

Satisfaction, non sans questions...

Georges ABADIE - Membre du Conseil constitutionnel du 11 mars 1992 au 11 mars 2001.

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

Ce qui m'a le plus marqué d'abord, dans ma nomination au Conseil constitutionnel, ce fût son inattendu. Nous étions fin février 1991 quand l'Élysée chercha à me joindre pour une convocation du président de la République, François Mitterrand, en son bureau et d'urgence, sans m'en donner le motif. J'étais perplexe, imaginant le pire et ne voyant rien dans ma situation qui pouvait l'expliquer ; je venais d'être atteint par l'âge de la retraite du corps préfectoral dans lequel j'avais fait tout mon parcours administratif depuis 1946 jusqu'à la préfecture d'Aquitaine à Bordeaux, quittée fin 1986 pour quatre années au Conseil d'État en mission extraordinaire couplées les deux dernières années avec des fonctions au cabinet du ministre délégué au Budget.

Je connaissais peu le président de la République ; rares avaient été les occasions de m'entretenir avec lui : ce fut essentiellement pendant deux jours en juin 1985, quand, préfet à Clermont-Ferrand, j'étais à ses côtés pour son voyage officiel dans les quatre départements d'Auvergne ; voyage réussi selon son appréciation, notamment lors de deux séquences délicates ; puis deux ou trois fois après dans son bureau à l'Élysée sur des sujets ponctuels, sans tête-à-tête.

L'objet de ma convocation, immédiatement abordé par le président, me prit au dépourvu : il devait, me dit-il, nommer dans les prochains jours un membre du Conseil constitutionnel – j'ignorais que c'était le moment de son renouvellement triennal – et il souhaitait le choisir aussi pour sa connaissance et sa pratique approfondies des « problèmes de terrain et de la province ». Il m'interrogea sur ce sujet, sur ma culture et mon expérience juridiques et sur mon cursus professionnel qu'il me paraissait bien connaître. Il termina l'entretien en me demandant de considérer que son choix n'était pas fait et qu'il devait examiner d'autres hypothèses. Quatre jours plus tard, c'est par le communiqué de l'Élysée pour les médias que j'appris ma nomination avec celles de Marcel Rudloff par le président du Sénat et de Noëlle Lenoir par le président de l'Assemblée nationale.

Inattendue pour moi, elle l'était aussi pour d'autres ; c'était la première fois qu'entrait au Conseil constitutionnel un membre du corps préfectoral alors qu'on attendait un choix plus classique dans les milieux politique, juridictionnel ou professoral. Bien de mes collègues préfets ont été sensibles à cette innovation.

Me voici donc entré dans cette « institution juridictionnelle » voulue et considérée comme essentielle au pays, avec tout d'abord deux satisfactions et une interrogation : le sentiment d'avoir devant moi neuf années de disponibilité et de sérénité, sans perspective de « carrière » à faire et de pouvoir m'y consacrer entièrement ; puis le confort sécurisant d'une collégialité avec huit homologues, solidaires et partageant une même éthique et une même discipline intellectuelle dans la diversité de leurs apports ; et aussi, l'interrogation, faite à soi-même et à l'institution, sur la meilleure façon d'œuvrer à « l'État de droit ».

La mission dont j'ai été chargé maintenant achevée, je peux porter témoignage de la façon dont je l'ai ressentie, en tentant de répondre, à travers le vécu et l'espéré, à mon interrogation de fond : avons-nous fait avancer « l'État de droit » ? Le Conseil constitutionnel a de multiples attributions au regard du respect de la Constitution, des mécanismes du « pouvoir d'État », des opérations électorales principales etc... Je focaliserai mon témoignage sur le cœur de sa fonction, le contrôle de la constitutionnalité des lois, qui retient l'essentiel de sa réflexion, de son travail et de ses décisions ; je confronterai mes interrogations à trois exigences fondamentales : l'indépendance, la collégialité et la sécurité juridique.

Il n'est pas suffisant que le juge (au sens générique du mot) ressente en son for intérieur son indépendance. Il est aussi souhaitable qu'elle soit reconnue. Les nominations au Conseil constitutionnel par des politiques (ou des politiques d'origine) fussent-ils les trois plus hautes autorités de l'État, peuvent faire douter d'une indépendance réelle. Pourtant je peux attester que je n'ai jamais reçu le moindre message explicite ou implicite laissant à penser que tel ou tel sujet venant ou pouvant venir devant le Conseil retenait l'attention ou suscitait certaines préférences dans leur solution, de mon désignateur, du Gouvernement ou de tel ou tel aéroport politique ; les témoignages de mes collègues étaient unanimement les mêmes que l'on soit dans une situation de coïncidence entre majorité présidentielle et majorité parlementaire, ou en situation de cohabitation. Une sorte de barrière psychologique s'installe entre le désignateur et le désigné : le « devoir d'ingratitude » comme l'appelait G. Vedel, et que je dénommerais plutôt «devoir d'amnésie» pour englober aussi l'effacement du poids ou des présupposés pouvant

résulter de nos antécédents professionnels.

Les exemples des Cours constitutionnelles étrangères où se pratiquent d'autres types de désignation sont-ils plus efficaces ? À la Cour suprême américaine, quelle indépendance de jugement pour ceux qui doivent exposer publiquement leurs pré-conceptions personnelles ? Dans les pays s'ouvrant à une co-intervention de leurs chambres législatives, ne glisse-t-on pas vers une co-répartition entre formations politiques ? Et là où interviennent aussi les présidents des Cours suprêmes des autres ordres judiciaires, n'y a-t-il pas confusion dans la hiérarchie des normes, ou la séparation des pouvoirs ? Le meilleur choix n'est-il pas celui du plus faible inconvénient ?

Le type de procédure dans l'instruction des affaires n'est pas non plus neutre au regard de l'indépendance. En France, il contribue par exemple à ce que le rapporteur, chargé par le président de préparer l'information et les éléments de décision pour l'assemblée plénière du Conseil, soit le moins possible exposé à l'afflux vers lui des intérêts particuliers pouvant être concernés par le texte en cause : son nom n'est ni annoncé en début d'instruction ni mentionné dans la décision ; sauf exceptions, il n'y a pas permanence ni préférence, pour l'attribution des rapports, entre tel type d'affaire et tel ou tel rapporteur, afin d'éviter des spécialisations connues ; et le rapporteur choisit à sa guise ses contacts informatifs extérieurs. De même, la décision prise n'est définie que par la seule mention de conformité ou de non-conformité pour l'ensemble du texte ou en ses diverses parties, sans qu'il soit fait état si c'est à l'unanimité ou à la majorité que le vote a été acquis ; l'expression extérieure d'opinions dissidentes n'est pas admise, et l'abstention dans les votes bien qu'elle ne puisse être connue est rare.

À ces précautions il est parfois fait le reproche d'être responsables d'une insuffisance de transparence dans le processus de la prise de décision, et d'un appauvrissement des sources qui, après, alimentent les débats, juridiques ou autres, entre spécialistes ou politiques, utiles aux avancées de la réflexion et de la doctrine. Il y a ainsi toujours à choisir entre avantages et inconvénients à l'égard de l'objectif essentiel ; ici c'est l'indépendance, et la collégialité y concourt aussi.

La collégialité est co-substantielle à la nature du Conseil. Elle répond d'abord à la même exigence que celle instituée pour les juridictions (dans leurs formations principales) de mieux assurer l'équité et l'objectivité ; en outre, elle se trouve renforcée au Conseil par la spécificité constitutionnelle et par nos pratiques. Jouer collectif est incontournable quand on est seulement neuf, diversifiés entre origines, formations, sensibilités et expériences très différentes, et qu'on doit aboutir ensemble et pour la durée, à une homogénéité et à une continuité de décisions qui fonderont une jurisprudence solide et apte aussi à intégrer les évolutions sociétales.

Déjà en entrant en fonctions, ce sentiment de responsabilité collective est ressenti quand chacun, devant le président de la République prête le serment de garder le secret des délibérations et des votes et de ne pas s'exprimer publiquement sur les questions de la compétence du Conseil.

Puis on constate dans l'organisation des services du Conseil que n'est pas individuel, mais commun à tous, l'appui juridique dont chaque conseiller a besoin pour étayer sa réflexion et construire sa détermination sur les affaires à traiter, qu'il en soit ou non le rapporteur. Certaines Cours étrangères organisent pour chaque membre un assistantat personnel ; chez nous, c'est une petite équipe de trois à quatre juristes éminents qui, sous l'autorité du secrétaire général, assure pour tous cette tâche essentielle. De plus, les locaux qui lui sont affectés sont au même étage que les huit bureaux des membres, rendant ainsi aisés entre nous les allers-et-venues, les rencontres informelles, les entretiens impromptus chez les uns ou les autres, notamment quand un déferé délicat est dans le souci de chacun. Ainsi peut se construire utilement une approche déjà collective en début d'instruction et dégager tôt les axes de convergence et de divergence.

L'élaboration de la décision en sera facilitée en séance, sur la base écrite du texte proposé par le rapporteur, puis minutieusement repris la plume à la main, paragraphe par paragraphe, avec les apports de chacun. La décision est ainsi l'œuvre de tous quelque soit le vote libre de chacun sur l'ensemble ou considérant par considérant ; c'est sa force et son « aura » de référence et d'autorité.

Mais, s'il y a collégialité interne au Conseil pour asseoir la décision, y a-t-il véritablement « procès collectif équitable » avec les autres parties concernées, les auteurs du déferé, les défenseurs de la loi votée ? La procédure ne prévoit pas de débat oral mais seulement des échanges d'arguments écrits, ceux des déferents et ceux du secrétariat général du Gouvernement qui défend le texte attaqué, et non pas ceux du Parlement auteur de la loi ; par ailleurs, s'il n'y a pas contestation du texte voté mais, par exemple, une saisine du président de la République, sans grief et pour un simple contrôle de conformité à la Constitution, est-on dans un type habituel de « procès équitable » ? Certes la procédure uniquement écrite qui s'appliquait aussi aux litiges électoraux est en voie d'admettre des présentations orales d'arguments, mais pourrait-on avoir deux types de procédure par différenciation entre contrôles in abstracto des lois et contrôles in concreto pour le contentieux électoral ? Le débat est ouvert.

La troisième exigence du contrôle du Conseil constitutionnel est d'aboutir à la plus grande sécurité juridique possible. Ses décisions sont

certaines fondées par des raisonnements rigoureux aboutissant à des conclusions simples : conformité, conformité avec réserves d'interprétation, non-conformité. Certes aussi ces décisions, sans recours possible, « s'imposent à toutes les autorités administratives et juridictionnelles ». Néanmoins la sécurité juridique implique aussi une définition claire et stable du périmètre constitutionnel dans lequel la compétence du Conseil est circonscrite et suppose l'effectivité du recours à son intervention.

Le périmètre constitutionnel de référence, étroit à l'origine quand il était seulement celui des 89 articles de 1958, a été étendu en 1971, par le fait du Conseil lui-même qui l'a puisé légitimement dans le Préambule de la Constitution, à la Déclaration des droits de l'homme de 1789, au Préambule de la Constitution de 1946, aux « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » qu'il consacre. C'est sur ce « bloc de constitutionnalité » que la jurisprudence du Conseil a pu s'affermir et se développer au regard des évolutions et des nouveautés de situations, notamment par la formulation de principes constitutionnels spécifiques à ces situations ou par des dérivés de formulations générales des textes du bloc de constitutionnalité ; ainsi, par exemple, une nouvelle norme de référence « la dignité de la personne humaine » a pu émerger de la simple évocation, dans le Préambule de 1946, « des régimes qui pendant la guerre ont tenté de dégrader la personne humaine ».

Mais bien moins certaine, pour l'instant encore, est la limite séparative entre périmètre constitutionnel national et périmètre européen après que la Cour de justice européenne en 1964 eût affirmé « la primauté du droit communautaire sur les droits nationaux y compris constitutionnels ». Certains pays européens se sont alignés, d'autres ont pu paraître l'ignorer, certains en ont limité la portée ; notre Conseil depuis 1975 considérait qu'il y avait deux ordres juridiques différents, l'un interne, l'autre externe. Pour ma part, je souhaitais que soit levée l'ambiguïté, peut-être en s'inspirant de la position allemande à propos de laquelle, avec le président Roland Dumas, nous étions allés dialoguer à la Cour constitutionnelle de Karlsruhe en 1998 et qui s'analysait ainsi : le droit européen s'applique pour autant (soi-disant, titre de sa décision de 1974) qu'il ne contrevient pas aux droits et principes fondamentaux exprimés par les articles 1 à 20 de la Constitution allemande. C'est dans ce même sens que sont intervenues à partir de 2004 des décisions de notre Conseil que la dernière (27/07/2005) synthétise : une obligation juridique européenne « ne saurait aller à l'encontre d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France ». L'avenir montrera si c'est suffisant pour la sécurité juridique au regard de l'Europe.

Quant à l'effectivité du recours possible au Conseil constitutionnel, elle a été définie par le constituant d'une manière restrictive : si les lois organiques (et aussi les règlements des assemblées) ne peuvent être promulgués qu'après déclaration par le Conseil de leur conformité, le contrôle des lois ordinaires n'intervient que si elles lui sont déférées par le président de la République, le Premier ministre, les présidents des deux assemblées ou 60 députés ou 60 sénateurs. Dans la pratique, le déferé par les parlementaires intervient surtout pour des textes sur lesquels majorité et opposition se sont affrontées, rarement pour une raison de simple incertitude constitutionnelle. De plus, le court délai imparti au Conseil pour juger limite en fait le contrôle aux griefs allégués par les saisissants et aux inconstitutionnalités flagrantes.

Ainsi peuvent être mises en application des lois potentiellement inconstitutionnelles ; de plus, pour les lois intervenues avant 1971, leur contrôle n'a pu être exercé qu'à l'égard des articles de la Constitution de 1958 stricto sensu et non au regard du bloc de constitutionnalité. Seul le Constituant peut y remédier. Parmi les palliatifs imaginables, il y aurait celui du transfert du contrôle non effectué in abstracto sur un contrôle à créer in concreto, lorsqu'un litige devant une juridiction est arrivé à un point où on allègue l'inconstitutionnalité du texte opposable : c'est « l'exception d'inconstitutionnalité » mais qui n'est pas ainsi ouverte en France ; elle avait été avancée en 1989 sans aboutir et pose des questions pratiques et théoriques : un 4^e niveau de juridiction ? Coexistence d'un contrôle in concreto et d'un contrôle in abstracto, lui de nature institutionnelle ? Pour l'avenir, commencer par rendre automatique le contrôle in abstracto des lois votées ?

La sécurité juridique est une exigence pas toujours facile à établir ; nous l'avons ressentie souvent.

Pour clore ce témoignage, j'évoquerai deux implications plus spécifiques et personnelles dont je garde le souvenir fort : le contrôle des lois de finances et ma participation aux relations extérieures du Conseil.

J'ai évoqué ci-dessus la règle habituelle que les lois déférées n'étaient pas, du fait de leur objet, automatiquement ou préférentiellement dévolues au même rapporteur. Mais il y avait une exception, les lois de finances, et à partir de 1994 les présidents successifs me désignèrent pour les assumer ; c'est-à-dire la loi de l'année à venir (l'essentiel), les lois modificatives, et la loi de règlement ; cette continuité pluriannuelle du contrôle est logique du fait des rapports étroits entre lois successives et du fait de leur complexité qui exige des techniques et normes d'analyse homogènes d'une année à l'autre.

J'y pris beaucoup d'intérêt et y consacrai chaque année un grand nombre de semaines presque à plein temps : par exemple, le projet de loi budgétaire devait être étudié dès son dépôt à l'Assemblée nationale en été, puis d'octobre à décembre suivi au travers des débats parlementaires et de l'entrelacs des amendements et des lectures successives, de façon à avoir déjà été décortiqué lorsque autour du 15

décembre, son texte définitivement voté, les décrets sont déposés au Conseil. Dès lors il ne reste qu'une dizaine de jours pour en assurer avec notre service juridique l'instruction, pour recueillir les avis du Gouvernement et mettre au point le projet de décision pour le vote de l'assemblée plénière du Conseil vers le 26-28 décembre, de façon à permettre la parution au Journal officiel de la loi et de la décision de constitutionnalité le 31 décembre.

Des enseignements que j'en tirais, je notais l'utilité qu'il y aurait pour le législateur, de s'affranchir du morcellement annuel pour la partie dynamique du budget, les investissements, et de la projeter en politiques longues : ce qui fut fait avec l'intervention de la loi organique relative aux lois de finances (la LOLF), depuis 2001. Utilité aussi pour des textes longs et complexes d'éviter des « scories » inconstitutionnelles dès leur élaboration ministérielle ; après mon départ du Conseil, le ministère des Finances me demanda d'organiser à Bercy une telle veille constitutionnelle préalable.

Les relations extérieures du Conseil furent développées, notamment par Robert Badinter, d'abord à partir de deux associations, celle des Cours constitutionnelles des pays du Conseil de l'Europe et celle des Cours des pays francophones, s'appuyant sur un service spécifique créé à notre secrétariat général. Puis l'aisance de Roland Dumas dans les « Affaires étrangères » fit se multiplier les visites de nos homologues à Paris et nos voyages à l'extérieur ; Yves Guéna en maintint le rythme et l'intérêt.

Parmi les Cours reçues à Paris, nous primes la mesure de nos différences avec la Cour suprême américaine, avec la section constitutionnelle de la Chambre des Lords, et avec celle de l'Assemblée nationale populaire chinoise ; la mesure aussi de nos plus grandes similitudes avec les deux juridictions européennes de Luxembourg et de Strasbourg, et avec de très nombreuses Cours d'Afrique, d'Europe ou de pays d'ancienne influence russe ; il y eut, rue de Montpensier, certaines visites et exposés atypiques comme ceux d'un chef d'État d'Amérique latine.

Lors de nos voyages extérieurs, nous allions en général en délégation de deux ou trois pour des réunions soit limitées à des travaux bilatéraux soit concernant jusqu'à trente ou quarante pays quand il s'agissait des deux associations. Parmi ceux où j'eus à m'impliquer plus personnellement je citerai : celui de Beyrouth où je remplaçais le président de l'association francophone quand nous fûmes confrontés dans le Sud Liban à un face-à-face tendu Israël-Hesbollah ; celui de Brno animé par de vifs différents juridiques ; ceux de Budapest, Libreville, Varsovie... d'autres aussi,

studieux et conviviaux ; mon long séjour, seul, à Bamako pour aider la jeune Cour malienne à parfaire son organisation et sa jurisprudence ; et aussi le voyage de travail en Nouvelle-Calédonie, avec Pierre Mazeaud et Alain Lancelot pour la mise en œuvre des particularités constitutionnelles de ce TOM.

Ainsi cette collégialité institutionnelle s'est avérée être une communauté de vie, de travail, de quotidienneté, forgée par une sorte d'alchimie particulière tenant à sa place dans l'État, au nombre limité de ses acteurs essentiels, dix avec l'indispensable secrétaire général, à une confraternité rare dans les attitudes relationnelles, et avec une seule contrainte celle du Droit et de l'État.

Cela aura été pour moi une séquence exceptionnelle de mon existence, dense intellectuellement, riche affectivement, et ressentie, j'espère, utile.

Le 30 avril 2008