



**HAL**  
open science

# Fallait-il s'étonner que le Conseil constitutionnel ne censurât point le projet de loi de financement rectificative de la sécurité sociale réformant les régimes de retraites ?

Laurent Dartigues

## ► To cite this version:

Laurent Dartigues. Fallait-il s'étonner que le Conseil constitutionnel ne censurât point le projet de loi de financement rectificative de la sécurité sociale réformant les régimes de retraites?: À propos de Lauréline Fontaine, La constitution maltraitée. Anatomie du Conseil constitutionnel, Éditions Amsterdam, 2023. 2023. halshs-04368668

**HAL Id: halshs-04368668**

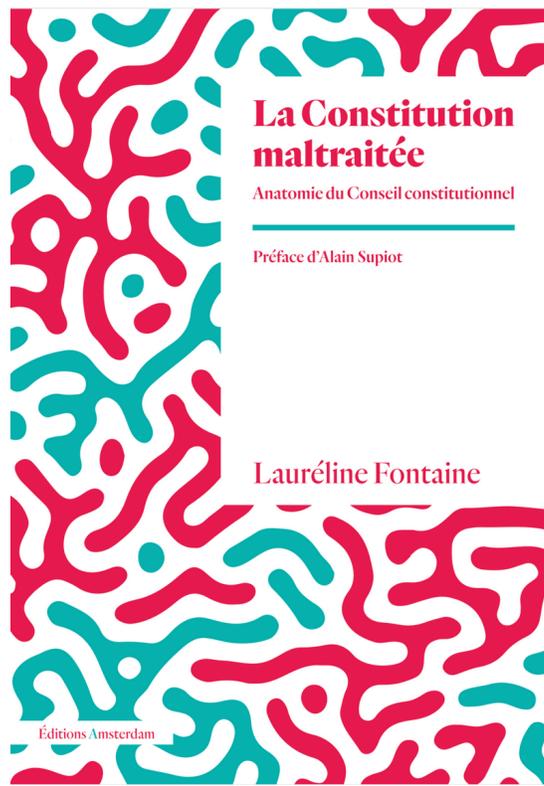
**<https://shs.hal.science/halshs-04368668>**

Submitted on 5 Jan 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.

À propos de Lauréline Fontaine, *La constitution maltraitée. Anatomie du Conseil constitutionnel*, Éditions Amsterdam, 2023.



Lauréline Fontaine est professeure de droit public et constitutionnel à la Sorbonne nouvelle. Elle a coordonné l'ouvrage *Lire les constitutions*, paru en 2019, ainsi que *Capitalisme, libéralisme et constitutionnalisme* paru en 2021 ; dirigé les ouvrages *Droit et pluralisme* (2008) et *Droit et légitimité* (2009) ; et publié en 2012 *Qu'est-ce qu'un « grand » juriste ? Essai sur les juristes et la*

*pensée juridique moderne*.

Elle anime le très riche blog [ledroitdelafontaine.fr](http://ledroitdelafontaine.fr). Il constitue une ressource analytique et documentaire dans laquelle il est vivement conseillé de se plonger. Les « Impressions de lecture » qui dessine une palette très diversifiée, de José Saramago à Hermann Melville, de Michel Foucault à Jacques Lacan, de Panaït Istrati à Nicolas Bouvier, sont en outre une invitation à voyager dans ce site.

La constitution maltraitée a paru en mars 2023, dans le contexte des attentes extra-ordinaires vis-à-vis du Conseil constitutionnel qui devait évaluer en avril la constitutionnalité d'une loi réformant les systèmes de retraites. De fait, une loi de régression sociale à l'occasion de laquelle le mensonge d'État a été porté haut. Ceci expliquant peut-être cela. Mais passons.

Je ne suis pas un spécialiste du constitutionnalisme – il faudra ainsi me pardonner les approximations dans le vocabulaire – mais l'ouvrage a clairement l'ambition que la matière traitée ne soit pas qu'une affaire de juristes et de philosophes du droit. L'objectif de Lauréline Fontaine est clairement de s'adresser au plus grand

nombre et à ce titre ce que les lecteurs et lectrices voudront bien en faire en fera un enjeu démocratique ou pas : il importe de publiciser largement les dysfonctionnements trop méconnus du Conseil constitutionnel si l'on veut espérer que le pouvoir politique réforme un jour une institution qui en l'état lui rend tant d'inestimables services. Le livre est donc écrit avec un très grand souci de clarté, sans jargon. Il est très appréciable d'apprendre tant à propos d'une institution démocratique dont la plupart d'entre nous ignorons le fonctionnement sans se sentir écraser par un savoir inaccessible au profane.

Si je dois avouer la plupart du temps mon indifférence à ce que fait le Conseil constitutionnel (désormais CC), je n'avais toutefois pas attendu 2023 pour m'intéresser à une ses décisions qui m'avait particulièrement heurté. Le CC avait acté la prééminence de la liberté d'entreprendre sur le droit social au tout début des années 2000 sous le gouvernement Jospin. En bref : Ernest oui ! Martinez non ! Ma désillusion ne date donc pas d'aujourd'hui. Néanmoins, je dois avouer que j'ai vraiment halluciné en lisant La constitution maltraitée, et sans aucune prise de champignons rigolos. Le diagnostic ne prête pas à sourire et si la critique est réjouissante, c'est uniquement parce qu'elle est accablante ; et à cet égard, il n'est pas inutile de lire le sommaire et les titres des 7 chapitres qui composent le livre.

## Sommaire

Préface d'Alain Supiot	9
Introduction	21
1. Le Conseil constitutionnel et le problème récurrent de l'impartialité	35
2. La fabrication politique de la dépendance de la justice constitutionnelle	63
3. Le loyalisme et l'opportunisme politiques du Conseil constitutionnel	97
4. Une justice au rabais La pauvreté intellectuelle du Conseil constitutionnel	131
5. Une justice à l'abri de la déontologie	167
6. ...	199

6. Une justice sous influence(s)	199
7. La désillusion sociale de la justice constitutionnelle	223
Conclusion	257
Remerciements	271

Ce sommaire laisse deviner la thèse principale soutenue par l'ouvrage : de graves anomalies juridiques, statutaires et démocratiques affectent le Conseil constitutionnel français. Il est plombé par ce que l'auteur appelle une **faiblesse constitutive** qui explique la « médiocre qualité juridique et argumentative de ses décisions » (voir l'article coécrit avec Alain Supiot dans *Droit social*, 2017, n° 9, p. 754) qui fait tache eu égard aux exigences d'un État de droit démocratique. Cette faiblesse éclaire aussi sa défaillance à assurer sa fonction de garant de la « République sociale » qui lui est dévolue selon l'article 1<sup>er</sup> de la Constitution. Au contraire, Lauréline Fontaine nous dit d'une certaine manière : le CC n'est pas ce que vous croyez, il privilégie d'abord les libertés économiques.

Les médias qui, depuis toujours, s'indignent de la possibilité pour les anciens présidents de la République de venir siéger au Conseil constitutionnel, passent donc à côté de l'essentiel. Il est vrai, critiquer le CC demeure une activité encore assez embryonnaire en général ((Outre les travaux d'Alain Supiot qui préface l'ouvrage, citons Danièle Lochak, Patrick Wachsmann, Olivier Jouanjan, Thomas Hochmann, Paul Cassia et son blog sur Médiapart, et quelques autres.)), et l'on est vite accusé d'esprit de polémique comme un des étudiants de Lauréline Fontaine a pu en faire les frais : « Touche pas à mon Sage » !

Sur la base de l'analyse juridique des documents produits par le CC depuis 1959 (décisions, comptes-rendus des délibérations, commentaires des décisions, communiqués de presse) et d'une étude comparative avec d'autres démocraties - comparaison dans le sens de l'historien Marc Bloch : il s'agit



d'abord de rendre compte des différences – Lauréline Fontaine met au jour ces anomalies constitutives « à un point tel que parfois difficilement croyable. » (*La Constitution maltraitée*, p. 31). « Difficilement croyables » en effet, mais dont il est vraisemblable que le CC n'ait pas vraiment conscience tant elles sont incorporées dans le fonctionnement même de nombre d'institutions françaises, et révélatrices de la faible culture démocratique des élites politiques françaises pourtant prompte aujourd'hui à brandir les valeurs d'une République dont on ne peut s'empêcher de penser qu'elle est décidément une République bananière ou "Canada dry" : elle a la couleur de la démocratie, le goût de la démocratie, mais ce n'est pas une démocratie.

Pour la clarté de la présentation, j'ai recomposé l'ouvrage autour de cinq anomalies. Il faut garder à l'esprit qu'elles se répondent les unes les autres : le Conseil constitutionnel est hélas une institution "logiquement" cohérente.

### **Anomalie n° 1. Naissance d'une institution ancillaire du pouvoir**

Rappelons d'abord que les missions du CC sont aussi cruciales que le contrôle de la constitutionnalité des lois ((Lois organiques bien sûr puisqu'elles se caractérisent par le fait de compléter la Constitution et lois ordinaires s'il est saisi, sous certaines conditions, à cette fin de cohérence constitutionnelle (*La constitution maltraitée*, p. 39).)) et du fonctionnement des assemblées (par le contrôle de leur règlement intérieur et par la justice de leurs élections), l'examen de la conformité des traités internationaux à l'ordre constitutionnel, la régulation de la répartition des compétences entre le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif. Ces missions ne peuvent être théoriquement exercées dans un État de droit libéral que par un organe présentant les garanties entourant habituellement toute juridiction démocratique, à savoir l'indépendance vis-à-vis des autres pouvoirs, la compétence et l'impartialité. L'acte de naissance en 1958 du CC ne le place pas vraiment sous ces bannières...

Un point de vocabulaire tout d'abord : La V<sup>e</sup> République institue en 1958 un Conseil et non une Cour constitutionnelle ou suprême ((La

protection des droits constitutionnels qui s'est répandue après la Seconde Guerre mondiale a pris essentiellement deux formes, soit le modèle de la Cour suprême, soit celui de la Cour constitutionnelle : la Cour suprême vient couronner en dernière instance ce que diverses juridictions avant elle ont délibéré en matière constitutionnelle, alors que la Cour constitutionnelle a le monopole de la décision constitutionnelle. Le contrôle de constitutionnalité a émergé dans l'histoire afin de reconstruire les démocraties abîmées par la guerre. Ce n'est bien sûr pas un système aussi "parfait" que ce qui fut imaginé et la question du contrôle des contrôleurs se pose de plus en plus, notamment en Amérique du Sud, pour éviter qu'elles ne deviennent des enclaves autoritaires)). Lauréline Fontaine le note, les mots ont un sens et ils disent bien que le si le Conseil constitutionnel français s'affiche comme une juridiction ((Voir <https://www.conseil-constitutionnel.fr/le-conseil-constitutionnel/presentation-generale.>)), il ne fut pas conçu comme tel, devant assumer une « double casquette » (*La Constitution maltraitée*, p. 47) plutôt inconfortable à concilier, à savoir celle de conseil officiel (mais aussi officieux) du gouvernement et celle de juge censé sanctionner les manquements à la Constitution, c'est-à-dire limiter l'exercice du pouvoir politique par la justice constitutionnelle.

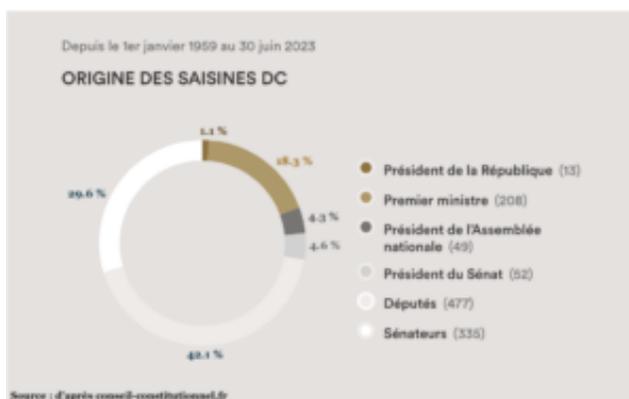
Les mauvaises langues diront qu'il n'est pas tant un Conseil qu'une maison de retraite vu l'âge de ses "résidents". À la différence notable qu'ils sont (très bien) rémunérés, plus de 16 000 euros bruts par mois, du reste de manière illégale pour une large part de leur traitement : L'exonération fiscale de la moitié de leur indemnité obtenue en 1959 est en effet anticonstitutionnelle dans la mesure où elle leur fut octroyée par le Gouvernement et non par le Parlement seul habilité à le faire ((En 2001 cette exonération fut supprimée, moyennant une augmentation de l'indemnité de 50 %. La nouvelle mesure fut à nouveau prise en toute illégalité, ces modifications furent actées par simple arrêté du ministère du Budget et non par le vote d'une loi organique.)).

En réalité, il est l'écho de l'Élysée, parfois déformé, le plus souvent fidèle. Le CC fut effectivement conçu pour protéger le pouvoir exécutif qui désirait avec la V<sup>ème</sup> République limiter le pouvoir jugé excessif du Parlement tout au long de la IV<sup>ème</sup> République ; conçu donc pour être un collaborateur du pouvoir exécutif : nulle surprise à

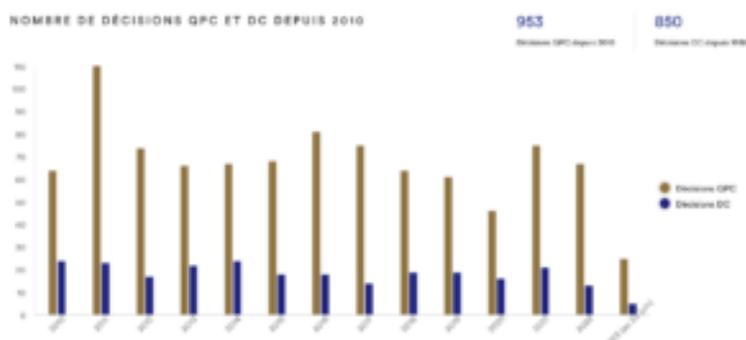
cette aune que la nomination de ses membres relève de la cooptation, du retour d'ascenseur ou de la récompense de la fidélité politique. Le CC n'est donc pas pensé comme un contre-pouvoir, mais un « tout-contre le pouvoir » (*La constitution maltraitée*, p. 66) : voilà l'anomalie originelle qui a imprimé une marque encore aujourd'hui indélébile sur une institution au certificat de naissance frelaté.

Lauréline Fontaine fait cependant cas d'évolutions a priori positives. En 1971, à propos d'une loi modifiant l'exercice de la liberté d'association, le CC va faire référence au Préambule de 1946 et donc à des droits et libertés qu'il intègre désormais dans le contrôle de constitutionnalité. En 1974, la saisine du CC est étendue à l'opposition parlementaire et en 2008 à tout justiciable via la Cour de cassation ou le Conseil d'État, sous la forme de la question prioritaire de constitutionnalité (la fameuse QPC). L'activité du CC

s'en voit profondément modifiée et d'aucuns y ont vu une révolution faisant définitivement entrer le CC dans la cour des



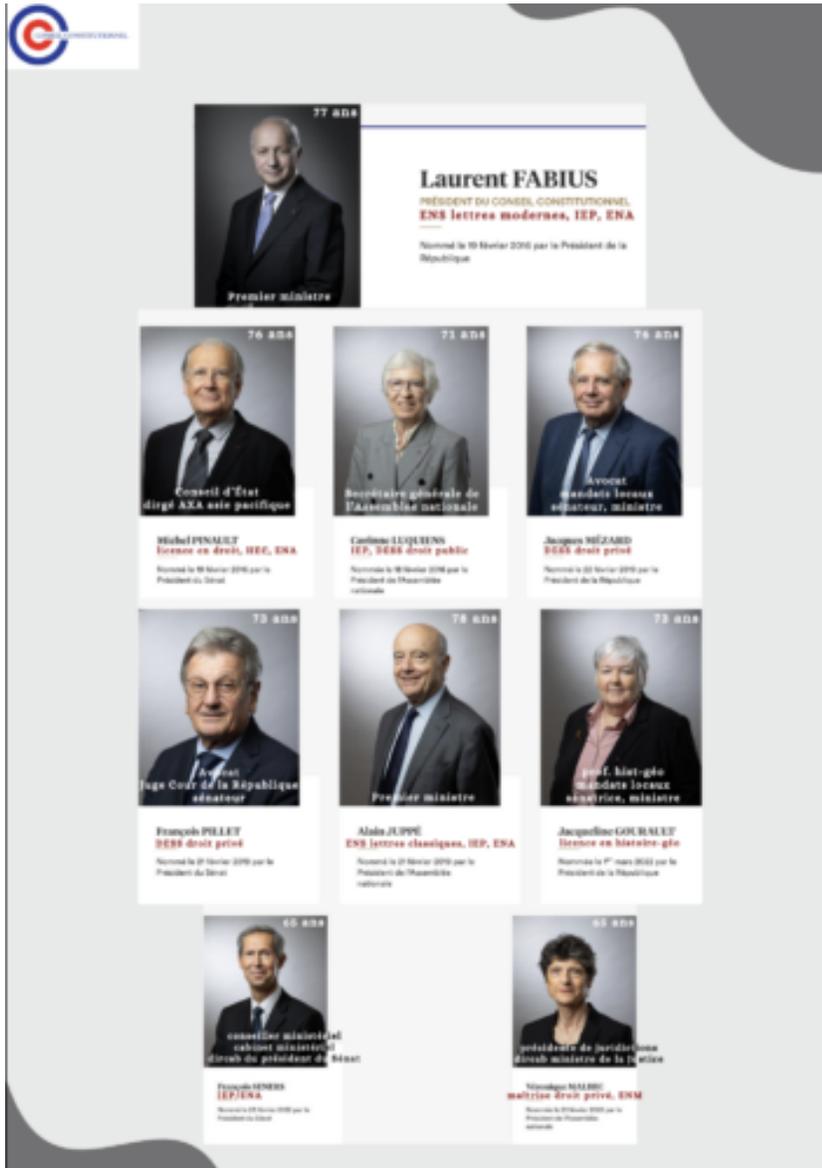
grandes Cours ! Cela change-t-il néanmoins fondamentalement la donne ? Non, affirme Lauréline Fontaine, si l'on observe l'action du CC en faveur de lois qui depuis une trentaine d'années viennent rogner, restreindre droits et libertés individuelles. Non encore et toujours, si l'on observe son action en faveur de lois d'accompagnement et d'extension du domaine de la raison néolibérale dans les politiques publiques.



## **Anomalie n° 2. Des compétences à géométrie politique pour dire le droit**

Alors que dans les Cours constitutionnelles ou suprêmes des démocraties, les membres sont des hauts magistrats ou des universitaires dont l'autorité doctrinale ne souffre contestation, le CC français privilégie ce qu'on a coutume d'appeler "les serviteurs de l'État", qu'ils soient présidents, ministres, parlementaires ou hauts-fonctionnaires attachés à divers cabinets ministériels ou parlementaires. Lauréline Fontaine stipule que, depuis 1959, seulement huit professeurs de droit ont ainsi intégré le CC, soit un peu moins de 9 % de la totalité des membres depuis sa création. Des « Sages », peut-être, mais certainement pas éclairés par une longue pratique du droit ou une œuvre doctrinale d'ampleur : « La présence des non-juristes dans les cours constitutionnelles et suprêmes du monde est une exception, et, avec la France, seuls les États-Unis et la Suisse n'ont posé aucune condition de formation et d'expérience » (La Constitution maltraitée, p. 88) dans le domaine du droit pour siéger dans leurs Cours respectives. Mais contrairement à la France, ces deux nations adoptent en pratique une approche faisant la part exclusive à des juges ayant une expérience significative dans le domaine du droit.

La composition de l'actuel Conseil constitutionnel (décembre 2023) est à ce titre édifiante. Il ne comporte aucun spécialiste de droit constitutionnel. On y retrouve en revanche deux anciens Premiers ministres sans aucune formation en droit mais aux longues carrières politiques (Laurent Fabius et Alain Juppé), une ancienne ministre disposant d'une licence en histoire-géographie (Jacqueline Gourault). Si Jacques Mézard et François Pillet ont obtenu un Diplôme d'études supérieures spécialisées (DESS) de droit, d'une part un DESS avait une finalité professionnelle tournée vers le monde de l'entreprise, d'autre part, leur parcours embrasse massivement une carrière politique. Michel Pinault pour sa part a obtenu une licence en droit et fait une carrière dans le domaine de l'assurance. Corinne Luquens (DESS de droit public) fait une carrière de haut-fonctionnaire à l'Assemblée nationale. François Séners et Véronique Malbec ont aussi un profil de hauts-fonctionnaires, la maîtrise de droit privé de la seconde lui ouvrant les portes de l'École nationale de la magistrature, puis de cabinets ministériels.



La composition du Conseil constitutionnel (novembre 2023)

Il y a pire. La route semble encore longue pour des changements qui mettraient la France dans les standards internationaux si l'on considère les propos de certains de ses membres : Jean-Louis Debré ou Jacques Barrot estimaient que le CC n'avait pas à avoir un caractère juridictionnel et qu'un juriste n'y avait donc pas sa place, au profit de conseillers connaissant la « musique du parlement » ! Le site du CC indique pourtant qu'« il est fait appel à des personnalités dont la compétence est reconnue, notamment en matière juridique »... « et politique », est-il aussitôt ajouté. Les anecdotes rapportées par Lauréline Fontaine – elles ne le sont pas tant elles font système – prouveraient que le mot en trop est celui de « juridique ».

Il ne s'agit évidemment pas pour Lauréline Fontaine de nier la

dimension politique des nominations dans la plupart des cours constitutionnelles. Peu de Cours comme en République tchèque ou en Italie offrent le soin au pouvoir judiciaire de nommer une partie de ses membres (*La Constitution maltraitée*, p. 78-79). Ce qui importe, c'est la manière dont elles font contrepoids à cette politisation par définition inévitable.

Contrepoids que ce soit via un mode de désignation des membres faisant la part belle au vote des parlements comme en Allemagne, Belgique, Suisse ou Lettonie. La France dédaigne cette procédure. Et ce n'est pas la révision constitutionnelle de 2008 obligeant les candidates et candidats choisis par les trois autorités politiques (présidence de la République, du Sénat et de l'Assemblée nationale) à passer devant des commissions parlementaires pour validation qui change la donne. Les exemples fournis par l'auteur (*La Constitution maltraitée*, p. 83 et surtout p. 84) montrent que ce droit de regard s'exerce sur le mode feutré d'une courte conversation pétrie d'égarde et de flatteries. On est très loin des auditions sénatoriales pour la Cour suprême des États-Unis et des informations sur les candidats mises à leur disposition par le FBI, les services fiscaux ou encore l'*Office of Government Ethics* (*La Constitution maltraitée*, p. 82). En outre, dans le cas français, il est nécessaire de réunir une majorité des trois cinquièmes contre la nomination et non pour celle-ci, bien plus difficile à obtenir pour invalider une candidature.

Contrepoids que ce soit via le mode de désignation du président de la Cour constitutionnelle. Que ce choix revienne au Président de la République n'est pas tout à fait une "exception culturelle" française – on la retrouve aussi aux États-Unis où les nominations sont très politisées. Force est toutefois de constater qu'elle n'est pas courante. En Italie, la présidence est tournante. Dans la plupart des pays, le président est élu par ses pairs ou bien son mandat est de plus courte durée que les 9 ans requis en France. La pratique française est d'autant plus décisive que le président du CC a pouvoir de nommer les rapporteurs et donc d'influencer indirectement les décisions bien en amont de la délibération du Conseil.

Contrepoids que ce soit via une exigence élevée en matière de compétences juridiques. La France a choisi pour sa part, on l'a vu, l'incompétence juridique ((Et qui est parfois interrogée : voir « La Bulle économique » du 9 mars 2019 sur France culture qui questionne le fait que la liberté d'entreprendre et le droit de propriété supplantent de plus en plus l'intérêt général. La

remarquable journaliste Marie Viennot le relie à l'incompétence juridique des « Sages » qui sont avant tout des politiques : « Plus on est qualifié, plus on peut être impartial, moins on est exposé aux influences diverses. C'est ce qui pêche en France, où l'on ne reconnaît ni l'incompétence juridique des membres du conseil, ni leur exposition aux représentants d'intérêts, c'est-à-dire, les lobbys. » La chronique de Marie Viennot s'appuie d'ailleurs sur l'article déjà mentionné de Lauréline Fontaine coécrit avec Alain Supiot paru dans *Droit social*. À écouter à l'adresse : <https://www.radiofrance.fr/franceculture/podcasts/la-bulle-economique/impartiaux-les-sages-du-conseil-constitutionnel-8358241>). Mais surtout, le copinage politique. Un seul exemple parmi tant d'autres : Véronique Malbec nommée en 2022 par le président de l'Assemblée nationale Richard Ferrand était la procureure générale en poste dans la juridiction des magistrats qui ont classé le dossier de l'affaire des « Mutuelles de Bretagne » dans laquelle... Richard Ferrand était mis en cause (*La Constitution maltraitée*, p. 186).

### **Anomalie n° 3. Une institution sans déontologie**

Elle découle en partie des modes de nomination des membres, Lauréline Fontaine notant que la pratique privilégiant des personnalités politiques ou des serviteurs de l'État bien évidemment « place le Conseil dans une situation structurelle de partialité [et] contribue à maintenir la justice constitutionnelle dans une situation de dépendance vis-à-vis des autorités contrôlées. » (*La Constitution maltraitée*, p. 95). Les règles classiques pour protéger les membres de la révocation ou pour limiter leur mandat ne peuvent bien sûr pas compenser cette situation : le ver est déjà dans le fruit, « l'intériorisation de la déontologie fait cruellement défaut aux membres du Conseil constitutionnel » (*La Constitution maltraitée*, p. 170) ! Pour le dire en termes sociologiques, leur habitus incorporé tout au long de leur socialisation les y prédispose, au sein d'un champ politique où l'impunité est une « valeur » banalement intégrée au vu des mélanges de genres qui y sont autorisés, de l'absence de sanctions réglementaires ou pénales, de l'allégeance politique des juridictions susceptibles de les condamner.

Il s'agit donc ici de regarder de plus près les questions de la partialité et de la dépendance du CC qui permet d'apprécier le respect de la

fonction de tiers qu'il devrait théoriquement assurer en tant que juridiction.

D'abord, il convient de noter que la pratique du déport est pour le moins minimale et du reste peu goûtée par les membres du CC.

	1959 à 1981	1982 à 2009	2010 à 2023
nombre de déports	0	moins de 20	plus de 70

Laurent Fabius (*La Constitution maltraitée*, p. 43) lors de son audition de 2016 admet ne devoir se déporter que dans le cas où il était lui-même, en tant que ministre, porteur de la loi examinée. Il refuse donc de se déporter dans le cas, par exemple, où d'autres ministres étaient à l'initiative d'une loi et la soumettaient à l'approbation du conseil des ministres auquel il pouvait appartenir. Il repousse donc aussi toute idée de déport dans le cas où il aurait voté en faveur d'une loi en tant que député. Nulle honte donc de sa part à présider le CC lors de l'examen de la loi de 2016 sur le travail, dite loi « El Khomri », qu'il avait juste auparavant avalisée en tant que n° 2 du gouvernement Valls ; ou à présider la séance validant le passe vaccinal imaginé par le cabinet Mc Kinsey alors même que son fils en est un directeur associé ((Certes, Victor Fabius est chargé du pôle « Marketing et Ventes ». C'est Karim Tadjeddine qui est responsable de l'activité « Secteur public » et fut impliqué, avec d'autres salariés de Mc Kinsey, dans la campagne de Macron en 2017.)) (*La Constitution maltraitée*, p. 55-56).

Nulle honte également pour certains à exprimer publiquement une opinion au sujet d'une loi pour ensuite participer à la décision de constitutionnalité la concernant : Ainsi Michel Charasse, opposé au principe d'indépendance des universitaires, se fera une joie de la restreindre, peu de temps après cette déclaration, dans une décision du CC suite à une QPC déposée en 2010.

Nulle honte de la part de Jacqueline Gourault, passée sans transition en 2022 du gouvernement au CC ((Lauréline Fontaine souligne que l'absence de sas temporel entre les deux fonctions constitue un vrai problème, source de conflits d'intérêt.)), d'acquiescer en tant que juge constitutionnelle à la limitation des recours en matière de permis de construire inscrite dans une loi de 2022 dont elle était en tant que ministre responsable de la circulaire d'application.

Par ailleurs, s'il rechigne à se déporter, un membre du CC ne peut être récusé au motif qu'il a participé à l'élaboration d'une disposition législative qui fait l'objet d'une QPC. Dans les cas limités de procédure où il est possible de demander une récusation, Lauréline Fontaine constate que celle-ci se voit le plus souvent refusée.

Il est vrai, alors qu'existe dans le droit pénal français une liste des causes objectives de récusation et que les Cours constitutionnelles allemande et belge ou le Tribunal constitutionnel espagnol par exemple en disposent d'une, rien de tel dans le cas français.

Il est vrai, la permissivité en matière de devoir de réserve ne cesse d'étonner. Les membres du CC sont autorisés à prendre un congé temporaire dans les cas où ils ou elles souhaitent participer à une campagne électorale : Simone Veil put ainsi se mettre en congé en 2005, quasiment deux mois, pour soutenir le « oui » au référendum sur le Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Lauréline Fontaine rappelle à ce sujet que « c'est seulement à partir de 1995 que les fonctions des conseillers deviennent incompatibles avec tout mandat électoral » (*La Constitution maltraitée*, p. 172) – on avait ainsi jusque-là vu des juges constitutionnels être en même temps président d'un conseil régional ou général. Elle informe aussi que c'est seulement à partir de 2013 que les membres du CC ne sont plus autorisés à exercer dans la fonction publique, ou à avoir une activité salariée ou professionnelle, à l'exception notamment de l'enseignement universitaire. Ce qui n'a pas empêché Laurent Fabius, malgré la règle républicaine, d'indiquer qu'il conserverait la présidence de la COP 21 et donc le bureau au Quai d'Orsay qui va avec ! Seule la polémique publique fut à même de lui faire renoncer à contrecœur ((« Je vois beaucoup de raisons de conserver ce poste et je n'en vois pas, à l'opposé, pour le quitter », déclara-t-il (cité dans *La Constitution maltraitée*, p. 173). Est-ce pour cette raison qu'il acceptât en novembre 2017 d'être pour l'ONU le Haut-Référént pour la gouvernance environnementale ?)) à cette fonction.

Faut-il dès lors s'étonner que le CC déclarât contraire à la Constitution l'extension aux juges constitutionnels des obligations déontologiques instituées pour les magistrats par la loi du 6 juillet 2016 ? Si le CC accepta en effet que les déclarations d'intérêts (activités professionnelles rémunérées, activités de consultant, participations financières directes dans le capital d'une société, participations aux organes dirigeants d'un organisme public ou d'une société privée, fonctions bénévoles) s'appliquent aux

magistrats judiciaires, il en exempta ses propres membres.

Au fond, ces divers cas attestent que l'impartialité est renvoyée non à la disposition des choses mais à la vertu républicaine par définition "innée" des « Sages de la rue de Montpensier ». Les juges constitutionnels ont beau jeu de dire que bien évidemment « ils laissent leurs opinions politiques à l'entrée et ne se laissent pas influencer par leurs autorités de nomination. » (*La Constitution maltraitée*, p. 103). Comme s'il était aisé de « se débarrasser du jour au lendemain et mécaniquement par l'octroi d'un statut ((Lauréline Fontaine ne méconnaît toutefois pas l'effet symbolique de la fonction qui conduit à en endosser les habits de la probité intellectuelle qui lui sont attachés. Jacques Toubon en tant que défenseur des droits ou Mike Pence refusant au nom de la Constitution de céder à l'injonction de Donald Trump de ne pas prononcer le verdict des Grands électeurs en faveur de Joe Biden, en seraient des exemples notoires.)), d'un mode d'être et de pensée acquis de longue date » (*La Constitution maltraitée*, p. 77). Et qui précisément leur vaut d'être les candidats désignés par les autorités politiques dans une culture rassurante de l'entre-soi.

Il ne s'agit pas que de dépendance politique. Le CC est aussi perméable à l'action des lobbies patronaux. Ils l'admettent du reste benoîtement – marque indubitable de la normalité de la pratique. Ainsi l'ancien président du CC Jean-Louis Debré n'en fit pas mystère dans ses mémoires intitulées, sans rire, *Ce que je ne pouvais pas dire* paru en 2017. Il rapporte – « par cynisme, arrogance, naïveté, bêtise ? », écrit Lauréline Fontaine – ce propos du président du MEDEF qu'il recevait : « Nous attendons beaucoup du Conseil constitutionnel. Nous n'avons pas été déçus par vos décisions précédentes.((Pour la bonne bouche, citons ce passage de la quatrième de couverture de *Ce que je ne pouvais pas dire* : « Après neuf années passées à la tête du Conseil constitutionnel, Jean-Louis Debré renoue avec la liberté de ton qu'on lui connaît. Jamais on n'a autant parlé de cette institution ni mieux compris son utilité que sous sa présidence. Dans ce livre, il évoque les dossiers qu'il a eu à traiter, les combats qu'il a menés, les dirigeants politiques qu'il a côtoyés et souvent affrontés. Esprit libre, indépendant, attaché avant tout au respect du droit et des valeurs républicaines, il a pris les positions qui lui paraissaient conformes à sa mission, sans chercher à ménager aucun pouvoir, ni

craindre d'être mis en cause, comme il l'a été par les dirigeants de l'UMP après le rejet des comptes de campagne de Nicolas Sarkozy. » (je souligne.)) » (*La Constitution maltraitée*, cité p. 218).

Cette perméabilité est d'autant plus un fait acquis que la pratique « très longtemps restée ignorée du grand public » (p. 209) dites des « portes étroites » l'entérine ((Si la publicité de quelques cas très problématiques a en quelque sorte contraint le CC à partir de 2019 à publier la liste des « portes étroites », dites « contributions extérieures » dans son jargon euphémisant, elle ne l'a toutefois pas obligé à porter à la connaissance du public leur contenu avant la divulgation de la décision constitutionnelle.

Signalons que les « notes blanches » se substituent désormais aux « portes étroites », et elles ne sont pas publiées. Le CC sait s'adapter à la publicisation de ce qu'il fait...). Elle ouvre en effet un canal par lequel essentiellement les groupes d'intérêt économique transmettent les documents à même de défendre directement leur point de vue et appréciation d'une loi. La pratique, relève Lauréline Fontaine, opère de fait largement au détriment d'autres groupes portant eux les intérêts du corps social. Ce mécanisme expliquerait-il que le CC en 2013 ait déclaré contraire à la Constitution un dispositif relevant pourtant du principe de solidarité mutualiste pour le plus grand bénéfice des assurés ? Cette décision en revanche a rassuré les assureurs... D'autant qu'une décision similaire fut prise en 2016 en présence de Michel Pinault, ancien directeur général d'AXA qui, avec d'autres compagnies, militait en faveur de la suppression de ces clauses trop favorables aux assurés.

L'introduction de la QPC offre de plus aux milieux économiques l'opportunité de revenir sur des lois qu'ils peuvent juger attentatoires au business – crime si l'en est dans la start-up nation chère au cœur du Président actuel. Lauréline Fontaine observe que les grands cabinets d'affaires s'intéressent désormais aux questions constitutionnelles. Elle informe en outre que « ce sont les entreprises qui de fait bénéficient le plus de la question prioritaire de constitutionnalité » (*La Constitution maltraitée*, p. 237). C'est ainsi que par une QPC de 2015 des cadres dirigeants d'EADS ont pu échapper à des poursuites pénales pour des délits d'initiés. Ce lobbying économique auprès du CC trouve au demeurant des alliés navigant dans les mêmes eaux que le CC. Tel le « très libéral » Club des juristes (*La Constitution maltraitée*, p. 212) dont plusieurs membres sont des habitués des portes étroites ou entretiennent des

relations avec des personnalités politiques disons “proches” du CC ou du Conseil d’État qui est imbriqué en lui à bien des égards (voir infra) : le Club est le plus gros pourvoyeur de portes étroites, comme il se doit très bien rémunérées par les entreprises, et il n’est pas inutile de préciser qu’il est présidé aujourd’hui par Nicole Belloubet qui fut... juge constitutionnelle de 2013 à 2017. Ainsi François Sureau, essentiellement présenté dans les médias comme un écrivain et avocat épris des libertés publiques et contempteurs des mesures législatives répressives (notamment en matière d’état d’urgence sanitaire ou en rapport avec le terrorisme). Il est ainsi l’auteur d’un « Tract » chez Gallimard intitulé *Sans la liberté*, a publié *Pour la liberté* qui regroupe ses plaidoiries faites devant le CC. Il n’est pas que ça, mais aussi, entre autres, ancien auditeur au Conseil d’État, passé par le groupe assurantiel UAP comme Michel Pinault – notons-le – et... l’auteur pour AXA de la contribution passée par les « portes étroites » en 2013 et dont on peut imaginer qu’elle a influencé la décision du CC en faveur des compagnies d’assurances. Ainsi Jean-Michel Darrois, avocat de Laurent Fabius et de son fils Thomas du reste condamné dans une affaire d’escroquerie. Ainsi Laurent Vallée, ancien secrétaire général du Conseil constitutionnel. Sans surprise, ce Club des juristes milite pour le maintien de la pratique des « portes étroites » et la nécessité de son caractère confidentiel.

Assurément, ces pratiques de connivence devraient faire peser constamment la suspicion sur les décisions sur CC. C’est bien le problème, une juridiction se doit de donner les apparences d’une justice impartiale. Le CC passe pourtant à travers les gouttes malgré ces « indiscretions » (*La Constitution maltraitée*, p. 107) qui auraient dû puissamment entacher le crédit des prétendus « Sages », renforcer le sentiment de défiance et conduire à casser le contrat fiduciaire censé lier la démocratie française à son CC. Sauf que ces révélations médiatisées se concentrent plus sur les personnalités que sur la faiblesse constitutive que ces indiscretions dévoilent. L’affaire Roland Dumas est ainsi restée le cas Roland Dumas. Quand bien même n’est-il pas isolé et s’inscrit dans une série qui pointe vers cette faiblesse. Toujours est-il que l’affaire mérite les lignes que lui consacre Lauréline Fontaine. En réalité, les affaires. Mais pour ma

part je n’évoquerai pas celle de la



## En 1995, des comptes de campagne validés les yeux fermés

Le Conseil constitutionnel était conscient des entorses aux règles de financement

C'est en 1995, lors de la campagne électorale de Jacques Chirac, que le Conseil constitutionnel a validé des comptes de campagne qui ne respectaient pas les règles de financement. Cette décision a été prise à l'insu de la Commission nationale de contrôle des comptes de campagne, qui avait pourtant émis des réserves sur ces comptes. Le Conseil constitutionnel a alors déclaré ces comptes validés, malgré les objections de la Commission nationale de contrôle des comptes de campagne.

## dizaines de milliers de Tweet libèrent la parole

Ces contributions anonymes ont entraîné la publication du livre de Caroline Fourest

Mais il n'est pas seulement le livre de Caroline Fourest qui a permis de révéler l'existence de ces comptes de campagne fictifs. C'est aussi l'ouvrage de Jacques Chirac, *Le Président de la République*, qui a permis de révéler l'existence de ces comptes de campagne fictifs. Le livre de Caroline Fourest, *Le Président de la République*, a permis de révéler l'existence de ces comptes de campagne fictifs.

validation des comptes de campagne de Jacques Chirac et Édouard Balladur en 1995. Je renvoie pour celle-ci à un article récent du Monde.

J'ai plutôt choisi l'affaire liée à une décision de constitutionnalité du 22 janvier 1999 par laquelle est précisée qu'il était impossible d'assigner le président de la

République devant une juridiction ordinaire. Il convient d'explicitier le contexte, celui des poursuites judiciaires (potentielles) de Jacques Chirac dans l'affaire des emplois fictifs de la ville de Paris. La décision prise par le CC a de quoi surprendre. Ce n'était en effet pas la question posée, le CC devait juste s'assurer de la « compatibilité du statut de la Cour pénale internationale avec la Constitution pour autoriser ou non sa ratification française. » (*La Constitution maltraitée*, p. 106). Cette précision ajoutée à la marge de la décision serait-il un échange de bons procédés en rapport avec la mise en examen parallèle de Roland Dumas dans l'affaire Elf ? Nul ne le sait, mais le « cas Dumas » renforce le constat que « le contrôle qu'opère le Conseil constitutionnel dépend essentiellement de considérations politiques (*La Constitution maltraitée*, p. 110).

Au bout du compte, un faisceau d'indices convergent se dessine quant à la partialité et la dépendance du CC. Lauréline Fontaine ajoute d'autres indices, issus d'études économétriques qui cherchent à mesurer le tropisme politique des décisions de constitutionnalité (DC) au regard « du ratio de censures prononcées lors d'une même session parlementaire ((Une session ordinaire réunit le Parlement d'octobre à juin, dans la limite de 120 jours de séance.)) » (*La Constitution maltraitée*, p. 108). Ces analyses montrent que les décisions de conformité à la Constitution sont plus

nombreuses dans les dix-huit mois qui suivent une élection législative ou présidentielle. Elles suggéreraient donc que, si jamais le CC aime le marteau voire la faucille, c'est uniquement parce qu'il se tient du côté du manche !

En conclusion, je citerai ce que Lauréline Fontaine écrit avec Alain Supiot toujours dans ce numéro de Droit social : « Ces questions doivent être prises d'autant plus au sérieux que l'emprise et le pouvoir créateur de la jurisprudence du Conseil constitutionnel n'ont cessé de s'étendre. Dès lors que cette jurisprudence irradie dans tout l'ordre juridique, il n'est pas sans conséquences qu'elle soit élaborée dans les conditions d'un privilège non contesté de dire le droit sans le connaître. » Les enjeux ne sont donc pas que des enjeux « de papier », les DC et QPC ont des effets dans le réel, à la fois politiques et sociaux.

#### **Anomalie n° 4. Des procédures et un processus constitutionnel au service de l'opacité**

De nombreux faits viennent abonder ce constat. Et assurément ils méritent d'être développés pour une bonne compréhension de ce qu'ils recourent.

Le CC ne s'astreint pas à motiver clairement et de manière argumentée ses décisions. C'est pourtant une exigence de transparence entérinée par la construction de l'État de droit qui proclame que l'autorité de la décision ne suffit pas en elle-même. Sinon, c'est un oukase. Quand elles ne sont pas inexistantes, les motivations du CC demeurent lapidaires, obscures, indigentes, défend Lauréline Fontaine.

Ainsi en est-il à propos d'une loi organique d'octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique. Il était prévu de mettre un terme à la pratique courante de cumuls de fonctions et métiers, consistant pour un député à poursuivre une activité de conseil pour le compte d'intérêts privés après son élection. Le citoyen aurait de quoi tomber des nues : « Avant cette proposition de loi, il était donc possible qu'un député puisse faire ça ! ». Ce qui indignerait le citoyen heureux toutefois d'apprendre qu'une loi allait mettre un terme à cette pratique laissa le CC froid : il déclara anticonstitutionnelle cette disposition de "bon sens démocratique". Il prétendit que cette disposition législative était "manifestement excessive" pour prévenir

les conflits d'intérêts des élus de la République. Lauréline Fontaine s'interroge avec Alain Supiot : « En quoi aurait-il été “manifestement excessif” d'éviter à un parlementaire la tentation d'ouvrir un cabinet de conseil quelques jours avant son entrée en fonction pour faciliter les « investissements à long terme » de riches clients intéressés au travail législatif ? » (*Droit social*, p. 758). À moins d'imaginer un complot machiavélique de longue haleine fomenté par le CC pour faire tomber en 2017 celui qui cochant cette case, à savoir François Fillon... Plus sérieusement, Lauréline Fontaine note que, souvent, le CC ne dit pas pourquoi il estime que telle ou telle disposition est contraire ou pas à la Constitution. Mais il est vrai, les comptes-rendus des délibérations désormais accessibles après un délai de 25 ans montrent que le CC passe « très peu de temps (...) à parler de la Constitution » (*La Constitution maltraitée*, p. 156). Le citoyen susnommé était tombé des nues, il est maintenant atterré.

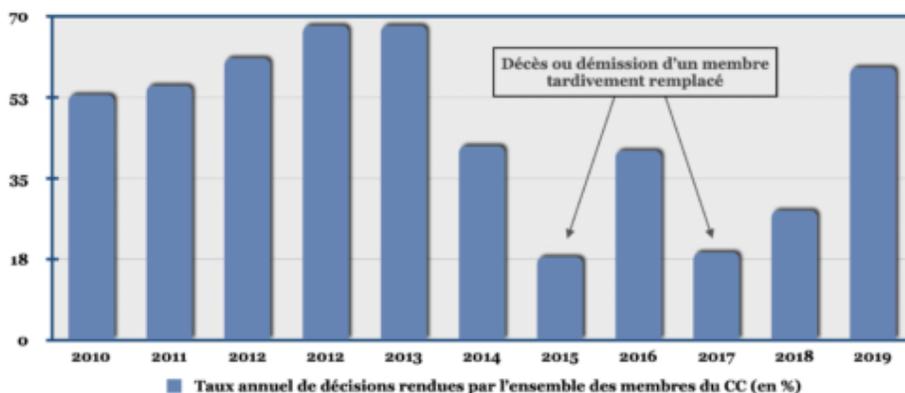
Les délibérations ne sont pas rendues publiques, les noms des juges votant pour ou contre la DC ne sont pas donnés, et « contrairement à la plupart des autres cours » (*La constitution maltraitée*, p. 107), les citoyens sont laissés dans l'ignorance du résultat du vote de la DC : est-il obtenu à l'unanimité ou à la majorité et laquelle ? En outre, les opinions dites « séparées » ne sont pas annexées à la décision. Les opinions séparées, opinions alternatives à celle de la majorité de la Cour, soit parce qu'elle propose une solution différente (opinion dissidente), soit parce qu'elle offre un fondement différent pour une solution identique (opinion concordante), sont pourtant cruciales pour saisir les interprétations concurrentes de la Constitution ((Voir par exemple Wanda Mastor, « Opinions séparées et interprétations concurrentes de la Constitution », *Revue des droits de l'Homme*, 2022, n° 21. Disponible à l'adresse suivante : <https://journals.openedition.org/revdh/13695>)).

Aucune obligation n'est faite quant à une réflexion sur les conséquences des décisions sur l'ordre social, moral ou économique comme s'y astreignent de nombreuses cours constitutionnelles.

Les comparaisons sont cruelles. Par exemple, si la décision rendue par la Cour constitutionnelle allemande sur la ratification du traité de Lisbonne s'appuie sur une réflexion approfondie de 64 000 mots relatifs aux enjeux de la ratification de ce Traité au regard des principes constitutionnels de démocratie et d'économie sociale de

marché, le Conseil constitutionnel français s'est contenté de fournir une check-list de 3 600 mots à propos des modifications constitutionnelles impliquées par la ratification ((On peut se reporter à l'émission « L'esprit de justice » du 3 mai 2023 sur France culture où Lauréline Fontaine était invitée avec Aurore Gaillet professeure de droit public et constitutionnel à l'université de Toulouse pour une comparaison avec le cas allemand. Écouter : <https://www.radiofrance.fr/franceculture/podcasts/esprit-de-justice/cours-constitutionnelles-une-comparaison-franco-allemande-8326523>)).

Sans suppléants et avec neuf membres seulement ((Le CC comporte peu de « juges », en comparaison de l'Italie (15) ou de l'Allemagne (16), avec ces 9 « Sages », la France est à rapprocher des pays baltes, du Luxembourg, de la Roumanie ou... des États-Unis.)), le CC est astreint à un quorum de sept membres pour ses délibérations afin que celles-ci s'élaborent au mieux de la diversité des points de vue présents. Il n'est pas simple à obtenir structurellement, d'autant qu'il est grevé par un fort et récent absentéisme en raison de l'augmentation des déports ou des récusations. En effet, depuis 2010, les conflits d'intérêts sont mathématiquement plus nombreux avec la montée en puissance des QPC. Si le quorum n'est pas réuni, le



CC invoque le « cas de force majeure » pour néanmoins siéger (*La Constitution maltraitée*, p. 48). Cet usage pose problème dans la mesure où il ne devrait intervenir que pour des cas exceptionnels et non dans une situation structurelle. En Allemagne, la Cour, sans le quorum, ne peut tout simplement pas se réunir. Il convient également de noter que des pays édictent des règles à propos de l'absentéisme : en Italie, un juge qui ne remplit pas sa fonction pendant 6 mois est écarté de la Cour constitutionnelle ; En Autriche,

un juge doit démissionner s'il ne répond pas à 3 convocations successives à une audience sans présenter une excuse valable.

Le CC dispose pourtant d'un règlement pour réguler par la sanction les « comportements légers ou tout à fait inacceptables » (*La Constitution maltraitée*, p. 184). La démission d'office peut même être demandée. Force est de constater que le CC n'a aucune volonté de faire respecter ce règlement.

À la décharge du CC – mais ce n'est nullement une excuse – Lauréline Fontaine signale « les conditions indignes du travail du Conseil constitutionnel » (*La Constitution maltraitée*, p. 159). Elle souligne la brièveté des délais de réponse imposés par rapport aux autres Cours ((Quand ils existent, l'Allemagne et l'Espagne n'en imposent aucun.)) – à peine trois mois pour une QPC, un mois voire dix jours à la demande du gouvernement pour un contrôle a posteriori d'une loi. Elle met surtout en avant l'absence d'assistants professionnels du droit auprès de chaque juge, d'autant plus préjudiciable que l'introduction de la QPC a fortement accru la charge de travail. Il en existe trois par juge en Italie et même quatre pour le président de la Cour italienne, cinq pour les juges états-uniens. Un corps spécial de juristes (*letrados*) recrutés sur concours parmi les avocats, universitaires, juges ou procureurs avec des minima en termes d'expérience professionnelle, assiste le Tribunal constitutionnel espagnol ((Voir <https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/Composicion-Organizacion/organizacion/Paginas/03-Organigrama-jurisdiccional.aspx>. Les organes d'appui au Tribunal comportent des secrétaires juridiques et un secrétaire général (accompagné d'un adjoint) responsable notamment des *letrados* qui se répartissent dans le service de la doctrine constitutionnelle, le service des études ou encore le service de la bibliothèque et de la documentation.)). La Cour allemande certes de plus large spectre d'action que son homologue français comporte 1500 personnes quand le CC fonctionne avec une soixantaine de personnes.

Le contrôle de constitutionnalité des lois de transposition des directives européennes est assuré à l'aune du respect du concept opaque et non défini d'identité constitutionnelle de la France. En l'état, elle est peu apte à donner un cadre conceptuel cohérent à ce contrôle. Le CC envisage en effet les textes de référence du bloc

constitutionnel (Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, Préambules de 1946 et 1958, Charte de l'environnement de 2005) « comme des couches normatives hétérogènes, comme un empilement de droits et de principes indépendants les uns des autres, voire antinomiques, qui doivent donc être conciliés et hiérarchisés ((Le 12 avril 2023 dans l'émission « Sans oser le demander » sur France culture, Arnaud Le Pillouer professeur de droit public à l'Université Paris-Nanterre, spécialiste de droit constitutionnel, abonde dans ce sens, affirmant que cela implique forcément une « opération d'interprétation » et donc toujours « un choix qui dépend des préférences axiologiques, stratégiques, de ceux qui le font ». Le même, dans un élan d'optimisme peu ancré dans la réalité des faits décrits par Laureline Fontaine, stipule aussi que « la stabilité du régime et de la majorité permet au Président de la République et à son gouvernement de faire voter les réformes législatives qu'il souhaite, de sorte que le Conseil constitutionnel est devenu le seul organe capable de s'opposer aux volontés du trio Président de la République, gouvernement, majorité parlementaire ». Écouter : <https://www.radiofrance.fr/franceculture/podcasts/sans-oser-le-demander/que-peut-le-conseil-constitutionnel-1152640>)) » (**Droit social**, p. 760). Il ne les conçoit pas comme le développement historique d'un ensemble cohérent de principes qui seraient constitutifs de cette identité constitutionnelle que subsumerait l'idée de République sociale à même de jouer le même rôle de « métaprincape » que la notion de *Sozialstaat* (État social) pour la Cour constitutionnelle fédérale allemande.

C'est ainsi que muni du concept obscur d'identité constitutionnel et d'une conception fautive du bloc constitutionnel, le CC arbitre le droit social et le droit du travail sur la base d'un « conflit des logiques » entre, d'un côté les droits d'inspiration libérale, favorables aux employeurs, et de l'autre les droits d'inspiration sociale favorables aux travailleurs. Si le concept est opaque, en revanche les résultats de l'arbitrage sont clairs...

Depuis le début des années 2000, le CC privilégie en effet les libertés économiques, telle la liberté d'entreprendre, au détriment des droits sociaux. Avec une évolution vers un durcissement que relève Lauréline Fontaine. Si en 1984, le CC avançait que le législateur était dans son droit de limiter la liberté d'entreprendre en rapport avec l'intérêt général, en 2000, le législateur peut encore la limiter mais, estime le CC, pas dans des « proportions excessives »

au regard de l'objectif constitutionnel. Et progressivement, le CC va consacrer la Déclaration de 1789 au détriment du Préambule de 1946 pour porter au pinacle la liberté d'entreprendre. Il opère par la même un vrai coup de force lourd de conséquences pour la démocratie, d'une part en étendant des droits fondamentaux à des personnes morales, d'autre part, en abdiquant les principes fondamentaux de la République sociale que sont la solidarité et la démocratie économique. Le CC ne voit ainsi aucun problème à ce qu'une compagnie impose « la fermeture d'une entreprise, quand bien même le tribunal de commerce aurait jugé sérieuse l'offre d'un repreneur. » (**Droit social**, p. 762). Par un retournement insolite, le CC autorise que la notion de responsabilité puisse être invoquée, « non pour obtenir réparation, mais au contraire pour contester toute loi imposant une certaine coresponsabilité » (**Droit social**, p. 762) aux entreprises donneuses d'ordre qui peuvent ainsi continuer à se décharger sur les sous-traitants de toute responsabilité. Sa décision du 23 mars 2017 a en effet vidé la Loi sur le devoir de vigilance des donneurs d'ordre de son arsenal de sanctions dissuasives pourtant adoptées par le Parlement au nom des droits humains et des libertés fondamentales. Le CC a fait grief au législateur du « caractère large et indéterminé de la mention des "droits humains" et des "libertés fondamentales" » (**Droit social**, p. 763) pour contraindre les entreprises. Lauréline Fontaine s'indigne : Trop larges et indéterminés s'agissant de protéger des personnes physiques, les "libertés fondamentales" ont aux yeux du Conseil constitutionnel un caractère bien assez large et déterminé lorsqu'il s'agit de les étendre à des grandes entreprises qui n'ont pas à répondre des atteintes qu'elles leur portent.

Le déroulement de la procédure en France privilégie certains acteurs, le Gouvernement et son secrétaire général, le Conseil d'État, les groupes de pression économiques. L'« endogamie » (**La Constitution maltraitée**, p. 207) avec Conseil d'État qui fournit environ 25 % des membres du CC depuis sa création n'est plus à démontrer ((Ce qui pourrait expliquer par ailleurs que les décisions du CC se montrent plutôt magnanimes à son égard.)). Depuis plus de 30 ans, ces "interlocuteurs privilégiés" sont les vecteurs des puissances du néolibéralisme qui invitent « à investir le terrain de la loi » afin que « les principes du marché fassent loi » (**La Constitution maltraitée**, p. 227). Le privilège se fait certes au grand dam de la

représentation nationale mais surtout des groupes de pression non économiques (syndicats, associations, ONG). Les décisions du CC ne cessent d'un côté de proclamer la reconnaissance constitutionnelle de la liberté individuelle ou d'association, de la gratuité du service public de l'enseignement, de l'égalité devant la loi, mais, de l'autre, nombre de décisions n'ont d'autre but que de restreindre ces mêmes libertés.

La jurisprudence constitutionnelle serait donc en « trompe-l'œil » (*La Constitution maltraitée*, p. 228), si elle laisse croire qu'il maintient une tension irrésolue entre les libertés à défendre et les conditions d'exercice de ces libertés. Lire la jurisprudence en ce sens ferait la confusion entre l'énoncé d'un droit (déclaration de principe) et sa garantie effective. La liberté d'aller et venir est un principe constamment proclamé mais la jurisprudence « covid-19 » du CC le restreint concrètement à un niveau inédit. La gratuité de l'enseignement public est un principe constamment proclamé mais la jurisprudence du CC offre la possibilité d'y déroger de façon minimale, par exemple s'agissant des droits d'inscription à l'université. Une telle lecture, très charitable vis-à-vis des décisions du CC, serait donc un peu vite oublieuse du fait, par exemple, que le CC a décidé que la lutte contre la fraude fiscale menée par Bercy pouvait exercer des abus de pouvoir ou bien constituer une atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre. Le CC en 2016 a en effet censuré la disposition de la loi de finances voulant soumettre à l'impôt les bénéfices réalisés en France par une personne morale établie hors de France (*La Constitution maltraitée*, p. 230) au motif qu'elle délègue à l'administration fiscale le soin de choisir les contribuables soumis à cet impôt ; et censuré la loi Sapin 2 obligeant les entreprises dont le chiffre d'affaires consolidé excède 750 millions d'euros à fournir certaines données économiques susceptibles d'aider Bercy dans sa lutte contre la fraude fiscale ((Selon Lauréline Fontaine, il est de notoriété "semi-publique" que le projet de taxation de la finance porté par le François Hollande est resté lettre morte en raison d'un avis officieux du CC précisant qu'il retoquerait cette législation. Source : échange avec Lauréline Fontaine, 10 novembre 2023)).

Lauréline Fontaine soutient une hypothèse qui mériterait assurément qu'elle soit creusée, affiner, contextualisée finement, pour en révéler les évolutions. Je la résumerais sous cette forme : le

CC ne peut offrir aux citoyens ce qu'ils attendent car il ne l'a pas ! Il ne peut leur offrir la justice sociale, les libertés individuelles ou l'égalité dans la mesure où il est bien plus sensible aux restrictions « manifestement disproportionnées » – le mantra du CC assurément – apportées à la libre concurrence et à la liberté d'entreprendre.

Ce qui apparaît de manière flagrante, remarque Lauréline Fontaine, si l'on s'astreint à lire les « cavaliers législatifs ». Ces articles de loi qui introduisent des dispositions qui n'ont rien à voir avec le sujet traité par le projet de loi sont en théorie prohibées, et le CC avait pris l'habitude de les censurer. Mais depuis la révision constitutionnelle de 2008, « le Conseil s'attache à vérifier si la disposition ajoutée présente bien un tel lien [direct ou même indirect] avec le projet ou la proposition de loi à l'origine de ce texte. ((Voir <https://www.conseil-constitutionnel.fr/publications/titre-vii/le-controle-des-cavaliers-legislatifs-entre-continuite-et-innovations.>))

» Que le CC censure ou pas les cavaliers législatifs, Lauréline Fontaine allègue qu'ils révèlent en creux les principes auquel il « attache une grande portée » (*La Constitution maltraitée*, p. 232).

L'autrice s'attarde sur la décision du CC d'octobre 2018 au sujet de la loi EGalim (loi pour l'équilibre des relations commerciales dans le secteur agricole et alimentaire). Le Conseil censura 23 dispositions sans aucune autre argumentation que celle qu'elles « ne présentent pas de lien, même indirect, avec celles qui figuraient dans le projet de loi déposé sur le bureau de l'Assemblée nationale » (*La Constitution maltraitée*, cité p. 236). Parmi les « cavaliers législatifs » visés figure en particulier un article autorisant le commerce entre utilisateurs non professionnels de variétés non inscrites au catalogue officiel. Ce n'est pas tant l'évaluation du lien même indirect avec le projet de loi qui était en jeu ici que l'importance, énonce Lauréline Fontaine, que cet article revêtait pour les puissants groupes semenciers soucieux de protéger l'exclusivité de leur appropriation privée des semences. Plus généralement, les « intérêts pécuniaires des entreprises ou des investisseurs bénéficient d'une plus grande protection que les intérêts des individus » (*La Constitution maltraitée*, p. 238). À ce titre, le CC serait le coucou qui occupe le nid dont il jette au dehors les œufs de la République sociale.

Peut-être plus décisif encore, Lauréline Fontaine stipule que les cours constitutionnelles étrangères font peu ou prou de même.

L'opinion publique imagine qu'elles furent créées pour protéger les droits et libertés individuelles. Or, historiquement, les constitutions, aux États-Unis, en France ou en Angleterre, avaient pour but principal de mettre à l'abri les pouvoirs économiques de l'arbitraire du pouvoir politique, hier monarchique, aujourd'hui démocratique. Ce serait une histoire certes plus « anglo-saxonne » qu'européenne, déclare Lauréline Fontaine, rappelant que la Cour suprême états-unienne entre 1905 et 1937 a « presque sans exception » (*La Constitution maltraitée*, p. 248) censuré les lois sociales. Sauf que les deux traditions se rejoignent après la Seconde Guerre mondiale autour de la « volonté néolibérale » commune de contenir l'État social par le droit. Le droit européen explicitement construit autour de la défense de la libre concurrence est à cet égard exemplaire.

### **Anomalie n° 5. Des techniques juridiques de contrôle constitutionnel témoignant de la loyauté à l'égard du pouvoir dont il est issu**

La boussole du CC dédaigne le Sud juridique mais ne perd jamais le Nord politique. Voilà ce que nous dit en substance Lauréline Fontaine, à travers quelques techniques juridiques qui sont autant d'arguties utiles au type de pouvoir que le CC entend exercer en réalité.

Faisons d'abord un sort à ce que j'appellerais volontiers la « technique-de-la-stratégie-éprouvée-toujours-payante ». Elle repose sur l'opération de qualification au cœur du travail des juges. Lauréline Fontaine la caractérise comme une opération qui souvent se ramène à choisir au préalable ce qui va être décidé pour ensuite l'habiller de ses atours juridiques afin de conforter la décision. Dans le cas du CC prédomine l'évaluation politique de la loi sur son contrôle constitutionnel rigoureux. Selon Lauréline Fontaine, ce serait par ce biais que le CC aurait pu justifier l'assignation à résidence d'un militant écologiste durant la COP 21 de 2015 sur la base de la loi sur l'état d'urgence usuellement décrété en raison d'une menace terroriste identifiée. Si l'assignation était manifestement disproportionnée et injustifiable dans les circonstances particulières de la COP 21, cela n'a pas semblé perturber le CC qui a préféré en quelque sorte donner « une valeur juridique à l'idée que tout ce qui n'est pas expressément interdit est permis. » (*La Constitution maltraitée*, p. 114). Il n'est pas interdit de

placer en résidence surveillée le militant, donc c'est permis... Il convient bien sûr de rappeler que la COP 21 avait été préparée par l'État français, se déroulait à Paris et servait bien évidemment aussi de vitrine politique et diplomatique. Le Conseil aurait-il voulu par cette décision étonnante et détonante sauver le soldat Fabius, président de la COP 21 ?

Penchons-nous ensuite sur ce que j'appellerais volontiers la « technique-de-l'improvisation-jurisprudentielle ». En mars 2020, le CC a déclaré conforme à la Constitution la loi d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19 – trompeusement d'ailleurs, il s'agissait en réalité de suspendre jusqu'au 30 juin le délai obligatoire d'un mois pour examiner une QPC. Outre qu'il n'a pas hésité à violer la Constitution en mettant ce projet de loi en délibéré un jour à peine après son dépôt par le Gouvernement ((Le CC doit constitutionnellement respecter un délai de réflexion de 15 jours au minimum avant de rendre sa décision, dans le cas seulement d'une procédure accélérée réalisée à la demande du Gouvernement, sinon le délai est plus long.)), le CC prit cette décision au motif inédit, obscur et lapidaire des circonstances particulières de l'espèce (*La Constitution maltraitée*, cité p. 117). Une improvisation, d'aucuns diront une "innovation", dénuée de toute consistance, très étrange et qui du reste ne reçut même pas l'ombre d'une explication par le CC. Mais elle n'est pas unique.

On pourrait effectivement ranger dans cette catégorie la notion de portée normative créée en 2004 dans le cadre de l'examen constitutionnel d'une loi dont il importe peu ici de connaître les contours. Il suffit de savoir qu'elle fonde le CC à censurer des articles de loi qui seraient dépourvues de ladite portée normative. Sans aucune espèce de début d'explication sur la valeur constitutionnelle de cette notion par laquelle se mesurerait l'« accessibilité », notion tout aussi obscure, de la loi. On ne saura pas plus en quoi les dispositions de cette loi de 2004 étaient dénuées de portée normative. Le CC se borna à affirmer que cette loi était contraire à l'article 6 de la Déclaration des droits de l'Homme qui stipule juste que la loi est l'expression de la volonté générale. Comprenez qui pourra les arcanes du Conseil constitutionnel !

Examinons enfin la « technique-du-choix-camouflé » qui prend appui sur la notion d'intérêt général. En en détournant son usage, puisque

l'intérêt général sert « essentiellement à valider les restrictions apportées aux droits et libertés par le législateur » (*La Constitution maltraitée*, p. 120). Notamment, il sert de justificatif aux dérogations en matière d'égalité. La formule générale de la technique est délivrée sous la forme : « Le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général ». Lauréline Fontaine fait remarquer que l'intérêt général est dégagé en particulier pour les lois associées à certaines "luttas". Le CC majore la portée de l'intérêt général et minore l'ampleur de la restriction des droits et libertés quand la lutte concerne une pandémie, le terrorisme, l'immigration clandestine, la délinquance juvénile. Dans le cadre de ces luttes, l'intérêt général vaut bien une messe aux libertés sacrifiées sur l'autel de la lutte. L'autrice observe par ailleurs que le délibéré du CC colle au plus près de la formulation du législateur qui a pris bien soin de noter que son projet de loi poursuit "comme il se doit" l'intérêt général et qu'il est "comme de bien entendu" proportionné à la gravité des risques justifiant une lutte sans faille. Ce n'est pas un juge constitutionnel qui parle mais un perroquet ! Un syndrome de psittacisme qui pousse même le CC à déclarer dans environ 10 % des décisions rendues sur une QPC « qu'il ne lui appartient pas de remettre en cause l'appréciation du législateur » (*La Constitution maltraitée*, p. 126). Autrement dit, le Conseil proclame : Je suis incapable de contrôler la loi, mais je la valide les yeux fermés parce que le législateur le vaut bien !

On ne s'imaginerait pas qu'il faille dire et répéter aux « Sages de la rue de Montpensier » que : « Dire la constitution, ce n'est pas faire de la politique, c'est dire ce que la politique peut faire ou ne pas faire » (*La Constitution maltraitée*, p. 139).

#### **Nota Bene :**

Mais quand la politique vous tient...La décision QPC du Conseil constitutionnel tombée le 28 sept 2023 suite à sa saisine par la Cour de cassation dans l'affaire F. Fillon (affaire des emplois familiaux fictifs) et à laquelle s'est du reste joint N. Sarkozy (affaire Paul Bismuth) pourrait induire un nouveau procès de Sarkozy en raison du non-respect du droit de la défense sur un point de procédure : voir <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2023/20231062QPC.htm>, décision n° 2023-1062 QPC). Je désire

juste relever que cette décision a été obtenue sans le quorum, puisque Alain Juppé, François Pillet et François Sénors se sont abstenus de siéger.