

# 1992-2001 : Souvenirs d'une femme au Conseil constitutionnel

Noëlle LENOIR - Membre du Conseil constitutionnel du 11 mars 1992 au 11 mars 2001

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

---

Je n'ai pas scrupule à le dire : les neuf années durant lesquelles, de mars 1992 à mars 2001, j'ai siégé rue de Montpensier comme juge constitutionnel furent les plus enrichissantes de ma carrière. J'ai eu le privilège d'être, à quarante-deux ans, la première femme membre du Conseil constitutionnel nommée par le président de l'Assemblée nationale fortement inspiré par le président de la République, François Mitterrand. Je venais d'achever ma mission sur le droit de la bioéthique qui m'avait conduite à remettre un rapport au gouvernement pour préparer la première loi française sur le sujet. Je m'apprêtais à retourner m'installer salle Napoléon au Conseil d'État pour y travailler mes dossiers contentieux. Ce n'est finalement pas cette partie du Palais-Royal que j'ai rejointe en 1992, mais une aile adjacente en face du ministère de la Culture.

Le jardin du Palais-Royal bordé de ses boutiques sous des arcades qu'Honoré Daumier, jeune adolescent, avait hantées lorsqu'il était commis chez l'éditeur Delaunay, est une pure merveille. La vue de ce jardin sous les fenêtres de mon bureau n'est cependant pas bien sûr le seul motif pour lequel j'ai tant apprécié le Conseil constitutionnel. Au sein des institutions de la V<sup>e</sup> République, le Conseil est une instance hors du commun et il le reste encore à ce jour. Sans être une cour à part entière à portée de tous les justiciables, il n'en est pas moins un contrepoids essentiel qui, de par son existence même, fait reculer la raison d'État. La doctrine juridique allemande définit l'État de droit comme l'auto-limitation par l'État de ses propres pouvoirs. Le Conseil constitutionnel relève de cette logique. On peut ne pas aimer certaines de ses décisions, on peut regretter que son prétoire soit si peu accessible et que ses débats demeurent entourés du plus grand secret. Mais dans un pays centralisé comme le nôtre, il représente un élément indispensable de rééquilibrage du pouvoir.

J'ai un souvenir très précis de ma première rencontre avec mes collègues sous la présidence de Robert Badinter. Je retrouvais Bruno Genevois, secrétaire général du Conseil. Il avait été mon maître en droit et m'avait toujours fait bénéficier de sa science juridique quasi universelle et de sa chaleureuse bienveillance. Nous étions tous réunis dans la salle à manger du Conseil et la conversation s'est portée sur les années ayant précédé le retour au pouvoir du Général de Gaulle en 1958. Il était question de Guy Mollet, de Maurice Bourgès-Maunoury, de Félix Gaillard et de quelques autres, socialistes et radicaux, anciens résistants, qui avaient négocié le traité de Rome. Bourgès-Maunoury l'avait fait ratifier pendant la courte durée de son Gouvernement. Le Général, en dépit de son attachement sourcilieux à la préservation de la souveraineté nationale, avait ensuite souscrit à l'idée du libre-échange qui est à la base de la création du marché commun, socle de la construction européenne. Mon collègue Maurice Faure évoquait cette période d'une manière d'autant plus vivante qu'il avait été l'un des signataires du traité de Rome, ce qui évidemment m'impressionnait.

Par le hasard des circonstances, les rapports entre les traités européens et la Constitution ont été au cœur des premières séances de travail du Conseil auxquelles j'ai participé. Quelques jours à peine après ma nomination, nous avions à nous pencher sur la question de la conformité du traité de Maastricht à la Constitution de 1958, notamment quant au respect des « conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale ». Sans surprise, l'euro et la citoyenneté européenne – deux avancées parmi les plus notables de l'Europe politique – ainsi que la nouvelle politique commune des visas, ne répondaient pas à ce critère. Il a donc fallu réviser la Constitution avant de pouvoir ratifier le traité. François Mitterrand, en réaction au « non » des Danois, avait décidé de soumettre cette ratification au vote populaire. Le référendum du 20 septembre 1992, lancé dans le prolongement de la décision du Conseil n° 92-308 DC du 9 avril sur le traité de Maastricht, fut la première opération électorale que j'ai eu l'occasion de suivre au titre du Conseil. Nous vivions un suspense au sens où le scrutin fut extrêmement serré. Les Européens ont bien failli alors ne jamais connaître la monnaie unique... Cet épisode, encore présent dans ma mémoire, n'a fait qu'accroître ma méfiance à l'égard des référendums, une procédure hasardeuse qui ouvre la voie aux attitudes démagogiques et qui est en tous les cas inadaptée aux exigences de ratification de textes aussi complexes que les traités européens.

L'Europe était ainsi déjà en débat au sein du Conseil constitutionnel, comme elle le sera pendant les neuf ans de mon mandat et comme elle l'est encore aujourd'hui, au fil des décisions prises sur la constitutionnalité des lois.

Cinquante ans après sa naissance, le Conseil est en passe de connaître un bouleversement fondamental. L'instauration, prévue par la réforme constitutionnelle en cours, d'un mécanisme d'exception d'inconstitutionnalité va métamorphoser l'institution. Bien que le nom de « Conseil »

reste apparemment inchangé – ce qui est regrettable – et bien qu'il ait été décidé de maintenir en tant que membres de droit les anciens présidents de la République, le Conseil constitutionnel deviendra une véritable cour de plein exercice. C'est une bonne nouvelle. C'est une formidable opportunité de sensibiliser les citoyens à leurs droits et à leurs devoirs, à travers les valeurs de la République qui sont l'armature de la Constitution. J'ai toujours déploré l'instabilité chronique illustrée par le rythme effréné des révisions constitutionnelles. Comment sacraliser un document si évolutif et changeant ? Il faut espérer que la mise en place d'une « question préjudicielle d'inconstitutionnalité » permettra à la jurisprudence de faire évoluer le texte vivant qu'est une Constitution sans qu'il soit besoin d'en modifier sans cesse les dispositions substantielles, les organes ou les procédures.

Même dans les strictes limites de ses compétences actuelles, le Conseil n'est pas une institution statique. Sous l'influence conjuguée de ses présidents et secrétaires généraux, tous des personnalités de premier plan (j'ai connu et apprécié trois présidents : Robert Badinter, Roland Dumas et Yves Guéna, ce dernier ayant du reste participé à la rédaction de la Constitution en 1958), le perfectionnement des méthodes de travail a été progressif, mais constant. La jurisprudence du Conseil a su de plus accompagner les mutations de la société, comme en témoigne l'émergence de principes, non expressément inscrits dans la Constitution, tels que la dignité humaine ou la sécurité juridique. Dans sa fonction de cour suprême, le Conseil, en consacrant les principes, exigences et objectifs constitutionnels, a fixé des repères.

Je m'arrêterai pour ma part sur trois évolutions, de nature très différente, vécues tout au long de ces neuf ans de mandat et qui me semblent bien traduire la dynamique de l'institution.

D'abord, l'intégration des femmes au sein du Conseil : elle s'est faite tout naturellement. Lorsque j'ai été nommée en 1992, j'étais la seule femme et je dois maintenant avouer que je ressentais la singularité de ma condition. Cela ne m'a jamais empêchée d'avoir une totale liberté de ton lors des séances plénières et d'y exprimer mon point de vue juridique d'une façon aussi déterminée – mais non toujours majoritaire – que nécessaire. Le Conseil constitutionnel est une micro-société dont les neuf membres forment un tout. La parole est entièrement libre durant la séance, les opinions et les analyses peuvent être divergentes. Mais, dès la décision prise et rendue publique, elle est celle des neuf sans restriction, ni réserve. Je reste persuadée que l'institution, comme à la Cour suprême des États-Unis, des « opinions dissidentes ou concurrentes » serait un plus. Pour autant, j'admets que le système actuel favorise entre les membres un esprit de solidarité que j'ai partagé tout en vivant ma spécificité de femme au sein d'une institution très masculine. J'ai été heureuse lorsque Simone Veil a intégré le Conseil en 1995. Comme l'a souligné Sandra O'Connor, première femme juge à la Cour suprême des États-Unis, que j'avais interviewée à Paris pour les Cahiers du Conseil constitutionnel avec sa collègue Ruth Bader-Ginsburg en juillet 1998 : « À partir de mon expérience personnelle, je peux vous assurer que les choses ont beaucoup changé lorsqu'une deuxième femme est entrée à la Cour suprême. La Cour a alors été en mesure de fonctionner avec neuf juges s'exprimant à égalité, tandis qu'auparavant elle apparaissait composée de huit juges plus une femme ». Depuis 1995, le Conseil constitutionnel compte au moins deux femmes parmi ses membres, sinon trois, alors qu'actuellement Ruth Bader-Ginsburg, juriste hors pair et grande humaniste, reste la seule et unique femme à la Cour suprême à Washington.

La deuxième évolution marquante concerne les relations du Conseil constitutionnel avec le monde extérieur. Le contrôle abstrait de la loi est violent en ce sens qu'il conduit à tuer éventuellement dans l'œuf une loi votée par la majorité parlementaire en toute conformité avec le programme politique affiché durant la campagne électorale. D'où le reproche parfois adressé au Conseil de jouer le rôle d'une troisième chambre législative.

Pour écarter ce reproche et faire mieux comprendre la portée de ses décisions, le Conseil a peu à peu mis en place une stratégie de communication. Il a été fortement incité à le faire à l'occasion de sa décision n° 93-325 DC du 13 août 1993 sur la « loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France. » Cette loi avait pour objet de mettre un coup d'arrêt à l'immigration clandestine. Le Gouvernement, estimant que les demandes d'asile étaient un des moyens privilégiés d'entrer en fraude sur le territoire français, une disposition de la loi en question prévoyait de restreindre les droits des demandeurs d'asile. La décision du Conseil a fait valoir le caractère fondamental et la valeur constitutionnelle du droit d'asile comportant selon lui l'autorisation pour le demandeur de « demeurer provisoirement sur le territoire jusqu'à ce qu'il soit statué sur sa demande ». Dès le lendemain, 14 août, alors que les membres du Conseil n'avaient absolument pas anticipé une telle réaction, Charles Pasqua, ministre de l'Intérieur, déclarait à la télévision que la décision du Conseil portait atteinte à la souveraineté nationale. Le Gouvernement déclenchait, en période de cohabitation, une révision de la Constitution pour cadrer le droit d'asile, une façon également de marquer que le dernier mot revient bien au Constituant.

Ce type d'incident ne s'est jamais reproduit. D'autres décisions, telles que celle n° 98-408 DC du 22 janvier 1999 sur le « traité portant statut de la Cour pénale internationale » précisant les contours de la responsabilité pénale du chef de l'État ou encore celle n° 99-412 DC du 15 juin 1999 sur la « Charte européenne des langues régionales ou minoritaires », qui a rappelé le principe suivant lequel « la langue de la République est le français », ont été fortement contestées. Elles ont fait couler beaucoup d'encre, parfois d'ailleurs peu sympathique. Toutefois, ce n'est pas faute pour le Conseil d'en avoir explicité le sens et la portée. Entre 1993 et maintenant, les décisions du Conseil, en même temps qu'elles étaient

transmises en effet aux autorités gouvernementales, étaient commentées à l'occasion d'une conférence de presse organisée par le secrétaire général qui remettait aux journalistes un dossier juridique technique documenté. Ces conférences de presse, qui s'adressaient il est vrai à des journalistes spécialisés en droit constitutionnel, hélas trop rares en France contrairement aux États-Unis, ont été supprimées. Demeure le fait que le dossier complet de la décision est immédiatement mis en ligne pour être accessible en temps réel sur le site internet du Conseil qui est à mon sens l'un des plus intelligibles et attractifs parmi ceux dont les Cours constitutionnelles sont dotées.

Il est indispensable que les juges, à tous les niveaux, communiquent avec la société via les médias. Le dialogue du Conseil constitutionnel avec les journalistes n'est cependant pas toujours facile, du fait du caractère abstrait et a priori du contrôle de la loi. Sans s'arrêter à la motivation – pourtant essentielle – des décisions, la presse se hâte trop souvent de mettre l'accent soit sur l'annulation d'une loi – présentée comme une victoire pour l'opposition – soit sur la déclaration de sa conformité à la Constitution – considérée, elle, comme une victoire pour la majorité. La mise en œuvre de la procédure d'exception d'inconstitutionnalité devrait permettre d'éviter une telle approche manichéenne qui n'aide pas les citoyens, loin s'en faut, à intégrer les véritables enjeux de la démocratie dans laquelle ils vivent.

Enfin et en troisième lieu, l'évolution la plus remarquable du Conseil a trait à sa jurisprudence concernant le droit communautaire. En dépit des réticences de principe de la plupart des membres du Conseil comme de leurs collègues des autres Cours constitutionnelles, je mesure combien est importante aujourd'hui l'imprégnation du droit constitutionnel par le droit européen, en particulier communautaire. Les Cours constitutionnelles en Europe ne vivent pas enfermées sous une cloche. Elles ne sont pas à l'abri du grand vent de la mondialisation et de l'internationalisation croissante du droit. L'Europe n'a certes pas toujours la cote auprès des opinions publiques des États membres, comme en témoignent les résultats de certains référendums sur les traités européens. Pour autant, l'ordre juridique des États membres fait maintenant partie intégrante de l'ordre juridique communautaire, ce qui n'était pas totalement admis en France dans les années quatre-vingt-dix.

Depuis la décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004 sur la « loi pour la confiance dans l'économie numérique », le Conseil constitutionnel a affirmé la valeur constitutionnelle de l'exigence de transposition des directives communautaires. Quand celles-ci sont « précises et inconditionnelles », le Conseil se refuse à en contrôler la constitutionnalité, sauf si elles touchent – a-t-il ultérieurement précisé – à « l'identité constitutionnelle de la France », comme la laïcité par exemple. Cette jurisprudence peut être interprétée diversement. Certains y voient le souci de protéger avant tout la supériorité de la Constitution par rapport aux traités communautaires et ce, malgré une jurisprudence contraire de la Cour de justice des Communautés européennes. D'autres estiment que le Conseil constitutionnel entend à l'inverse contribuer à assurer la primauté du droit communautaire, faisant ainsi le pont entre les principes du traité et notre Constitution nationale. Pour moi, l'essentiel est que le Conseil constitutionnel se prononce enfin sur un droit européen omniprésent, alors qu'il y a encore peu, il prétendait fermer les yeux sur le droit communautaire.

Au temps où le Conseil organisait des « séances blanches » pour échanger de manière générale sur des questions intéressant la jurisprudence ou les compétences du Conseil, j'avais remis le 27 octobre 1999 au président Yves Guéna une note dans laquelle je proposais d'admettre a minima de faire prévaloir les directives claires et précises sur la loi au nom du respect du principe *Pacta sunt servanda* et de l'article 55 de la Constitution. Cette suggestion n'avait recueilli alors aucun écho favorable au sein du Conseil. Mais la question avait au moins largement été abordée et finalement, c'est la décision du 10 juin 2004 qui a donné suite à nos discussions.

La toute récente décision n° 2008-564 DC du 19 juin 2008 sur la « loi relative aux organismes génétiquement modifiés » reprend cette jurisprudence en traduisant bien l'influence réciproque entre le droit constitutionnel et le droit communautaire. Cette décision ne rappelle pas seulement une évidence, à savoir qu'en ratifiant les traités européens, « les États ont librement choisi d'exercer en commun certaines de leurs compétences ». Cette mutualisation des souverainetés opérée par le droit communautaire, le Conseil ne pouvait en effet persister à l'ignorer. La décision sur les OGM est aussi intéressante en ce qu'elle applique un principe commun aux deux ordres juridiques, communautaire et national : le principe de précaution. Celui-ci a d'abord été introduit dans le traité de Maastricht de 1992 avant d'être importé dans le droit constitutionnel français en 2005. Ce qui était une façon de se réapproprier les principes les plus modernes du droit de l'environnement.

Dans un avenir plus ou moins proche, lorsque la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne aura force obligatoire, et que le Conseil constitutionnel aura à répondre à des questions préjudicielles d'inconstitutionnalité, on peut imaginer qu'il invoque indifféremment les principes de la Charte et les principes correspondants de la Constitution. On peut aussi raisonnablement prédire qu'avant longtemps, il sera lui-même en mesure de renvoyer une question préjudicielle à la Cour de justice des Communautés européennes.

Que de chemin parcouru depuis l'acte fondateur de la fameuse décision du 16 juillet 1971 sur la liberté d'association ! Après le deuxième acte constitué par l'instauration de la saisine parlementaire par Valéry Giscard d'Estaing en 1974 s'annonce le troisième, tout aussi fondateur, de

l'exception d'inconstitutionnalité. Malgré les craintes de certains, je ne pense pas que le Conseil y perdra son âme. Il y gagnera au contraire en proximité vis-à-vis du citoyen. Après tout le citoyen, dans les pays où règne la liberté, est celui que tous les juges constitutionnels ont à l'esprit quand ils débattent et statuent sur les cas qui leur sont soumis.

Aujourd'hui même, trente-six ans jour pour jour après la décision fondatrice du 16 juillet 1971 que je viens d'évoquer, paraît au Journal officiel de la République française, la loi organique du 15 juillet 2008 sur « les archives du Conseil constitutionnel ». Cette loi rend désormais accessibles au public les procès-verbaux des séances du Conseil à l'issue d'un délai de vingt-cinq ans (au lieu de soixante---). En 2017, commenceront donc à être consultables les documents des séances auxquelles j'ai participé et des rapports que j'ai rédigés. J'espère que les analystes qui les examineront sauront reconnaître que nos débats – souvent passionnés – étaient cependant toujours raisonnables et sincères et que les juges constitutionnels sont, en France comme dans les autres démocraties, des hommes et des femmes de bonne volonté.

Paris, le 16 juillet 2008