régulièrement méconnus par le Conseil constitutionnel au cours de son examen *a priori* de la constitutionnalité des lois.

A. La motivation souvent insuffisante des décisions du Conseil constitutionnel

L'obligation de motivation est avant tout une garantie contre l'arbitraire, reconnue par le Conseil constitutionnel comme principe fondamental⁷. La CEDH a également posé pour principe que l'article 6 § 1 oblige les juridictions à motiver leurs décisions⁸, y compris, selon la Cour de Cassation, là où la jurisprudence consacre l'existence d'un pouvoir souverain, et ce à peine de nullité de la décision⁹.

Comme l'a fort justement exprimé le Conseil consultatif des juges européens (CCJE), « *la motivation permet non seulement une meilleure compréhension et acceptation de la décision par le justiciable mais elle est surtout une garantie contre l'arbitraire. D'une part, elle oblige le juge à rencontrer les moyens de défense des parties et à préciser les éléments qui justifient sa décision et rendent celle-ci conforme à la loi et, d'autre part, elle permet une compréhension du fonctionnement de la justice par la société* »¹⁰.

Or, de nombreuses décisions du Conseil constitutionnel sont insuffisamment motivées, ce qui dégrade tout à la fois l'acceptabilité de ses décisions, l'image de l'institution et la confiance des citoyens dans notre démocratie et ses institutions judiciaires.

C'est particulièrement le cas de la récente décision du 26 mars sur la loi organique d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19, le Conseil constitutionnel s'étant contenté d'une formule lapidaire pour mettre à l'écart la Constitution elle-même : « *compte tenu des circonstances particulières de*

⁵ CJUE, 4 avril 2013, aff C-168/13 PPU « J.Forrest ».

⁶ Décision n° 2011-642 DC du 15 décembre 2011.

⁷ Décision n° 77-101 L. du 3 novembre 1977

⁸ CEDH, Higgins et autres c. France, 19 février 1998, requête no 20124/92.

⁹ Par exemple : 2e Civ., 15 janvier 2009, Bull. 2009, II, no 20, pourvoi no 07-20.067.

¹⁰ Avis n°11 du Conseil consultatif de juges européens (CCJE) à l'attention du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur la qualité des décisions de justice du 18 décembre 2008, paragraphe 35, disponible [ici](#).

l'espèce, il n'y a pas lieu de juger que cette loi organique a été adoptée en violation des règles de procédure prévues à l'article 46 de la Constitution »¹¹.

Cette absence de motivation est également patente dans la très grande majorité des décisions relatives aux « cavaliers législatifs ». Depuis 1985, le Conseil constitutionnel vérifie en effet que les amendements introduits dans le texte présenté à son contrôle ne sont pas dépourvus de tout lien avec les dispositions figurant dans le projet de loi initial¹². Depuis 2006, il se saisit même d'office de ces « cavaliers législatifs »¹³.

Le rythme et l'ampleur des censures sur ce fondement se sont intensifiés, tant et si bien que le législateur a souhaité y mettre un frein lors de la réforme constitutionnelle de 2008 par l'introduction, à l'article 45 de la Constitution, de la disposition suivante :

*« Sans préjudice de l'application des articles 40 et 41, tout amendement est recevable en première lecture dès lors qu'il présente un lien, **même indirect**, avec le texte déposé ou transmis. »* (gras ajouté)

Pourtant, loin de s'être assouplie après la réforme constitutionnelle de 2008, la jurisprudence du Conseil constitutionnel relative aux cavaliers législatifs s'est durcie, sans que ces décisions soient accompagnées d'une motivation suffisante.

En témoigne la décision relative à la loi Agriculture et Alimentation, qui a invalidé 23 articles à titre de « cavaliers législatifs », soit près d'un quart du texte voté, par la formule suivante :

« introduites en première lecture, les dispositions des articles 12, 21, 22, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 39, 40, 41, 42, 43, 49, 56, 58, 59, 60, 78, 86 et 87 ne présentent pas de lien, même indirect, avec celles qui figuraient dans le projet de loi déposé sur le bureau de l'Assemblée nationale. Adoptées selon une procédure contraire à la Constitution, elles lui sont donc contraires »¹⁴.

Dans sa décision relative à la loi ELAN, le Conseil constitutionnel a repris la même formulation pour censurer 19 dispositions :

« introduites en première lecture, les dispositions des articles 52, 53, 66, 72, 73, 76, 91, 101, 108, 121, 123, 135, 144, 147, 152, 155, 161, 184 et 200 ne présentent pas de lien, même indirect, avec celles qui figuraient dans le projet de loi déposé sur le bureau de l'Assemblée nationale. Adoptées selon une procédure contraire à la Constitution, elles lui sont donc contraires »¹⁵.

Ces indications laconiques ne permettent ni d'apprécier la notion de « lien, même indirect », ni de comprendre en quoi le Conseil constitutionnel considère que ces articles ne sont pas rattachables par un lien, même ténu, aux projets de loi initiaux.

En définitive, bien que les nombreuses décisions qui se sont succédées en matière de « cavaliers législatifs » fassent une application toujours plus radicale de ce concept, elles ne permettent pas au Parlement, ni même au gouvernement, de comprendre les raisons objectives qui poussent le Conseil

¹¹ Décision n° 2020-799 DC du 26 mars 2020

¹² Décision n° 85-191 DC du 10 juillet 1985, cons. 2.

¹³ Décision n° 2006-535 DC du 30 mars 2006.

¹⁴ Considérant 45, Décision n° 2018-771 DC du 25 octobre 2018.

¹⁵ Considérant 61, Décision n° 2018-772 DC du 15 novembre 2018.

constitutionnel à censurer certaines dispositions et d'autres pas, et donc à prévoir si les amendements qu'ils introduisent puis parviennent à voter, à l'issue souvent de longues et houleuses négociations, sont susceptibles d'être finalement réduits à néant par le Conseil.

B. Des garanties d'indépendance et d'impartialité insuffisantes

Le devoir d'impartialité est, selon la Cour européenne des droits de l'Homme, à la fois subjectif et objectif. L'analyse de l'impartialité objective consiste à tenir compte des apparences et suspicions légitimes que certaines situations fonctionnelles peuvent soulever, indépendamment de tout parti pris exprimé¹⁶.

Le devoir d'impartialité est par ailleurs un principe général du droit français et une exigence transversale s'étendant, au-delà des juridictions, au sein d'organes non juridictionnels. Le Conseil constitutionnel a d'ailleurs lui-même consacré l'application de ce principe aux Autorités administratives indépendantes¹⁷.

Or, la désignation des membres du Conseil constitutionnel, éminemment politique, apparaît d'emblée manquer d'indépendance.

En effet, l'exigence d'indépendance s'entend d'abord et avant tout comme une indépendance vis-à-vis du pouvoir exécutif.

Pourtant, l'article 56 alinéa 2 de la Constitution fait des anciens Présidents de la République des membres de droit à vie du Conseil constitutionnel. Il ne fait guère plus débat aujourd'hui que cette disposition doit être supprimée.

En outre, la désignation des membres du Conseil ne garantit pas suffisamment leur indépendance du pouvoir exécutif. En effet, trois des membres du Conseil sont nommés par le Président, ce qui, combiné avec la qualité de membres de droit des anciens Présidents, pourrait amener à des situations étranges où des anciens Présidents siègent à côté de membres qu'ils ont eux-mêmes nommés. En outre, c'est le Président de la République qui nomme le Président du Conseil, lequel a voix prépondérante en cas de partage.

Au total, sur les douze membres actuels du Conseil constitutionnel, six ont été désignés par le pouvoir exécutif ou en ont incarné la fonction suprême en tant que Présidents de la République.

Quant aux six autres membres, ils ont été désignés par le président du Sénat ou par le président de l'Assemblée nationale.

Cette proximité avec la sphère politique ne présente pas des garanties suffisantes d'impartialité objective.

C. La publication *a posteriori* des portes étroites ne garantit pas le principe du contradictoire

Selon le principe du contradictoire, chaque partie peut prendre connaissance des arguments de fait, de droit et de preuve à partir desquels la décision du juge sera prise. Les parties doivent donc se montrer loyales et diligentes dans la communication de leurs pièces et arguments juridiques. Le

¹⁶ CEDH, Piersack c. Belgique, 1er octobre 1982, n°8692/79.

¹⁷ Décision n°88-248 DC du 17 janvier 1989.

Conseil constitutionnel a lui-même expliqué que ce principe constituait la garantie d'une « *procédure juste et équitable garantissant l'équilibre des droits des parties* »¹⁸.

Or, en l'espèce, les arguments de fait, de droit et de preuve à partir desquels la décision du Conseil constitutionnel sera prise ne sont pas mis à disposition du public dès leur transmission au Conseil.

En effet, les « portes étroites », c'est-à-dire sont les « contributions extérieures » adressées au Conseil constitutionnel par des acteurs privés pour présenter leurs propres griefs à l'encontre d'une loi et influencer les décisions de cette institution, ne font pas l'objet d'une publication dès leur transmission au Conseil constitutionnel.

Si depuis un an, les contributions extérieures sont mises en ligne sur le site internet du Conseil une fois la décision prise, cela ne garantit pas l'égalité des armes et le respect du principe du contradictoire.

En effet, cette communication a posteriori ne permet pas au gouvernement, qui est le seul à pouvoir défendre la constitutionnalité du texte dont le Conseil est saisi, d'apporter la contradiction aux arguments soulevés dans ces contributions extérieures, alors même que celles-ci semblent exercer une forte influence sur la décision finale des juges¹⁹. Elle ne permet pas non plus aux Parlementaires de défendre les dispositions critiquées.

Sur ce point, rappelons que, selon les termes mêmes de la jurisprudence de la Cour européenne de sauvegarde des droits de l'Homme, le droit à une procédure contradictoire implique la faculté pour les parties de prendre connaissance de toute pièce ou observation présentée au juge en vue d'influencer sa décision et de la discuter²⁰. Cette exigence est également valable devant une Cour constitutionnelle²¹. Il a de plus été expressément jugé que constitue une méconnaissance du droit à un procès équitable la non-communication de documents obtenus directement par les juges contenant des avis motivés sur le fond du litige²².

En ne mettant pas en débat dès leur réception l'ensemble des éléments de fait et de droit portés à sa connaissance lors de son examen de constitutionnalité, la procédure devant le Conseil constitutionnel ne garantit pas les principes d'égalité des armes et du contradictoire.

D. L'absence de publicité des débats lors de l'examen de la constitutionnalité des lois

Le principe de la publicité des débats est une règle d'ordre public et un principe général du droit, qui devrait être respecté devant le Conseil constitutionnel.

¹⁸ Décision n° 89-260 DC du 28 juillet 1989.

¹⁹ Nous renvoyons ici aux propos d'O. Dutheillet de Lamothe lors du conseil d'administration de l'AFDC du 13 juin 2012 et disponible sur www.droitconstitutionnel.org : « O. Dutheillet de Lamothe confirme que comme N. Lenoir, son activité de membre du Conseil constitutionnel l'a convaincu de l'utilité majeure de ces « portes étroites », les juges n'ont plus le temps de lire les mémoires et autres documents officiels, mais ces portes étroites qui ne sont pas visées officiellement, sont distribuées à tous les membres du Conseil constitutionnel et sont un moyen d'enrichissement très important de la réflexion, comme le disait déjà le doyen Vedel. Ces portes étroites nous ont beaucoup plus apporté que les mémoires. »

²⁰ Ruiz-Mateos c. Espagne, §63 ; McMichael. C. RU, §80 ; Vermeulen c. Belgique, §33 ; Lobo Machado c. Portugal, §31 ; Kress c. France, §74

²¹ Milatovà et autres c. République tchèque, §§ 63-66 ; Gaspari c. Slovénie, § 53.

²² K.S. c. Finlande, §§ 23-24.

Pourtant, si les débats suscités par les « questions prioritaires de constitutionnalité » sont publics, en vertu de l'article 23-10 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, l'examen *a priori* de la constitutionnalité des lois est encore secret.

Pourtant, une volonté de grande transparence devrait présider à ces discussions, qui intéressent l'intérêt général véhiculé par la loi.

II. Les éléments clefs d'une réforme du Conseil constitutionnel ambitieuse

Les éléments développés ci-après permettent de pallier les insuffisances du Conseil constitutionnel dégagées, à savoir, l'insuffisance de la motivation des décisions et des garanties d'indépendance et d'impartialité ainsi que le non-respect du principe du contradictoire et du principe de publicité des débats.

A. Une exigence de compétence inscrite au sein de l'ordonnance de 1958

Il peut être remédié à la motivation insuffisante des décisions du Conseil constitutionnel, dont la décision du 26 mars dernier²³ et celle relative à la loi Agriculture et alimentation²⁴ sont des exemples criants, en s'assurant de la compétence en matière juridique de l'ensemble des membres du Conseil constitutionnel.

En effet, la compétence juridique permet de garantir la qualité et la motivation des décisions rendues, comme l'a rappelé lui-même le Conseil constitutionnel lorsqu'il s'est prononcé sur des lois portant sur l'accès à la magistrature :

« dans la mesure où ni les diplômes obtenus par les candidats ni l'exercice professionnel antérieur des intéressés ne font présumer, dans tous les cas, la qualification juridique nécessaire à l'exercice des fonctions de magistrat de l'ordre judiciaire, les mesures réglementaires d'application de la loi devront prévoir des épreuves de concours de nature à permettre de vérifier les connaissances juridiques des intéressés.

*Considérant, par ailleurs, que les magistrats ainsi recrutés au premier grade seront susceptibles d'exercer les fonctions de conseiller de cour d'appel ; que, s'agissant de personnes n'ayant jamais exercé de fonctions juridictionnelles au premier degré de juridiction, le pouvoir réglementaire devra veiller à ce que soient strictement appréciées, **outre la compétence juridique des intéressés, leur aptitude à juger, afin de garantir, au second et dernier degré de juridiction, la qualité des décisions rendues, l'égalité devant la justice et le bon fonctionnement du service public de la justice** »²⁵ (soulignement ajouté)*

Aucun autre État membre du Conseil de l'Europe ne s'y est d'ailleurs trompé : tous, à l'exception partielle de la Belgique, exigent que l'intégralité des membres de leurs Cours constitutionnelles justifient de qualifications juridiques importantes. La France fait ici figure d'exception.

D'aucuns soutiennent en France que la présence de personnalités politiques au Conseil constitutionnel garantirait une grande connaissance du processus législatif. Pourtant, l'expérience

²³ Décision n° 2020-799 DC du 26 mars 2020

²⁴ Décision n° 2018-771 DC du 25 octobre 2018

²⁵ Décision n° 2001-445 DC du 19 juin 2001

politique n'est que complémentaire, mais ne doit pas se substituer à la compétence juridique, laquelle seule, permet à tous les membres du Conseil de prendre une part active à la motivation juridique des décisions.

Par ailleurs, le régime des incompatibilités applicables aux membres du Conseil empêche les professeurs de droit qui y siègeraient de continuer à exercer leur métier :

« L'exercice des fonctions de membre du Conseil constitutionnel est incompatible avec l'exercice de toute fonction publique et de toute autre activité professionnelle ou salariée. »²⁶

Là encore, le dispositif français étonne : à l'inverse, la Cour constitutionnelle allemande est une Cour de professeurs, ce qui participe de la qualité et de la motivation des décisions rendues. En France, l'expérience de la présence du doyen Vedel au Conseil constitutionnel l'a montré.

En définitive, les modifications suivantes de l'article 4 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 permettraient de garantir la compétence des membres du Conseil, et *in fine*, la motivation des décisions rendues.

Article 4

Les membres du Conseil constitutionnel doivent jouir de leurs droits civils et politiques. Ils sont choisis parmi les magistrats, même à la retraite, de l'ordre judiciaire et administratif, parmi les professeurs de droit et parmi les avocats ayant au moins vingt ans d'exercice.

Les fonctions de membre du Conseil constitutionnel sont incompatibles avec celles de membre du Gouvernement ou du Conseil économique, social et environnemental, ainsi qu'avec celles de Défenseur des droits. Elles sont également incompatibles avec l'exercice de tout mandat électoral.

Les membres du Gouvernement ou du Conseil économique, social et environnemental, le Défenseur des droits ou les titulaires d'un mandat électoral nommés au Conseil constitutionnel sont réputés avoir opté pour ces dernières fonctions s'ils n'ont pas exprimé une volonté contraire dans les huit jours suivant la publication de leur nomination.

Les membres du Conseil constitutionnel nommés à des fonctions gouvernementales ou aux fonctions de Défenseur des droits, désignés comme membres du Conseil économique, social et environnemental ou qui acquièrent un mandat électoral sont remplacés dans leurs fonctions.

L'exercice des fonctions de membre du Conseil constitutionnel est incompatible avec l'exercice de toute fonction publique et de toute autre activité professionnelle ou salariée **autre que celle de professeur de droit au sein d'un établissement d'enseignement supérieur français.**

Les membres du Conseil constitutionnel peuvent toutefois se livrer à des travaux scientifiques, littéraires ou artistiques.

Les fonctions de membre du Conseil constitutionnel sont incompatibles avec l'exercice de la profession d'avocat.

²⁶ Article 4 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.

B. Une réforme de la procédure de nomination prévue à l'article 56 de la Constitution

Comme on l'a vu, la procédure de nomination des membres du Conseil constitutionnel, éminemment politique, ne présente pas des garanties suffisantes d'impartialité objective.

Il serait donc opportun d'aligner la procédure de nomination des membres du Conseil constitutionnel sur celle qui prévaut pour la nomination des magistrats de l'ordre judiciaire et de l'ordre administratif, laquelle permet de s'assurer de l'indépendance et de l'impartialité des candidatures.

D'une part, s'agissant des magistrats de l'ordre judiciaire, l'article 65 alinéas 4 et 5 de la Constitution dispose :

« La formation du Conseil supérieur de la magistrature compétente à l'égard des magistrats du siège fait des propositions pour les nominations des magistrats du siège à la Cour de cassation, pour celles de premier président de cour d'appel et pour celles de président de tribunal de grande instance. Les autres magistrats du siège sont nommés sur son avis conforme. »

La formation du Conseil supérieur de la magistrature compétente à l'égard des magistrats du parquet donne son avis sur les nominations qui concernent les magistrats du parquet. »

Conformément à l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, les magistrats de l'ordre judiciaire (à l'exception des hauts magistrats du siège) sont nommés par décret du Président de la République sur proposition du garde des sceaux, après avis (conforme ou simple) de la formation compétente du Conseil supérieur de la magistrature.

En vertu de l'article 65 de la Constitution, chaque formation (compétente à l'égard des magistrats du siège ou du parquet) du Conseil supérieur de la magistrature est présidée par le premier président de la Cour de cassation (ou le procureur général près la Cour de cassation, le cas échéant) et comprend : cinq magistrats du siège (ou du parquet, le cas échéant), un magistrat du parquet (ou du siège, le cas échéant), un conseiller d'État désigné par le Conseil d'État, un avocat ainsi que six personnalités qualifiées qui n'appartiennent ni au Parlement, ni à l'ordre judiciaire, ni à l'ordre administratif.

D'autre part, s'agissant des magistrats de l'ordre administratif, l'article L. 233-1 du Code de justice administrative dispose que « *Les magistrats des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel sont nommés dans le corps par décret du Président de la République* ».

En vertu de l'article L. 232-1 du Code de justice administrative, ces nominations sont effectuées sur avis conforme du Conseil supérieur des tribunaux administratifs et cours administratives d'appel pour les nominations en qualité de rapporteur public et de président d'un tribunal administratif et sur proposition de ce Conseil pour les nominations au tour extérieur (c'est-à-dire pour les nominations en dehors de l'ENA et du concours direct).

En vertu de l'article L. 232-4 du Conseil supérieur des tribunaux administratifs et cours administratives d'appel, le Conseil supérieur des tribunaux administratifs et cours administratives d'appel est présidé par le vice-Président du Conseil d'État et comprend : le conseiller d'État président de la mission d'inspection des juridictions administratives, le secrétaire général du Conseil d'État, le directeur chargé au ministère de la justice des services judiciaires, un chef de juridiction et un suppléant élus par leurs pairs, cinq représentants des magistrats des tribunaux administratifs et des cours

administratives d'appel et trois personnalités choisies pour leurs compétences dans le domaine du droit.

De la même manière, afin de garantir tout autant l'impartialité des membres du Conseil, il serait opportun de prévoir une procédure de nomination sur avis conforme d'un « Conseil supérieur des juges de la Cour constitutionnelle », ou d'un « Conseil supérieur des membres du Conseil constitutionnel », si l'on persiste à vouloir éviter les termes de « Cour » et de « juge ».

Le Conseil constitutionnel ne relevant à l'évidence, ni de l'ordre judiciaire, ni de l'ordre administratif, ce Conseil supérieur pourrait comprendre pour moitié de membres du Conseil supérieur de la magistrature et pour moitié de membres du Conseil supérieur des tribunaux administratifs et cours administratives d'appel. Ce Conseil supérieur serait présidé par le Président du Conseil constitutionnel.

La qualité de membres de droit des anciens Présidents serait en outre supprimée.

L'article 56 de la Constitution pourrait à cet effet être modifié comme suit et un article 56-1 serait créé.

Article 56

Le Conseil constitutionnel comprend neuf membres, dont le mandat dure neuf ans et n'est pas renouvelable. Le Conseil constitutionnel se renouvelle par tiers tous les trois ans. Trois des membres sont nommés par le Président de la République, trois par le président de l'Assemblée nationale, trois par le président du Sénat. Tous les membres sont nommés sur **avis conforme du Conseil supérieur des membres du Conseil constitutionnel**.

Le président est nommé par le Président de la République, **sur proposition du Conseil supérieur des membres du Conseil constitutionnel**. Il a voix prépondérante en cas de partage.

Article 56-1

Le Conseil supérieur des membres du Conseil constitutionnel est présidé par le Président du Conseil constitutionnel. Il comprend, en outre, le premier président de la Cour de cassation, le procureur général près la Cour de cassation, trois des cinq magistrats du siège mentionnés au deuxième alinéa de l'article 65, trois des cinq magistrats du parquet mentionnés au troisième alinéa de l'article 65, le vice-Président du Conseil d'État, le conseiller d'État président de la mission d'inspection des juridictions administratives, le secrétaire général du Conseil d'État, un chef de juridiction administrative et un suppléant élus par leurs pairs, cinq représentants des magistrats des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel élus au scrutin proportionnel de liste par ces magistrats et trois des six personnalités qualifiées mentionnées au deuxième alinéa de l'article 65.

C. L'inscription de l'obligation de publication des contributions extérieures dès réception dans l'ordonnance de 1958

Afin de garantir le respect du principe du contradictoire, il convient d'inscrire l'obligation de publication des contributions extérieures dès réception au sein de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.

Article 18-1

Toutes les contributions extérieures adressées au Conseil constitutionnel par les personnes physiques ou morales concernées par la loi soumise à son contrôle sont mises à disposition du public dès leur réception par voie électronique.

D. L'inscription de l'impératif de publicité de toutes les audiences devant le Conseil dans l'ordonnance de 1958

Il est opportun d'inscrire le principe de la publicité des audiences relatives au contrôle *a priori* de constitutionnalité des lois au sein de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel. L'article 19 de l'ordonnance sera modifié à cet effet, en apportant des précisions permettant de s'assurer du caractère contradictoire de cette audience.

Article 19

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.

L'institution à l'origine de la saisine d'une part, à savoir, le Président de la République, le Premier ministre, le président de l'Assemblée nationale, le président du Sénat ou un représentant des soixante députés ou soixante sénateurs, et, d'autre part, le ministre concerné, ou, le cas échéant, le député ou le sénateur à l'origine de l'amendement, sont mis à même de présenter contradictoirement leurs observations. L'audience est publique, sauf dans les cas exceptionnels définis par le règlement intérieur du Conseil constitutionnel.

En définitive, pour faire du Conseil constitutionnel une Cour constitutionnelle de référence devant laquelle les principes fondamentaux du droit à un procès équitable sont garantis, il convient de réformer à la fois la Constitution et l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel. Cette réforme devrait comprendre les axes clefs suivants : d'une part, la nomination aux fonctions de membre du Conseil constitutionnel serait soumise à la démonstration de compétences juridiques et à l'avis d'un Conseil supérieur et, d'autre part, les contributions extérieures devraient être publiées dès réception et toutes les audiences devant le Conseil seraient publiques.