

AJDA 2016 p.2148

Le Conseil constitutionnel est-il une prison pour ses membres de droit ?

Mathieu Carpentier, Professeur de droit public, université Toulouse I - Capitole, Institut Maurice-Hauriou

L'essentiel

Une interprétation de l'article 6, alinéa 2, de la Constitution permet de lever l'incompatibilité qui empêche les anciens présidents de la République, membres de droit du Conseil constitutionnel, d'exercer un nouveau mandat présidentiel. Or, à supposer que cette interprétation soit correcte, elle aurait pour effet de redoubler les conséquences redoutables de la présence des membres de droit au Conseil constitutionnel, puisqu'une fois levée l'incompatibilité en question, serait rendue sans objet, en ce qui concerne le mandat présidentiel, la jurisprudence conciliante adoptée par le Conseil en 1984. Dès lors, non seulement rien ne s'opposerait à ce que M. Sarkozy redevienne Président de la République, mais de surcroît rien ne l'empêcherait de siéger au Conseil durant son nouveau mandat présidentiel, voire de présider cette institution !

Suite à la tribune de Thomas Hochmann (AJDA 2016. 1889 ) , voici quelques réflexions sur l'incompatibilité qui, selon lui, frappe les anciens présidents de la République, membres de droit du Conseil constitutionnel et empêche, de fait, Nicolas Sarkozy de prétendre exercer à nouveau un mandat présidentiel.

1. A bien des égards, il semble que la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 ait, incidemment, résolu le problème, et, dans le même temps, qu'elle en ait redoublé les conséquences néfastes. En effet, elle a introduit, à l'article 6, alinéa 2, de la Constitution, une disposition selon laquelle « nul ne peut exercer plus de deux mandats consécutifs ». *A contrario*, il semble bien que la Constitution autorise un président de la République à exercer plus de deux mandats, pourvu qu'ils ne soient pas consécutifs. Dans le cas contraire le constituant n'eût en effet pas apporté de précision sur le caractère consécutif des mandats et eût retenu une solution analogue à celle du XXII^e amendement de la Constitution des Etats-Unis (« Nul ne pourra être élu à la présidence plus de deux fois »). Par conséquent, la Constitution prévoit bien la possibilité pour un ancien président de la République de se faire élire à nouveau une fois expiré le mandat de son successeur, pourvu qu'il n'effectue pas à chaque fois plus de deux mandats consécutifs, à l'image, par exemple, de ce que la Russie a connu dans la période récente.

Il en résulte que le constituant en 2008 a subrepticement introduit, en ce qui concerne les anciens présidents, membres de droit du Conseil constitutionnel, une exception à l'incompatibilité entre les fonctions de membre du Conseil et l'exercice de « tout mandat électoral », telle que la définit l'article 4 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel. La loi organique cède tout naturellement devant les règles constitutionnelles ; et si l'on admet que les membres de droit du Conseil constitutionnel le restent - qu'ils le veuillent ou non, qu'ils siègent ou non - jusqu'à leur dernier souffle, est alors ouverte, par la Constitution elle-même, la possibilité pour un ancien président de la République, une fois réélu, de « cumuler » son nouveau mandat et ses fonctions de membre du Conseil.

2. Supposons un instant, *arguendo*, que ce raisonnement ne soit pas suivi, et que la révision de 2008 n'ait rien changé à la situation résultant de l'article 4 de l'ordonnance de 1958. De manière générale, étant question d'incompatibilité, et non d'inéligibilité, la qualité de membre du Conseil constitutionnel n'empêche ni de se présenter à une élection, ni de la remporter. Une fois élu, l'heureux lauréat du suffrage des Français est, en vertu de l'article 4, alinéa 3, de l'ordonnance du 7 novembre 1958, remplacé dans ses fonctions - ce qui est d'ailleurs contraignant : pourquoi ne pas lui laisser le choix, comme c'est le cas dans la plupart des incompatibilités parlementaires ? Or, l'article 4, alinéa 3, ne peut s'appliquer aux membres de droit, dont on suppose toujours que, conformément à une opinion largement répandue dans la doctrine, ils ne peuvent ni démissionner ni être démis de leur fonction ni y être remplacés. Si on en suit le raisonnement de Thomas Hochmann, le président nouvellement élu n'aurait d'autre choix que de rendre son mandat présidentiel. Seulement, rien ne peut l'y contraindre, et sans doute pas le Conseil constitutionnel, juge de l'élection présidentielle. La seule possibilité offerte, en réalité, au Conseil serait de refuser de proclamer les résultats de l'élection présidentielle, faisant ainsi obstacle à l'investiture.

3. Une telle hypothèse est rendue improbable par la jurisprudence même du Conseil. Comme le rappelle Thomas Hochmann, il a, dans une décision célèbre, interprété de manière assez généreuse les incompatibilités qui touchent ses membres de droit, en affirmant qu'elles s'opposent uniquement à ce que ceux-ci siègent au Conseil pendant toute la durée de leur mandat électif (Cons. const. 7 nov. 1984, n° 84-983 AN). Cette décision est, il est vrai, contestable, pour des raisons qui ne tiennent pas uniquement au fond de l'interprétation de la norme constitutionnelle. En effet, de jurisprudence constante, le Conseil, saisi sur le fondement de l'article 59 de la Constitution, refuse à juste titre de se prononcer sur les incompatibilités pouvant affecter les membres du Parlement (sur l'incompatibilité entre mandat parlementaire et fonctions gouvernementales, v. Cons. const. 21 juin 1967, n° 67-439 AN ; Cons. const. 28 janv. 1976, n° 75-821/822 AN ; sur les autres incompatibilités, v. Cons. const. 21 déc. 1994, n° 94-2047/2048 AN, D. 1995. 345 , obs. R. Ghevontian  ; Cons. const. 28 oct. 1997, n° 97-2255 AN).

Il ne revenait donc pas, en 1984, au Conseil, saisi, sur le fondement de l'article 59 de la Constitution, d'une requête mettant en cause la régularité de l'élection à l'Assemblée nationale de Valéry Giscard d'Estaing, de se pencher sur le moyen tiré de l'incompatibilité entre le mandat parlementaire de ce dernier et ses fonctions de membre de droit du Conseil, moyen qu'il aurait dû déclarer irrecevable. Cependant, la règle selon laquelle le membre de droit conserve son mandat électif à condition de ne pas siéger semble désormais acceptée et elle a d'ailleurs été confirmée par le Conseil en 1995. Elle doit, de l'avis général, être considérée comme un bon compromis, venant tempérer les effets indésirables d'une incompatibilité trop rigoureuse. Nicolas Sarkozy pourrait donc être élu président de la République en 2017 mais devrait s'abstenir de siéger au Conseil constitutionnel, ce qu'il compte bien faire de toute façon.

4. Si l'on suit, en revanche, le raisonnement développé au point 1, il apparaît rapidement qu'aucune abstention de la sorte ne serait en réalité exigée de lui ni par la Constitution ni même par la jurisprudence. En effet, la Constitution, par le biais du nouvel article 6, alinéa 2, autorise désormais les membres de droit du Conseil à exercer de nouveau

un mandat présidentiel ; elle supprime donc *de facto* l'incompatibilité qui les affectait et ce d'autant plus que, contrairement au mandat parlementaire ou aux fonctions ministérielles, l'incompatibilité relative au mandat présidentiel résultait uniquement de la loi organique et non de la Constitution elle-même. L'incompatibilité étant levée, l'interprétation qui en était donnée en 1984 n'aurait donc elle-même plus lieu de s'appliquer en ce qui concerne le mandat présidentiel.

Rien ne ferait alors juridiquement obstacle à ce qu'un membre de droit, réélu à la présidence de la République, siège au Conseil, si ce n'est, d'une part, les règles de récusation que les parties au procès constitutionnel ne manqueraient pas de mettre en oeuvre (principalement en matière de QPC en vertu de l'article 4 du règlement intérieur du 4 février 2010 modifié le 22 novembre 2013) ; et, d'autre part, l'article 68 de la Constitution. Mais, dès lors que c'est la Constitution elle-même qui ouvre, selon le raisonnement suivi ici, la possibilité d'être à la fois membre de droit du Conseil et président en exercice, on voit mal en quoi la décision de siéger pourrait s'apparenter à un « manquement à ses devoirs manifestement incompatible avec l'exercice de son mandat ».

Allons plus loin. Dans l'hypothèse de la réélection de Nicolas Sarkozy en 2022, rien ne pourrait même empêcher le président de la République de s'auto-élever à la présidence du Conseil constitutionnel à l'expiration des fonctions de Laurent Fabius (v., sur ce sujet, J. Jeanneney, *Les lacunes constitutionnelles*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2016, p. 482).

La conclusion qu'il faut en tirer est aussi simple que convenue : il est impératif de réviser l'article 56 de la Constitution et de mettre fin, de manière rétroactive, à la présence des anciens présidents de la République au Conseil constitutionnel. A vrai dire, on comprend mal qu'une telle mesure n'ait pas déjà été mise en oeuvre...

Mots clés :

POUVOIRS PUBLICS * Président de la République * Election du Président de la République * Statut du Président de la République * Ancien Président de la République