

Neuf ans de bonheur

Jean-Claude COLLIARD - Membre du Conseil constitutionnel du 3 mars 1998 au 3 mars 2007.

CAHIERS DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL N° 25 (DOSSIER : 50ÈME ANNIVERSAIRE) - AOÛT 2009

Oui, il y a une vie après le Conseil, je peux en attester pour ceux qui sont avancés dans leur mandat. Et donc, ne nous laissons pas, au moment d'évoquer quelques souvenirs, envahir par la nostalgie ; s'il est vrai que les bonheurs passés ne se retrouvent pas, il y en a d'autres !

Bien sûr, j'ai connu quelques moments de doute ; Jacques Robert, mon prédécesseur qui a montré son attachement à l'institution en décrivant la garde de la République, m'avait prévenu : « Vous verrez, c'est très désagréable d'être battu dans un vote lorsqu'on est sûr d'avoir raison ». Je n'ai pas manqué de transmettre l'avertissement à mon successeur. Et c'est vrai qu'on est malheureux... plus encore lorsque, deux ou trois jours après, un ou une collègue vient vous voir pour vous dire : « j'ai réfléchi et je crois que tu avais, ou vous aviez selon les cas (puisqu'avec Pierre Mazeaud le tutoiement est devenu obligatoire avec les hommes mais facultatif avec les dames), raison ». On éprouve alors l'envie, difficile à contenir mais il faut bien y arriver, de sauter au cou de l'intéressé(e), soit pour l'embrasser au nom de sa sincérité, soit pour l'étrangler en raison de sa tardiveté... Mais cela passe... Je n'ai pas fait le compte des votes où j'ai été battu mais dans mon souvenir je ne vois que trois cas qui me restent en travers, comme l'on dit, le devoir de réserve m'interdisant évidemment de dire lesquels. Et pour les autres, après tout, ce ne devait pas être trop grave. Trois fois en neuf ans, l'ombre est légère !

J'ai aimé beaucoup de choses dans le Conseil tel que je l'ai vu fonctionner, j'ai pu assister à certaines évolutions qui me paraissent mériter d'être poursuivies et aujourd'hui je m'interroge sur les changements que pourrait entraîner l'exception d'inconstitutionnalité, désormais inscrite dans la Constitution.

Partie I

Ce qui est d'abord attachant, c'est le côté club. Je disais le tutoiement, il montre que les relations d'amitié se développent vite entre les membres, c'est un peu différent avec les membres de droit évidemment, mais aussi avec le secrétaire général, je ne me prononcerai pas sur l'expression de dixième membre parfois employée, les experts du service juridique, toujours d'une remarquable qualité, et bien d'autres qui nous assistent, Yvette et Stella, ceci est spécialement pour vous. Et ce club a ses rituels : le déjeuner en commun lorsque la séance se prolonge l'après-midi, dans le grand salon, la tentative du président Guéna de le transférer dans la salle à manger, ce qui avait sa logique, ayant dû être abandonnée devant la réprobation générale, l'ambiance n'était plus la même. À ce déjeuner il est tacitement interdit de parler de la séance en cours et je n'ai pas le souvenir que cette règle ait été transgressée ; il était parfois suivi, lorsque l'horaire le permettait, d'un léger temps de repos pour éviter une éventuelle somnolence qui aurait pu gagner l'un ou l'autre, je n'ai pas fait exception, mais moins que dans d'autres réunions, ce qui montre, encore qu'on ne puisse évidemment les juger à cette seule aune, l'intérêt des débats.

La séance commençait traditionnellement à dix heures avant qu'une décision funeste, peu respectueuse d'un droit à la paresse qui, il est vrai, n'a pas d'ancrage constitutionnel et ne saurait être considéré comme un principe fondamental reconnu par les lois de la République, ne la fasse débiter à 9 h 30, horaire respecté avec une exactitude militaire. Elle s'ouvre par l'exposé du rapporteur, toujours un peu long, il y a tant de choses à dire, même sur un texte simple. Il se terminait tout de même, généralement, avant le petit en-cas de onze heures, proposé avec une amicale complicité par Paul puis Hervé et toujours Michel. Et là, dans ce confort feutré, apparaissait l'ordre naturel des choses et la suite des saisons : le litchee succédait au kumquat avant que celui-ci ne soit remplacé pour quelques semaines par la cerise puis le raisin. J'ai trouvé un charme particulier aux matins d'hiver, on travaille beaucoup en décembre, lorsqu'un pâle soleil, comme l'on dit, révèle les détails de la façade du Palais-Royal, du moins après son ravalement, encore fallait-il être assis du bon côté, en face de Simone ou à côté de Dominique, je me suis toujours trouvé très bien. Puis chacun intervenait, s'il le souhaitait ou si le président, prévenu d'une incertitude sur le résultat, procédait à un tour de table, avec mesure bien sûr, mais aussi avec une totale liberté de parole.

À ce propos, et pour devenir plus sérieux, je voudrais répondre à l'accusation d'absence d'indépendance qui est parfois formulée à l'encontre des membres du Conseil. À l'expérience, je la crois totalement fautive et je peux livrer mon témoignage personnel : en neuf ans, je n'ai pas reçu une seule fois un « conseil » de mon autorité de nomination, comme l'on dit, et il m'est arrivé en une occasion unique de m'entendre dire par un(e) collègue que je sondais pour savoir si mon projet de censure aurait son soutien : « il faut que je consulte » ; et encore je ne sais pas si cette consultation était d'ordre juridique, ce que je veux croire, ou d'ordre politique. À cette indépendance je vois deux raisons, outre bien sûr le

caractère.

La première, bien évidemment, est que chacun, même s'il doit essayer de s'en départir, a ses présupposés : rares sont ceux qui n'ont pas eu des attaches avec l'un ou l'autre des camps en présence dans notre vie politique nationale et donc lorsqu'un problème ouvert se pose, l'équilibre souhaitable entre deux principes constitutionnels et la question de savoir lequel peut l'emporter sur l'autre, chacun dans cette incertitude retrouve assez naturellement ses valeurs, comment pourrait-il en être autrement sans manquer à sa propre sincérité. Ceci dit, il est très rare, d'après ce que j'ai pu voir, qu'un vote se fasse « ceux nommés par la droite contre ceux nommés par la gauche », pour dire les choses un peu vite. Il y a d'autres clivages plus pertinents que je ne peux évoquer avant vingt-cinq ans, mais j'ai peur que ce soit bien tard pour moi.

La seconde raison, je n'y avais pas pensé avant d'en faire le constat, c'est que, dans ce club que j'évoquais, chacun tient naturellement à l'estime des autres : un membre qui voterait systématiquement en faveur des lois adoptées par une majorité où il a ses amis et en défaveur de celles soutenues par une majorité où il n'en a pas (amis politiques s'entend) la perdrait vite. Et donc, les lignes de partage sont beaucoup plus fluides, et fluctuantes, qu'on ne le croit généralement.

Cette harmonie a un soubresaut tous les trois ans, lorsque trois amis vous quittent sans avoir démerité, ah les pays civilisés où le mandat est à vie... On se promet de rester en contact mais la vie sépare ceux qui s'aiment, tout doucement, sans faire de bruit... La consolation vient de l'arrivée de trois nouveaux qui ne tardent pas, gagnés par l'esprit des lieux, à devenir des amis... et par l'avancée dans l'ordre protocolaire, ce qui permet d'espérer siéger, au bout de six ans, en haut de la table. Je crains qu'avec deux membres de droit ce ne soit plus possible, et ce n'est pas plus mal car être en haut de la table c'est aussi être parmi les prochains partants. La vie du Conseil n'est pas si immobile que cela.

Partie II

J'y ai connu plusieurs changements. D'abord j'ai eu le privilège assez rare de siéger sous trois présidents différents, ce qui m'a un peu consolé d'être venu trop tard pour être sous l'autorité doctrinale de Robert Badinter. Nous aurions pu parler ski au déjeuner, ayant fait ensemble quelques superbes hors-pistes dont le « vol de l'Aigle » que je ne suis pas prêt d'oublier, le parcours en est quelque peu vertigineux. Chaque président avait son style. Roland Dumas procédait volontiers à un tour de table et le prolongeait jusqu'à ce que la solution qui avait probablement sa préférence, mais il ne la révélait pas trop tôt, lui paraisse l'emporter et, à ce moment-là, il faisait procéder au vote. Yves Guéna avait le culte de l'unanimité et la recherchait chaque fois que cela lui paraissait possible, quitte à trouver lui-même les compromis rédactionnels lorsque les positions n'étaient pas par trop opposées, et le goût du beau style : combien de fois avons-nous entendu qu'il fallait dire deuxième et non second lorsqu'il y avait plus de deux arguments ! Pierre Mazeaud, lui, mettait sa fougue au service de ce qui lui paraissait être la vraie vérité juridique et malheur à la loi bavarde ou au neutron législatif : la cause de la qualité de la loi lui doit beaucoup.

Mais quelle que soit, parfois, l'intensité des débats, chacun savait, à sa manière, créer un esprit convivial entre les membres. Roland Dumas, pour la période que j'ai connue, n'en a pas eu vraiment le temps et le fait que l'affaire qui l'a conduit à démissionner avec dignité se soit conclue par un non-lieu laisse quelque peu rêveur... Yves Guéna était tout le contraire de ce que son physique austère laissait supposer ; il était en outre secondé par son épouse, Oriane, à qui je voudrais ici rendre hommage pour l'affection qu'elle nous portait, comme si nous étions quelques grands enfants de plus, turbulents mais sympathiques, de sa nombreuse nichée ; la journée champêtre de Chantérac et son succulent déjeuner marquaient la fin des vacances et le plaisir de se retrouver pour une année nouvelle. Quant à Pierre Mazeaud, il suffit de rappeler la descente de la Vallée blanche qu'il nous avait organisée avec ses vieux compagnons, guides chamoniards... et la litanie d'aiguille en aiguille des camarades qui étaient tombés là, mais nous étions consolés d'apprendre que, selon la geste des alpinistes, les choucas de haute-montagne étaient leurs âmes...

C'est peut-être cette convivialité qui a fait qu'un travail plus collectif est apparu et je crois que cette tendance doit encore se développer. Lorsque je suis arrivé, la tradition voulait que le rapporteur, désigné par le président, soit le propriétaire quasi exclusif de son dossier. Il procédait seul aux auditions du secrétariat général du Gouvernement ou des experts qu'il décidait de convoquer, les autres membres étant réduits à se faire leur propre opinion dans leur coin, comme ils le pouvaient. C'est Michel Ameller qui a fait bouger les choses en me demandant un jour s'il pouvait assister à l'une de ces réunions, il me promettait d'y être muet ce que je ne lui demandais pas mais il s'y tint, demande que j'acceptais d'autant plus volontiers qu'il y avait entre nous une vieille amitié, née du temps qu'il était secrétaire général de l'Assemblée nationale. Son exemple fut suivi et s'est généralisé, dans la dernière année que j'ai connue il n'était pas rare que quatre ou cinq membres viennent participer à ces réunions et, avec la bénédiction du rapporteur bien entendu, y interviennent. Cela va certainement dans le bon sens puisque cela permet à chacun, non seulement d'être mieux éclairé lors du débat en plénière, mais aussi d'avoir de plus solides raisons de proposer des modifications au projet de décision.

Si la séance est le jeudi, le mardi après-midi dès que le projet est distribué, et plus encore le mercredi, sont jours de conciliabules : on va, comme à confesse, l'un après l'autre dans le bureau du rapporteur pour lui suggérer une rédaction un peu différente... ou le prévenir, avec toute la délicatesse nécessaire, qu'il y a sur tel point un désaccord irréductible qui promet un beau débat de plénière.

À ce propos, je continue à trouver impensable que les parlementaires qui ont voté la loi ne viennent pas la défendre lorsqu'elle est contestée ; même si ses membres le font avec autant de talent que de loyauté, y compris pour les rares amendements adoptés contre l'avis du ministre, il est tout de même étrange que ce soit le secrétariat général du Gouvernement qui vienne défendre ce qui est réputé avoir été fait par le Parlement. Il me paraîtrait naturel que, par exemple, les rapporteurs des assemblées viennent défendre le texte sur lequel ils ont mené les débats ; on m'a objecté pendant longtemps que leur rôle se terminait avec le vote, ce n'est plus vrai puisqu'ils sont depuis quelques années chargés de suivre la mise en œuvre des décrets d'application. Et les parlementaires ne peuvent pas, lorsqu'ils sont drapés de la majesté du Constituant, demander plus au Conseil constitutionnel et refuser de le reconnaître lorsqu'ils sont législateurs ! La révision de l'été 2008, en disposant que le texte examiné en séance publique sera désormais celui réécrit par la commission, qu'il s'agisse d'un projet ou d'une proposition, va, me semble-t-il, rendre cette présence encore plus indispensable, ce qui ne veut pas dire qu'il faille écarter le secrétariat général du Gouvernement, d'autant que la subtilité juridique de ses représentants, y compris sur les causes les plus fragiles, m'a toujours paru remarquable. Je crois savoir que le président Debré a quelques idées sur la question et, s'il me permet cette outrecuidance, je ne peux que l'y encourager !

L'autre grand changement est la montée en puissance de la dimension européenne. Ce n'est pas un secret que, pendant longtemps, le Conseil, solidement campé sur sa décision IVG 1975, considérait que tout ce qui était international ou européen, sans distinguer l'un de l'autre, ne le concernait pas. Les choses ont changé et la jurisprudence s'est infléchie, notamment à partir de l'été 2004 ; les décisions distinguent désormais « les engagements internationaux et les obligations communautaires » et reconnaissent dans le droit de l'Union européenne (et en fait, par ricochet, dans celui issu de la Convention européenne des droits de l'homme) un « ordre juridique communautaire intégré à l'ordre juridique interne et distinct de l'ordre juridique international » (déc. du 19 novembre 2004 sur le traité portant Constitution pour l'Europe, cons. 11). Si nous avons eu bien des débats, cher Olivier, et je ne les oublie pas, sur d'autres sujets, celui-là ne nous a pas opposés ! L'évolution est notable, qu'il me soit permis de penser, même si j'outrepasse mon rôle d'ancien, qu'il y a matière à la poursuivre ; à mes successeurs d'en décider !

Et puisque je suis sorti de mon rôle, je vais continuer un instant : il me paraîtrait utile que le Conseil prenne l'initiative et l'habitude de rencontres régulières avec les autres juridictions constitutionnelles de l'Union, du moins les principales d'entre elles, parce qu'il est vrai qu'avec 26 ce serait difficile, et que nous avons beaucoup de choses à échanger avec, par exemple, nos collègues de la Cour allemande, italienne ou espagnole. Le réseau qui se constituerait ainsi peu à peu ne serait sans doute pas inutile pour le jour où il y aura à mener un « dialogue des juges » un peu musclé avec la Cour de Luxembourg... J'avais assisté à une première rencontre, passionnante, avec la Cour allemande, je crois savoir que le président Debré a emmené récemment son petit monde à Karlsruhe et j'espère que la formule deviendra régulière, par exemple au début du printemps où l'ordre du jour n'est pas très chargé, cela avait suscité pour Simone, Pierre ou moi quelque perplexité à notre arrivée en mars 1998 !

Il y a d'autant plus à attendre de telles rencontres que le Conseil va maintenant se trouver confronté à une nouvelle procédure, qui n'est pas dans ses gènes, et c'est bien sûr l'exception d'inconstitutionnalité, enfin introduite, dix-huit ans après la première tentative en ce sens de Robert Badinter.

Partie III

Il est vrai que l'on peut hésiter devant l'utilité de cette nouvelle procédure et qu'il ait fallu dix-huit ans pour aboutir le montre, mais le Sénat a bien fini par s'y résoudre. Je ne reviens pas ici sur le débat qui a opposé quelques-uns des plus savants de mes collègues universitaires sur les avantages, la protection des libertés, et les inconvénients, la mise en cause de la sécurité juridique, d'une exception pouvant survenir à tout moment. Il me semble que deux arguments l'emportent, qui la rendent indispensable.

– D'abord, nous nous piquons volontiers en France d'être le pays des droits de l'homme, que cela demeure, mais il deviendrait difficile de conserver cette réputation sans tache si une procédure qui participe indiscutablement à leur protection existait à peu près partout, du moins en Europe, sauf chez nous. De plus, une déclaration d'inconstitutionnalité a posteriori, parfois bien après le vote de la loi, permettra d'échapper à la lecture politique des décisions du Conseil, à peu près inévitable avec le contrôle a priori... Comme me l'a fait remarquer un jour un ancien président du Tribunal constitutionnel espagnol, il n'est pas rare qu'une décision d'inconstitutionnalité soit rendue alors que la majorité qui a fait voter la loi censurée est redevenue opposition !

– En second lieu, je me souviens des leçons d'Yves Guéna, il est tout de même étrange que le citoyen français soit mieux protégé par la Convention européenne des droits de l'homme que par sa Constitution nationale (même si, en pratique, cela n'a pas de graves conséquences puisque le corpus est assez semblable de l'une à l'autre). Et, par sa Constitution, il ne l'est pas dans un cas concret puisqu'il n'avait pas, jusqu'à cet

été, accès au Conseil constitutionnel et que devant les juridictions ordinaires, comme nous aimons à dire, il ne peut l'invoquer, sauf dans le cas qui n'est pas le plus fréquent de l'exception d'illégalité à l'encontre d'une ordonnance non ratifiée. Pour le reste, le contrôle a priori est lacunaire puisqu'il faut une saisine, parfois absente ou déconseillée (on se souvient de la verte réplique du président Mazeaud à un Garde des Sceaux qui s'y était risqué) et que donc peuvent exister des lois inconstitutionnelles : la théorie de la loi-écran fait le reste !

Pour autant, toute difficulté n'est pas réglée et il me semble que le mécanisme de filtre à instituer, il est évidemment indispensable, en est une première. Le texte voté cet été prévoit la saisine « sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation », ce qui est de bonne logique juridique mais peut poser problème pour ce qui est du rapport entre juridictions. Une Cour suprême risque d'avoir un peu de mal à dire « sur cette question il est argué que la loi est inconstitutionnelle, nous on ne sait pas et c'est à vous de le dire » : la transmission sera vraisemblablement plutôt sur le mode « effectivement il y a inconstitutionnalité et c'est pour cela qu'on vous transmet puisque c'est à vous de le dire ». Et là, de deux choses l'une : ou le Conseil confirme et il risque d'apparaître comme juge constitutionnel en second, ou il infirme et paraît alors désavouer celui qui l'a saisi. Pour aller au bout de ma pensée et dévoiler une perfidie que le cher Alain Lancelot n'aurait pas désavouée, je crains moins cette difficulté avec la Cour de cassation qu'avec le Conseil d'État, puisque c'est avec ce voisin immédiat que nos jurisprudences se croisent le plus souvent. Et ce d'autant plus que le Conseil d'État aura examiné la loi avant son vote, s'il s'agit d'un projet il est vrai, mais cela peut maintenant être également possible pour une proposition. Certes, je sais bien qu'un décret peut recevoir un avis favorable et faire ensuite l'objet d'une annulation au contentieux mais ce n'est pas l'hypothèse la plus fréquente.

De plus, une loi dont l'inconstitutionnalité n'apparaîtra pas au Conseil d'État ou à la Cour de cassation ne sera pas renvoyée au Conseil constitutionnel et, en ce cas, c'est l'une ou l'autre de ces Cours qui sera le vrai juge de constitutionnalité. Pour éviter cela, j'avais proposé aux commissions parlementaires qui ont bien voulu m'auditionner que la liste complète des exceptions soulevées soit transmise au Conseil par lesdites Cours et, qu'en plus de celles qui sont retenues, il ait la possibilité d'en attraire d'autres à son choix, à l'image de la Cour suprême américaine et de son « writ of certiorari ». Puisse le législateur organique accueillir cette idée, une rédaction habile ne serait pas incompatible avec le texte de la révision !

L'autre grande question, qui est évidemment déterminante pour une éventuelle transformation du rôle du Conseil, est de savoir l'importance quantitative que va prendre cette procédure. On peut penser a priori qu'elle sera faible : un justiciable prioritairement attaché à ses droits sera amené à soulever à la fois devant son juge l'exception d'inconventionnalité (par rapport à la Convention européenne notamment) et l'exception d'inconstitutionnalité. Et le juge, parce qu'il est habitué à la première et peut trancher lui-même, s'il l'accueille, sera conduit à le faire « sans qu'il soit besoin de se prononcer sur la question de la constitutionnalité », alors surabondante. La parenté de corpus que j'évoquais fait que l'hypothèse pourrait être fréquente et réduire à peu le nombre des exceptions d'inconstitutionnalité. Ceci dit, il y a des justiciables pervers, et aussi des requérants d'habitude, on le sait bien, qui peuvent prendre un malin plaisir à ne soulever que cette dernière.

Si l'exception est rare, le Conseil pourra y faire face sans trop de difficultés... il faudra cependant inventer une procédure plus contradictoire, sans doute publique, et il n'est pas sûr que cela puisse rester sans conséquences sur le contentieux a priori, la Cour de Strasbourg pourrait s'en mêler... Il lui faudra aussi sans doute penser à étaler sa décision dans le temps, une seconde séance pour une rédaction définitive, ce qui pourrait se faire aussi, quand le calendrier le permet, pour le contentieux traditionnel, nous avons tous fait l'expérience, quelques jours après, d'un remords rédactionnel qu'une seconde séance, sans que bien sûr le sens de la décision en soit changé, aurait permis d'éviter.

Si l'exception est fréquente, c'est tout autre chose et même si on n'atteindra pas, bien sûr et heureusement, les quelques quatre mille *Verfassungsbeschwerde* de la Cour allemande, l'organisation même du Conseil s'en trouverait bouleversée. Je n'ose rêver que chaque membre se voit adjoindre un clerk (ce serait bien utile en tout cas pour nos jeunes docteurs en mal de poste), mais il me semble que le service juridique dont la tâche est déjà considérable – les belles fêtes de Noël quand il y a le budget – devrait être sérieusement renforcé. Pourquoi pas aussi un administrateur du Sénat, un second membre des juridictions administratives ou judiciaires ou un universitaire etc... et même, mais là je franchis les dernières limites de l'impudence, deux équipes, l'une autour du secrétaire général, l'autre autour du chef du service juridique (et pas seulement, cher Régis, pour l'outre-mer).

Sitôt écrit cela, je m'arrête épouvanté, conscient d'être sorti de mon propos puisqu'il s'agissait d'évoquer quelques souvenirs. C'est à ceux qui sont là maintenant d'inventer, si besoin en est, le Conseil de demain. Puisse-t-il, mais je n'ai pas de raison d'en douter, être aussi attachant que celui que j'ai connu !