Philippe BLACHER.

Le président du Conseil constitutionnel a-t-il méconnu ses obligations déontologiques en s'exprimant publiquement sur l'impossibilité de réviser la Constitution par un référendum organisé sur le fondement de l'article 11 ? Certaines personnalités politiques le soutiennent. Marine Le Pen a ainsi demandé la démission de Richard Ferrand, estimant qu'il aurait rompu avec son obligation de neutralité et méconnu l'interdiction faite aux membres du Conseil constitutionnel de se prononcer sur une affaire susceptible d'être soumise à l'institution.

Que disent les textes ?

L'ordonnance organique du 7 novembre 1958 prévoit que les membres du Conseil constitutionnel prêtent serment de « bien et fidèlement remplir leurs fonctions et de les exercer en toute impartialité ». L'article 2 du décret du 13 novembre 1959 leur interdit par ailleurs de prendre publiquement position sur les questions ayant fait ou étant susceptibles de faire l'objet de décisions du Conseil.

L'existence d'une obligation de réserve ne fait donc aucun doute. Encore faut-il en déterminer la portée exacte. Cette obligation ne saurait être comprise comme une interdiction générale de s'exprimer publiquement sur le droit constitutionnel ou sur les institutions de la République. Les membres du Conseil sont tenus à l'impartialité ; ils ne sont pas pour autant condamnés au silence. Entrer au Conseil constitutionnel n'est pas entrer dans les ordres !

Toute la difficulté réside ainsi dans l'interprétation de la formule selon laquelle les membres du Conseil doivent s'abstenir de prendre position sur les questions « susceptibles de faire l'objet » d'une décision de l'institution.

Sur ce point, l'argumentation de Marine Le Pen appelle plusieurs observations.

Il est exact que le texte ne limite pas l'interdiction aux seules affaires déjà pendantes devant le Conseil constitutionnel. La rédaction retenue par le décret de 1959 est plus large. Elle vise également certaines questions qui n'ont pas encore été soumises au juge constitutionnel. Pour autant, il paraît difficile d'en déduire que toute question de droit constitutionnel susceptible, de manière purement abstraite, de relever un jour de la compétence du Conseil entrerait dans le champ de cette interdiction.

Une telle interprétation serait d'ailleurs difficilement conciliable avec la place qu'occupent les membres du Conseil dans le débat institutionnel. Elle leur interdirait pratiquement toute expression publique sur les grandes questions constitutionnelles dès lors que celles-ci sont, par nature, susceptibles de donner lieu à une intervention future du Conseil. L'article 11, la procédure de révision constitutionnelle, le référendum d'initiative partagée, la dissolution de l'Assemblée nationale ou encore l'exercice des pouvoirs présidentiels pourraient tous, d'une manière ou d'une autre, faire ultérieurement l'objet d'un contrôle de constitutionnalité.

La notion de question « susceptible de faire l'objet d'une décision » ne peut donc renvoyer à une simple éventualité théorique. Elle doit être interprétée à la lumière de la finalité du texte. Or celle-ci est claire : préserver l'impartialité du Conseil constitutionnel et éviter que ses membres ne donnent publiquement le sentiment d'avoir arrêté par avance leur position sur une question qu'ils pourraient être appelés à trancher dans l'exercice de leurs fonctions.

Dès lors, la question pertinente n'est pas tant de savoir si l'objet des propos entre, de manière générale, dans le champ des compétences du Conseil constitutionnel. Elle consiste plutôt à déterminer si la perspective d'une intervention de celui-ci présente un caractère suffisamment concret pour que les déclarations litigieuses puissent être regardées comme préjugeant l'exercice futur de ses fonctions juridictionnelles.

C'est précisément sur ce point que la situation mérite examen.

Richard Ferrand ne s'est pas borné à rappeler que la Constitution organise, à son article 89, une procédure spécifique de révision constitutionnelle. Il a également évoqué la possibilité pour le Conseil constitutionnel d'intervenir face à une tentative de révision opérée par la voie de l'article 11. Ses propos ne portaient donc pas seulement sur l'état du droit positif ; ils concernaient aussi les conditions dans lesquelles l'institution pourrait être amenée à exercer ses compétences.

Cette circonstance justifie à elle seule que la question déontologique soit sérieusement discutée. Encore faut-il apprécier le degré de concrétisation de l'hypothèse envisagée.

Au moment où Richard Ferrand s'exprime, aucun référendum n'est engagé. Marine Le Pen est, pour l'heure, candidate à l'élection présidentielle ; elle n'exerce aucune fonction lui permettant de mettre en œuvre le projet qu'elle annonce. Aucun décret de convocation des électeurs n'a été pris. Aucun acte préparatoire n'a été adopté. Aucune procédure n'est engagée devant le Conseil constitutionnel.

Certes, ces éléments ne suffisent pas nécessairement à exclure l'application de l'article 2 du décret de 1959. Ils conduisent néanmoins à s'interroger sur le point de savoir si l'on se trouve réellement en présence d'une question suffisamment concrète pour être regardée comme susceptible de faire l'objet d'une décision du Conseil, ou seulement face à l'évocation d'un projet politique dont la réalisation demeure à ce stade hypothétique.

Cette interrogation est d'autant plus importante que les compétences du Conseil constitutionnel en matière référendaire présentent certaines particularités. Dans sa décision du 6 novembre 1962, le Conseil constitutionnel s'est déclaré incompétent pour contrôler une loi adoptée par référendum. Il a considéré que les lois mentionnées à l'article 61 de la Constitution étaient celles votées par le Parlement et non celles adoptées directement par le corps électoral. Elle ne résout toutefois pas toutes les difficultés susceptibles de se poser en amont de la consultation. Le Conseil a par la suite admis sa compétence pour connaître de certains actes préparatoires aux opérations référendaires. La jurisprudence *Hauchemaille* du

25 juillet 2000 en constitue l'illustration la plus connue.

Toutefois, la reconnaissance d'une compétence de contrôle ne préjuge jamais du sens de la décision à intervenir. Pouvoir contrôler un acte ne signifie pas nécessairement devoir l'annuler. Autrement dit, contrôler n'est pas censurer.

Même en admettant que le Conseil constitutionnel puisse être amené à connaître d'un décret organisant un référendum fondé sur l'article 11, il demeure impossible d'affirmer avec certitude quelle serait sa décision. Les propos de Richard Ferrand peuvent dès lors être analysés de deux manières : soit comme l'expression anticipée d'une solution juridictionnelle future (qui est toujours collégiale s'agissant d'une juridiction constitutionnelle), soit comme un rappel de ce qu'il estime être les exigences résultant de la Constitution. C'est précisément cette ambiguïté qui nourrit le débat.

Une chose paraît néanmoins certaine : la demande de démission formulée à son encontre repose sur une conception particulièrement extensive de l'obligation de réserve. Pour conclure à l'existence d'un manquement déontologique, encore faudrait-il démontrer que les déclarations litigieuses portaient sur une question dont la soumission future au Conseil constitutionnel présentait déjà un degré de concrétisation suffisant pour que l'on puisse considérer qu'il préjugeait l'exercice de ses fonctions.

Or cette démonstration est loin d'aller de soi. La seule éventualité qu'un projet politique puisse, à terme, donner naissance à une procédure relevant de la compétence du Conseil constitutionnel ne paraît pas suffisante pour faire entrer automatiquement les déclarations de son président dans le champ de l'interdiction posée par l'article 2 du décret du 13 novembre 1959.

Philippe BLACHER,

Professeur à l'université Jean MOULIN Lyon 3