

L'ACTU CONSTIT' DE FÉVRIER 2025

Prise de position
Par Damien Pierrot-Privler



« La nomination de Richard Ferrand à la présidence du Conseil constitutionnel contribue à la dépréciation de notre discipline »

Damien PIERROT-PRIVLER

Les jeux sont faits, rien ne va plus. Oui, cette triple nomination au Conseil constitutionnel a quelque chose d'un jeu de hasard. D'un jeu, d'abord, car la démocratie et l'État de droit sont aujourd'hui de vrais jouets, que l'on plie, que l'on tord, que l'on casse. De hasard, ensuite, car « il faut faire confiance à la sagesse des uns et des autres », nous dit Richard Ferrand¹. À quoi sert le droit constitutionnel si c'est pour s'en remettre à la « sagesse » des hommes ? Surtout quand les candidatures de ceux-ci sont d'aussi piètre qualité...

Le mandat de trois membres du Conseil constitutionnel, dont celui de son président Laurent Fabius, étant arrivé à son terme, le président de la République a proposé Richard Ferrand à la présidence du Conseil constitutionnel, et les président-es de l'Assemblée nationale et du Sénat ont soumis respectivement les noms de Laurence Vichnievski et de Philippe Bas pour pourvoir aux deux sièges restants. Les commissions des lois de l'Assemblée nationale et du Sénat ont approuvé – ou, plus exactement, n'ont pas désapprouvé, au cours de la procédure de contrôle parlementaire définie par les articles 13 et 56 de la Constitution – ces trois candidatures. Les décisions portant nomination des trois nouveaux membres ont ainsi été publiées au Journal officiel le 21 février.

L'encre a déjà coulé pour dénoncer l'absence de bien-fondé de ces nominations et il faut dire qu'à juste titre, Richard Ferrand concentre le feu des critiques, tant pour la nature de la fonction qu'il est appelé à exercer que pour son incarnation – presque caricaturale – de chaque vice jamais reproché à un membre du Conseil constitutionnel.

Le premier d'entre eux est l'incompétence juridique : ni praticien ni universitaire, il ne peut se prévaloir que de deux ans d'études de droit. Il ne s'agit pas de porter un jugement moral sur quiconque n'aurait pas un bac +10 en droit constitutionnel. Mais de rappeler ce qui devrait relever de l'évidence : siéger dans une juridiction implique de réunir des qualifications *juridiques* ! Personne n'imagine en effet recruter des magistrats de l'ordre judiciaire ou administratif dont la compétence juridique n'est pas attestée. **Exonérer le Conseil constitutionnel de cette obligation, c'est nier son statut de juridiction.** On connaît déjà le contre-argument classique, entendu encore dans la bouche du « Sage » Alain Juppé la semaine dernière² : nommer des juristes au Conseil constitutionnel serait une « catastrophe » car seuls les anciens politiques savent apprécier « comment la loi est fabriquée, le processus législatif, si

¹ Propos extraits de son allocution devant la commission des lois de l'Assemblée nationale, le mercredi 19 février 2025.

² M.-C. Renault, « Pour Alain Juppé, n'avoir que des juristes au Conseil constitutionnel serait "une catastrophe" », *Le Figaro*, 10 février 2025, en ligne : <https://www.lefigaro.fr/politique/pour-alain-juppe-n-avoir-que-des-juristes-au-conseil-constitutionnel-serait-une-catastrophe-20250210>, consulté le 18 février 2025.

la sincérité de la loi a été respectée, et le fait d'avoir été soi-même parlementaire ou membre de l'exécutif est une façon d'apprécier les choses avec plus de profondeur et d'exactitude que si l'on voyait cela d'un point de vue théorique³ ». Préférer la lunette d'ancien homme politique au regard « théorique » du droit revient à dé-juridiciser le Conseil constitutionnel et, par le même mouvement, à le politiser. Or Richard Ferrand rappelait très justement, devant la commission des lois de l'Assemblée nationale le 19 février : « Ni constituant, ni législateur, [le Conseil constitutionnel] n'est pas une sorte de troisième chambre où devrait se poursuivre le débat politique ». Les deux nouveaux collègues feraient mieux d'harmoniser leurs positions...

Outre éviter à Alain Juppé, dans la même interview, de réciter sans les comprendre des adages d'un autre temps (« le Conseil constitutionnel a la gomme, pas le crayon », contredit par la modulation des effets de l'inconstitutionnalité dans le temps, les réserves transitoires, etc.), la compétence juridique – ou le fait de ne pas nommer au Conseil des personnalités politiques – permettrait de ne pas avoir à croire Richard Ferrand sur parole lorsqu'il promet de « se dépouiller de ses habits militants ». Ainsi l'argument de la compétence juridique est-il principalement un argument d'indépendance de l'institution.

Et en matière d'indépendance, la nomination de Richard Ferrand laisse beaucoup à désirer... Ni indépendant vis-à-vis de son autorité de nomination, le président de la République, ni indépendant vis-à-vis des autres membres du Conseil, ni indépendant vis-à-vis de l'extrême droite, **Richard Ferrand est, pour tout dire, un président dépendant.**

Partisan de la première heure d'Emmanuel Macron, fidèle parmi les fidèles, Richard Ferrand doit toute son ascension politique au président de la République élu en 2017. Ce sont là des bases fragiles pour accomplir le « devoir d'ingratitude » dont parlait Robert Badinter. D'autant plus qu'Emmanuel Macron pourra être amené à siéger au Conseil au terme de son second quinquennat, en application du malheureux deuxième alinéa de l'article 56 de la Constitution. Siègeront alors deux hommes que rien ne sépare – ni l'affinité politique, ni le talent juridique –, insusceptibles d'entretenir un rapport d'indépendance et de nature à priver le Conseil constitutionnel d'une apparence pluraliste et apaisante.

L'absence d'indépendance de Richard Ferrand vis-à-vis des autres membres du Conseil s'opère en sens inverse. Deux membres actuels – Alain Juppé et Véronique Malbec – ont été nommés par ce même Richard Ferrand, lorsque celui-ci était président de l'Assemblée nationale. Bien que non inédite, cette situation n'offre, de la même manière, pas la garantie d'une indépendance interne et d'un pluralisme dans les délibérations du Conseil constitutionnel.

³ Cet argument n'est pas sans faire penser à la maxime « Juger l'administration, c'est encore administrer » (Henrion de Pansey) qui décrit, au début du XIX^e siècle, le contrôle par l'administration de son propre contentieux, c'est-à-dire l'absence de juridiction administrative indépendante. Cette attribution était justifiée par l'argument (autre de l'incompétence des juridictions judiciaires) selon lequel, pour juger le contentieux administratif, « une connaissance des nécessités de l'action administrative était indispensable tout comme l'appartenance de ses juges à l'administration elle-même » (M. Guyomar, B. Seiller, *Contentieux administratif*, Dalloz, coll. HyperCours, 6^e éd., 2021, p. 53). Trouvez la différence.

Enfin, la troisième forme de dépendance du nouveau président est la plus inquiétante. Nommé grâce à l'abstention des députés du Rassemblement National en commission des lois de l'Assemblée nationale – à défaut de laquelle la majorité des trois cinquièmes des suffrages exprimés aurait été atteinte⁴ –, **Richard Ferrand est directement redevable de l'extrême droite**. De quoi fragiliser l'indépendance du Conseil constitutionnel si une présidente de la République Marine Le Pen (ou, si celle-ci était déclarée inéligible avec exécution provisoire, un président du même bord) soumettait au référendum (art. 11 C) un projet de loi sur l'immigration, si sa majorité parlementaire adoptait une loi instaurant la préférence nationale... La formule de Robert Badinter aura alors toute son importance.

À ceux tentés de répliquer que de telles considérations n'ont pas leur place en droit mais dans un pamphlet politique, rappelons ceci : le Conseil constitutionnel, loin de la fonction de « chien de garde de l'exécutif » qui lui était destinée, est devenu un garant des libertés fondamentales. Or un seul bord de l'échiquier politique appelle explicitement à la violation de ces droits et libertés⁵. Être en mesure de neutraliser une telle violation est certes une question politique (l'empêcher par l'élection) mais tout autant une question de droit constitutionnel (la censurer, *a priori*, ou la déclarer inconstitutionnelle, *a posteriori*). Au contradicteur obstiné qui rétorquerait que cette conception est antidémocratique, il faut répondre qu'elle ne l'est qu'au prisme de son interprétation étriquée de la notion de démocratie, limitée au suffrage. La démocratie embrasse au contraire l'État de droit – la hiérarchie des normes, la garantie des droits, la séparation des pouvoirs – dont la Constitution, elle-même choisie par le peuple, assure le respect⁶. Face à la petite musique démagogique qui se fait de plus en plus bruyante et semble émaner de la place Beauvau, le citoyen doit garder à l'esprit : **assurer le respect de la Constitution sera toujours démocratique, violer la Constitution ne le sera jamais**.

⁴ Sur la « tartufferie constitutionnelle » que constitue l'audition parlementaire des candidats au Conseil constitutionnel et l'opportunité de passer le seuil à celui d'une majorité simple, voire à une minorité des deux cinquièmes : J. Jeanneney, « Une tartufferie constitutionnelle. L'audition parlementaire des candidats au Conseil constitutionnel », in *Mélanges en l'honneur du professeur Bertrand Mathieu. Pouvoir et contre-pouvoirs*, LGDJ, 2023, p. 349.

⁵ Bien entendu, tout camp politique est susceptible d'adopter une loi qui méconnaît les droits et libertés garantis par la Constitution. Mais seule l'extrême droite, parmi les partis représentés à l'Assemblée nationale, en fait un projet politique.

⁶ V. notamment sur cette question, « la principale et la plus difficile question du constitutionnalisme moderne » qu'est « la conciliation du contrôle de constitutionnalité des lois et la démocratie » (M. Troper) : P. Brunet, F. Hamon, M. Troper, *Droit constitutionnel*, LGDJ, coll. Manuel, 44^e éd., 2023, p. 78-81 ; D. Rousseau, « De la démocratie continue », in D. Rousseau (dir.), *La démocratie continue*, LGDJ-Bruylant, 1995, p. 5. et D. Rousseau, « La démocratie continue, un contre-sens qui fait sens », in A. Viala (dir.), *La démocratie : mais qu'en disent les juristes ? Forces et faiblesses de la rationalité juridique*, LGDJ, coll. Grands Colloques, 2014, p. 7 ; M. Troper, « Contrôle de constitutionnalité, démocratie et représentation », in *Mélanges en l'honneur du professeur Dominique Rousseau. Constitution, Justice, Démocratie*, LGDJ, 2020, p. 553. Pour une théorie générale de l'État de droit : J. Chevallier, *L'État de droit*, LGDJ, coll. Clefs, 7^e éd., 2023. Sur une application de cette question à l'actualité : F. Saint-Bonnet, « Démocratie et État de droit sont-ils des synonymes ? », *Le Club des Juristes*, 4 octobre 2024, en ligne : <https://www.leclubdesjuristes.com/politique/democratie-et-etat-de-droit-sont-ils-des-synonymes-7193/>, consulté le 23 février 2025. Ou pour une présentation différente des deux conceptions de la Constitution : J.-M. Denquin, « Brèves remarques sur une absence : le Conseil constitutionnel et la crise politique », *JP Blog*, 16 décembre 2024, en ligne : https://blog.juspoliticum.com/2024/12/16/breves-remarques-sur-une-absence-le-conseil-constitutionnel-et-la-crise-politique-par-jean-marie-denquin/#_ftnref3, consulté le 23 février 2025.

Encore faut-il que l'institution chargée d'en assurer le respect soit elle-même démocratique. Mais, de nouveau, la démocratie n'est pas limitée au suffrage et personne ne suggère que les membres du Conseil constitutionnel doivent être élus. Il s'agit plutôt de s'assurer que son fonctionnement et son organisation, à commencer par la nomination et l'identité de ses membres, soient dignes de la confiance des citoyens et aptes à démocratiser la Constitution et son Conseil, c'est-à-dire à en faire un objet et une institution à la portée de tous.

C'est précisément ce dont la nomination de Richard Ferrand est incapable. Car ce n'est pas tant l'impartialité effective du nouveau président Ferrand qui compte – qui sait, peut-être saura-t-il vraiment s'émanciper de sa tutelle et dépasser son maître ? Même s'il relève le défi, l'apparence de partialité demeurera toujours. **Et toutes les décisions du Conseil seront frappées du sceau de l'illégitimité.** Illégitimité du pouvoir précédent (macroniste) qui viendra museler le nouveau pouvoir démocratiquement élu. Et la petite musique démagogique repartira de plus belle, le constitutionnaliste plus en mesure de l'arrêter.

J'étais de ceux qui pensaient que la théorie des apparences, consacrée par la Cour européenne des droits de l'homme⁷, selon laquelle l'*apparence* d'une justice bien rendue est aussi importante qu'une justice *effectivement* bien rendue⁸, n'était autre que, comme son nom l'indique, une théorie. C'était avant qu'une vieille dame, un peu sénile, ne m'interpelle à l'arrêt de bus pour me parler, sorti de nulle part, de la nomination de Richard Ferrand au Conseil constitutionnel. « Macron l'a choisi pour changer la Constitution pour qu'il puisse se présenter une troisième fois ! », asserta-t-elle. J'eus beau lui expliquer que le pouvoir constituant dérivé révisé la Constitution, pas le président du Conseil constitutionnel, mon contre-argumentaire était, à l'évidence, peu convaincant. Elle avait, qui plus est, doublement raison : Richard Ferrand n'a pas l'apparence d'un président indépendant et, au surplus, il a en effet appelé à ce que le président de la République puisse briguer un troisième mandat consécutif (contrairement à ce que dispose aujourd'hui l'article 6, alinéa 2 de la Constitution). Ce qui m'a dérangé, surtout, est l'absence de tout élément juridique à lui soumettre pour substituer à son manque de confiance en Richard Ferrand une confiance en le droit constitutionnel – car celui-ci permet justement de ne pas devoir faire confiance à *un* homme. Mais voilà ce à quoi nous sommes réduits.

Dé-juridicisation et politisation, absence d'apparence d'indépendance qui alimente les discours contre la Constitution et l'État de droit, **la nomination de Richard Ferrand contribue incontestablement à la dépréciation de notre discipline.** Car, même si le Conseil constitutionnel – et encore moins son président – ne constitue le droit constitutionnel à lui tout seul, il contribue à en définir la substance et à nourrir notre objet d'étude.

⁷ CEDH, 17 janvier 1970, *Delcourt c. Belgique*, n° 2689/65

⁸ « *Justice must not only be done, it must also be seen to be done* », adage dont la première occurrence remonte à 1924, dans la décision *Rex v. Sussex Justices*, sous la plume de Gordon Hewart, *Lord Chief Justice of England* (en français, Lord juge en chef d'Angleterre).

Cependant, il ne s'agit pas là de prêcher pour notre paroisse. La Constitution est l'affaire de tous, de l'arrêt de bus à la Salle des délibérés du Conseil constitutionnel. À plus forte raison lorsque la démocratie est menacée : paradoxalement, la dépréciation du droit constitutionnel ou de son institution – par un pouvoir libéral inconscient ou le pouvoir autoritaire qu'il enfante – peut avoir l'effet inverse et lui redonner sa force. Dans le premier cas, il est un œil qui ne cligne jamais. Dans le second, il est un glaive contre la tyrannie.