



HAL
open science

Réflexions sur le statut des portes étroites devant le Conseil constitutionnel

Denys Béchillon (de)

► **To cite this version:**

Denys Béchillon (de). Réflexions sur le statut des portes étroites devant le Conseil constitutionnel. Club des juristes, 2017, Les Notes du Club des juristes. hal-02161541

HAL Id: hal-02161541

<https://univ-pau.hal.science/hal-02161541>

Submitted on 21 Jan 2020

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

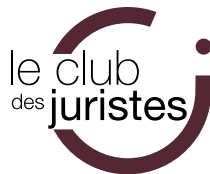
L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

JANVIER 2017

RÉFLEXIONS SUR LE STATUT DES « PORTES ÉTROITES » DEVANT LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL

Denys de Béchillon

avec le concours de
Damien Connil



Denys de Béchillon

*Agrégé de droit public
Professeur à l'université de Pau*

**RÉFLEXIONS SUR LE STATUT
DES « PORTES ÉTROITES »
DEVANT LE CONSEIL
CONSTITUTIONNEL**

Avec une annexe historique et typologique proposée par

Damien Connil

*Docteur en droit public
Chargé de recherche au CNRS*

Table des matières

AVANT-PROPOS	7
Liste des personnes consultées	8
I. L'intérêt des « portes étroites »	17
a) La vertu des « portes étroites » ne réside pas du côté de la théorie juridique	19
b) L'intérêt général attaché aux « portes étroites » réside surtout du côté de la qualité du travail du Conseil constitutionnel	20
c) Le système actuel des « portes étroites » présente des avantages tangibles en termes de lutte contre l'influence occulte que certains pourraient être tentés de chercher à exercer sur le Conseil constitutionnel	22
II. La réception des « portes étroites »	25
a) Aucune règle n'interdit au Conseil constitutionnel de tirer enseignement d'une « porte étroite »	26
b) Faudrait-il néanmoins soumettre les « portes étroites » à des conditions de recevabilité ?	27
1) N'importe quel acteur doit-il pouvoir continuer à prendre l'initiative de déposer ou de faire déposer une « porte étroite » ?	28
2) La rédaction proprement dite des « portes étroites » doit-elle être réservée à telle ou telle catégorie de professionnels du droit ? ...	29

III. Le débat contradictoire sur les « portes étroites »	31
IV. La publicité des « portes étroites »	35
a) Les modalités possibles d'une publicité	37
b) L'étendue possible de la publicité : faut-il publier le texte des « portes étroites » ?	38
1) Les arguments favorables au statu quo	38
2) Les arguments favorables à la levée du secret	41
3) Trancher le dilemme	42
CONCLUSION	
Pour un développement des procédures d'<i>amicus curiae</i> devant le Conseil constitutionnel ?	47
ANNEXE 1 :	
Histoire et typologie des « portes étroites » devant le conseil constitutionnel	53
I. Génèse et développements	55
a) L'accélération et les réticences (à partir des années soixante-dix)	55
b) La divulgation et l'acceptation (à partir des années quatre-vingt)	57
c) La diffusion et l'explication (à partir des années quatre-vingt-dix)	59
II. Essai de typologie	63
a) Le contentieux concerné	64
b) L'objectif poursuivi	65
c) Les instigateurs	68
ANNEXE 2 :	
Bibliographie	71

AVANT-PROPOS

Le présent rapport se veut le produit d'une réflexion individuelle. Il n'en n'a pas moins bénéficié des échanges que j'ai pu avoir avec divers acteurs dont l'expertise me semblait précieuse et qui m'ont fait l'amitié de lire un premier brouillon de ce texte - amendé par la suite à la lumière de leurs observations. Je n'en reste pas moins le seul responsable de ce texte. L'on n'y trouvera rien, de fond en comble, qui engage ou révèle le point de vue des personnes dont la liste est donnée ci-dessous. Ma gratitude va à chacune d'elles pour sa bienveillance, sa disponibilité et sa loyauté, jusques et y compris dans le désaccord lorsqu'il a pu se faire jour ici ou là.

Une précision, peut-être. J'ai assez souvent rédigé des « portes étroites ». À mes yeux, cette situation me qualifie, plus qu'elle ne me déconsidère, pour en traiter sur le mode universitaire. Je ne crois pas que le fait d'exercer ce type d'activité rémunérée aliène mon esprit et m'interdise d'exprimer un sentiment audible - pour ne pas dire honorable - sur ce qui s'y rapporte. Je suis même convaincu, tout à l'inverse, que l'acquis de l'expérience confère à l'analyse juridique un supplément utile, et que cela vaut ici comme cela vaut ailleurs. Quant au point de savoir si le sens général des conclusions auxquelles je parviens se trouve souterrainement surdéterminé par l'existence de ma pratique libérale, je suis, tout simplement, persuadé du contraire.

Mais, dans le fond, peu importe ma conviction sur l'étendue de ma propre liberté. Puisque je prétends - ici comme là, au demeurant - parler en universitaire, la seule question qui vaille reste toujours celle de savoir si j'use ou non d'arguments dignes de cet état, c'est-à-dire recevables, distanciés et suffisamment solides pour nourrir une discussion tendue vers l'objectivité. Et de cela, au bout du compte, le lecteur sera seul juge.

Liste des personnes consultées

Renaud Denoix de Saint Marc, Vice-président honoraire du Conseil d'État, ancien membre du Conseil constitutionnel

Marc Guillaume, Secrétaire général du Gouvernement, ancien secrétaire général du Conseil constitutionnel

Jacques Arrighi de Casanova, Président de la section de l'administration au Conseil d'État, ancien conseiller constitutionnel au secrétariat général du gouvernement

Edouard Crépey, Maître des requêtes au Conseil d'État, rapporteur public, ancien directeur de cabinet du Garde des sceaux

Jacques-Henri Stahl, Président de Chambre au Conseil d'État, ancien directeur du secrétariat général du gouvernement

Bernard Stirn, Président de la section du contentieux au Conseil d'État

Thierry Tuot, Président-adjoint de la section de l'intérieur au Conseil d'État

Pascal Chauvin, Président de Chambre à la cour de cassation

Alain Lacabarats, Président de Chambre honoraire à la Cour de cassation

Dominique Lottin, Premier président de la Cour d'appel de Versailles, Présidente de la Conférence des Premiers présidents de Cours d'appel

Franck Terrier, Président de Chambre honoraire à la Cour de cassation

Jean-Pierre Camby, Conseiller des services de l'Assemblée nationale, Professeur associé à l'université de Versailles Saint-Quentin en Yvelines

Eric Thiers, Conseiller des services de l'Assemblée nationale, chercheur associé au CEVIPOF (Sciences Po)

Alain Gauvin, Directeur exécutif des affaires juridiques et réglementaires, Carrefour France

Stéphanie Robert, Directeur de l'Association française des entreprises privées (AFEP)

Didier Casas, Directeur général adjoint de Bouygues Telecom

Pierre Todorov, Secrétaire général d'EDF

Bernard Bacci, Directeur fiscal du groupe Vivendi

Emmanuel Piwnica, Avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, ancien président de l'Ordre

François Sureau, Avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation

Bernard Grelon, Avocat à la Cour (Libra) Professeur émérite de l'université Paris Dauphine

Thierry Laloum, Avocat à la Cour (Willkie Farr & Gallager)

Emmanuelle Mignon, Avocat à la Cour (August Debouzy)

Henri Savoie, Avocat à la Cour (Darrois Villey Maillot Brochier)

Emmanuel Rosenfeld, Avocat à la Cour (Veil Jourde)

Martin Collet, Professeur à l'université Paris II Panthéon-Assas

Christophe Jamin, Professeur à Sciences Po, Directeur de l'École de droit

Anne Levade, Professeur à l'université de Paris-Créteil, Présidente de l'Association française des constitutionnalistes

Bertrand Mathieu, Professeur à l'université Paris I Panthéon-Sorbonne, Président honoraire de l'Association française des constitutionnalistes

Nicolas Molfessis, Professeur à l'université Paris II Panthéon-Assas, Secrétaire général du Club des juristes

Etienne Fatôme, Professeur émérite de l'université Paris I Panthéon-Sorbonne

« Efforcez-vous d'entrer par la porte étroite.
Car, je vous le dis, beaucoup chercheront à entrer,
et ne le pourront pas »

Évangile selon Luc, 13-24

1. Depuis que le Doyen Georges Vedel a forgé l'expression¹, on dénomme « porte étroite » le texte de la contribution déposée au Conseil constitutionnel par des acteurs de la société civile lors du contrôle *a priori* de la loi. Depuis quelques années, les initiés en parlent comme d'une notion juridique aux contours parfaits, à l'instar - ou peu s'en faut - du permis de construire ou de la lettre de change. Mais il s'agit d'un simple document, non formalisé, par lequel ceux qui n'ont pas d'accès procédural au Conseil constitutionnel tentent de lui faire entendre une préoccupation, dans un sens ou dans l'autre, au sujet de la loi déférée.

2. La fortune de l'expression doit beaucoup au prestige de son auteur et à son sens des formules. Elle tient aussi à la singularité de l'objet, qui ne ressemble à aucun autre dans les prétoires français. Sans doute faut-il y voir un écho du particularisme - autrement essentiel - qui entoure le contrôle de constitutionnalité exercé entre le vote et la promulgation de la loi à l'initiative d'autorités exclusivement politiques.

3. On peut d'ailleurs douter que le terme de « procès » s'applique ici sans peine. Et même si le vieux débat sur la nature - juridictionnelle ou non - du Conseil constitutionnel est aujourd'hui dépassé, on ne peut nier que l'examen de la loi *a priori* présente au moins cinq particularités majeures :

(1) G. Vedel, L'accès des citoyens au juge constitutionnel, La porte étroite, *La vie judiciaire* 11-17 mars 1991.

> Il a pour objet la loi elle-même, telle que tout récemment votée par le Parlement² - voire un engagement international dont la ratification doit être soumise à autorisation parlementaire (article 54 de la Constitution).

> Il a pour effet la disparition dans l'œuf des éléments inconstitutionnels de la loi. Leur censure empêche leur entrée en vigueur. Ils ne s'appliqueront jamais - et jamais à personne.

> Il a pour déclencheurs les seules autorités énumérées à l'article 61 de la Constitution. Le Président de la République, le Premier ministre, le président de chaque assemblée parlementaire, soixante députés ou soixante sénateurs ne sont pas des justiciables ordinaires mus par la défense de leurs intérêts propres. En saisissant le Conseil constitutionnel, ils exercent une fonction attachée de manière objective au respect de la Constitution ou - point essentiel - à la défense des prérogatives de l'opposition politique. On sait aussi que, faute d'alternative viable, la défense de la loi est toujours assurée devant le Conseil constitutionnel par le Secrétariat général du Gouvernement sous l'autorité du Premier ministre. Que l'on regarde du côté des saisissants ou du côté du défendeur de la loi, on est donc loin d'avoir affaire à des « parties » telles qu'on les rencontre habituellement en justice.

> Il a pour contrainte l'impérieux devoir de respecter des délais particulièrement brefs. L'article 61 impose au Conseil constitutionnel de statuer en moins d'un mois, et prévoit même que ce délai puisse être réduit à huit jours en cas d'urgence, à la demande du Gouvernement (même si cette dernière possibilité n'est guère mise en œuvre). En vérité, le Conseil doit souvent statuer bien plus vite encore, notamment lorsqu'il est saisi des diverses lois de finances dont l'entrée en vigueur

(2) Les autres voies de droit qui permettent aujourd'hui de mettre en cause une disposition législative devant les juges judiciaires, administratifs ou constitutionnel n'ont cet objet que de manière incidente et forcément partielle : c'est une disposition isolée dont le justiciable cherchera à obtenir la mise à l'écart dans le cadre d'un litige déterminé, au moins pour partie, par des intentions autres que celle de contester la loi.

doit intervenir avant la fin de décembre³. Tout cela borne drastiquement le temps de sa réflexion et le conduit à sélectionner les points sur lesquels il exercera le contrôle le plus approfondi.

> Le contrôle a enfin pour périmètre exact celui que le Conseil constitutionnel veut lui donner. Il ne peut certes pas s'autosaisir d'une loi et doit en tout état de cause répondre aux griefs articulés par les saisissants. Mais il peut élargir ses investigations aux dispositions (et aux arguments constitutionnels) que ces derniers n'ont pas jugé bon de mentionner⁴. Autrement dit, le Conseil constitutionnel se reconnaît un pouvoir total pour examiner d'office ce qui lui paraît devoir l'être, dès l'instant où la loi lui est soumise.

Dans ce domaine, l'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC) en 2008 a fait évoluer sa pratique. Il se montre moins enclin à se saisir *proprio motu* de dispositions que les parlementaires ne critiquent pas. Plus exactement, il ne soulève quasiment plus de griefs de fond - si l'on fait abstraction des saisines « blanches » comme on en rencontre surtout avec les lois organiques. Il continue, en revanche, à censurer de sa propre initiative tout ce qui concerne la procédure législative, considérant que cela ne pourra plus être débattu plus tard : la QPC ne peut en effet porter que sur les « droits et libertés » que la Constitution garantit.

Il reste que, jusqu'à démonstration du contraire, la possibilité offerte au Conseil de soulever d'office un grief de fond n'a pas disparu. Rien

(3) Avec la seule nuance suivante : il arrive assez souvent que le Conseil constitutionnel sache assez tôt qu'il sera saisi - c'est à peu près systématique, par exemple, s'agissant des lois de finances - ou se doute à tout le moins que tel sera vraisemblablement le cas. Le rapporteur pressenti et les services du Conseil commencent à travailler en amont de la saisine proprement dite pour instruire le dossier. Mais cette prescience n'est pas générale : il est fréquent que les parlementaires se décident au dernier moment à saisir le Conseil, par exemple pour des raisons de tactique politique, ou parce que le texte a été amendé tard dans un sens qu'ils jugent problématique. Le Conseil constitutionnel est alors mis en situation de statuer en (bien) moins d'un mois sur un texte qu'il ne se préparait pas particulièrement à devoir examiner.

(4) Que la saisine émane d'une autorité constitutionnelle, comme le Premier ministre (décision n°60-8 DC du 11 août 1960 ; décision n°95-361 DC du 2 février 1995 ; décision n°95-362 DC du 2 février 1995), ou de soixante parlementaires (décision n°95-360 DC du 2 février 1995 ; décision n°96-386 DC du 30 décembre 1996 ; décision n°2003-475 DC du 24 juillet 2003 ; décision n°2004-510 DC du 20 janvier 2005).

ne permet d'exclure qu'il se remette un jour à procéder de la sorte s'il le juge utile, par exemple dans l'hypothèse d'une lettre de saisine volontairement oublieuse d'un problème constitutionnel important⁵.

4. Ces particularités ne se retrouvent pas, ou du moins pas toutes ensemble, dans les procès ordinaires. Le moteur de l'action - et les intérêts qui l'alimentent - divergent. De même en ce qui concerne la procédure : le recours pour excès de pouvoir présente sans doute une parenté d'esprit, mais ses traits diffèrent sur l'identité des parties, les pouvoirs du juge ou le délai de jugement. Quant à l'examen préalable des projets de textes législatifs et réglementaires par les formations consultatives du Conseil d'État, il s'en éloigne encore plus puisqu'il débouche sur un simple avis et non sur une décision⁶.

5. Quoiqu'il en soit, l'excentricité du contrôle *a priori* a indéniablement permis le développement de cette forme unique d'intervention qu'est la « porte étroite ». Elle explique aussi l'irréductible particularité de l'exercice. Deux conséquences immédiates s'ensuivent pour ce qui concerne les présentes « réflexions ». D'une part, le propos gagne à se concentrer sur ce seul sujet. D'autre part, on ne peine pas à se dire que les règles applicables aux interventions devant les juridictions administratives et judiciaires (voire celles applicables aux interventions dans le cadre de la QPC), ne sont pas transposables *de plano* aux « portes étroites » déposées au Conseil constitutionnel lors de son contrôle *a priori*⁷.

(5) Un débat très utile gagnerait d'ailleurs s'ouvrir sur les avantages et les inconvénients d'une telle évolution.

(6) Notons cependant que le Conseil d'État pratique, dans ses formations administratives, une ouverture vers l'extérieur, de statut informel, qui présente avec notre sujet une indéniable parenté. On lit ainsi dans *Les Grands avis du Conseil d'État*, Dalloz 2008, 3ème édition, p 35 : « Plus exceptionnelles sont les contacts du rapporteur avec d'autres que les commissaires du Gouvernement. Il peut paraître utile au rapporteur de rencontrer les représentants de collectivités publiques spécialement concernées par un projet de texte, par exemple les dirigeants d'un établissement public dont le statut est discuté. Il arrive parfois que des particuliers, des associations ou des organisations professionnelles ou syndicales fassent part de leurs observations. Celles-ci sont alors versées au dossier. Il est admis par l'usage qu'un avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation puisse représenter des particuliers et déposer des mémoires en leur nom devant les formations administratives du Conseil d'État. L'avocat n'a pas accès au dossier mais le rapporteur fait état de ses observations ».

(7) Ainsi, par exemple, l'intervention d'un tiers dans le cadre du recours pour excès de pouvoir, libéralement admise par la jurisprudence, donne lieu à communication contradictoire aux parties et impose au juge de se prononcer sur ce qui est soutenu. Mais ces différents traits ne se retrouvent pas dans le traitement actuel des « portes étroites » et n'ont pas nécessairement vocation à s'y retrouver. On y reviendra.

Nous sommes en présence d'un objet unique, qui gagne à être appréhendé comme tel.

6. Il demeure que la « porte étroite » résiste à la présentation. Le document existe, tout en n'étant pas totalement censé exister, et reste caché dans les tréfonds du Palais-Royal bien que le Conseil constitutionnel ne fasse pas mystère de cette existence⁸... L'ampleur et la consistance du phénomène sont en outre mal connues. Il est à peu près impossible, depuis l'extérieur, d'appréhender rigoureusement le nombre des documents adressées sur ce mode au Conseil constitutionnel, non plus que leur contenu ou leur origine⁹.

Des indiscrétions, au demeurant assez nombreuses, permettent cela dit de savoir qu'elles émanent de personnes diverses - citoyens, associations, syndicats, entreprises, organisations professionnelles, etc. - ayant en commun de se sentir concernées par telle disposition déferée et de souhaiter faire connaître au Conseil constitutionnel leur sentiment à ce propos.

Pour autant qu'on sache, les « portes étroites » peuvent en outre prendre des formes variées, depuis le simple envoi de documents d'information jusqu'à la production de savantes consultations juridiques.

Même si les moyens de la connaissance manquent pour une étude systématique, un intéressant essai de typologie plausible des portes étroites est délivré en annexe du présent rapport, sous la plume de M. Damien Connil, chargé de recherches au CNRS.

7. Le mystère relatif n'en demeure pas moins. Il découle en premier lieu du fait que la « porte étroite », contrairement à l'intervention des tiers intéressés dans le cadre de l'instruction d'une QPC (art. 1, 2, 3, 6 et 7 du règlement

(8) L'article déjà cité du Doyen Georges Vedel, alors membre du Conseil, a sans aucun doute joué un rôle significatif dans l'amorce de ce dévoilement. V. aussi, notamment, P. Jan, *La saisine du Conseil constitutionnel*, LGDJ 1999 ; G. Drago, *Contentieux constitutionnel français*, PUF 2016 (4e éd.).

(9) Exception notoire : Marc Guillaume, secrétaire général du Conseil constitutionnel, avait procédé à l'étude systématique des « portes étroites » rédigées par Guy Carcassonne dans l'hommage rendu à sa mémoire lors du colloque qui lui avait été consacré le 10 avril 2014 (« *Guy Carcassonne et le Conseil constitutionnel* »). Le texte de cette contribution est disponible sur le site du Conseil constitutionnel, à la rubrique « documentation - Dossiers thématiques ». D'autres éléments sont indiqués par Damien Connil dans l'étude que l'on trouvera en annexe du présent rapport

du Conseil constitutionnel), ne possède aucun statut procédural, et ce d'où qu'elle vienne et quelle que soit sa finalité (de contestation, ou de soutien de la loi sur laquelle elle porte). Son registre est celui de l'officieux. Puisque rien n'est dit à son sujet, rien n'est expressément interdit et tout est *a priori* possible, sous toutes les formes (écrites) concevables : la note juridique d'un avocat ou d'un professeur de droit, les observations *ès qualité* du représentant d'une entreprise, d'une association ou d'un syndicat, la lettre du simple citoyen... Rien n'exclut non plus que, indépendamment même de toute argumentation juridique, des données de tous ordres - économique, scientifique, statistique... - soient adressées rue de Montpensier.

8. Le chapitre des motivations du Conseil constitutionnel, pour ce qu'il en est d'accueillir les « portes étroites », mérite lui aussi d'être ouvert. Le Doyen Vedel montrait, dans l'article déjà cité, que la possibilité laissée ainsi aux citoyens de s'adresser au Conseil valait succédané de contrôle de la loi au cours de son application par les tribunaux. Mais cette justification a à peu près disparu en 2008 avec l'institution de la QPC. Désormais, l'accès des citoyens au prétoire du Conseil constitutionnel peut se faire selon la procédure ad hoc. Le « timide palliatif » a donc perdu le plus gros de cette raison d'être¹⁰.

9. Pour autant, il ne semble pas que la mise en œuvre de la QPC à partir du printemps 2010 se soit accompagnée d'un tarissement des « portes étroites », ni d'ailleurs d'une réticence plus grande du Conseil constitutionnel à les recevoir. La justification mise en avant par le doyen Vedel n'est donc pas seule à expliquer le phénomène.

10. Partant de ce constat, on s'interrogera successivement sur l'intérêt desdites « portes étroites » (I.), sur les conditions de leur réception par le Conseil constitutionnel (II.), sur l'ampleur du débat auquel elles peuvent donner lieu entre les « parties » au procès constitutionnel (III) et sur la publicité qu'il conviendrait, ou non, de leur donner (IV).

(10) On reste tout de même en droit de ne pas faire abstraction de la difficulté qui demeure, parfois, à faire entendre au juge du filtre le bien-fondé de certaines interrogations constitutionnelles...

I

L'intérêt des « portes étroites »

11. L'institution de la QPC n'ayant donc pas fait disparaître le phénomène, on peut penser que l'ouverture d'une voie de contrôle de constitutionnalité a posteriori n'a pas éteint son attrait.

12. Deux particularités de la QPC donnent un premier élément d'explication. D'une part - on l'a vu - elle ne permet pas de discuter la formation même de la loi. La procédure législative est maintenue hors du périmètre des controverses, et en particulier tout ce qui touche à l'exercice du droit d'amendement. D'autre part, le déclenchement de la QPC suppose un procès avéré, au cours duquel un justiciable désireux d'accéder au Conseil constitutionnel devra démontrer « l'applicabilité » de la disposition en cause au litige dans lequel il est engagé et se plier à un filtrage exigeant. Dit autrement, la QPC n'a rien d'une *actio popularis* généreusement offerte à qui en éprouverait l'envie.

13. Ajoutons à cela que la destruction de la loi *ab ovo* présente souvent un intérêt propre. Sa promulgation peut engendrer des obligations immédiates, lesquelles font naître des situations peu réversibles. Les acteurs juridiques sont donc rarement indifférents à l'idée de devoir appliquer pendant dix ou douze mois - au minimum - une disposition législative qu'ils pensent inconstitutionnelle, au bénéfice de la croyance selon laquelle une probable victoire en QPC leur donnera pleine et entière satisfaction au bout du compte... Le fait est qu'il n'est pas toujours simple ni dépourvu de conséquences économiques d'avoir à modifier (puis à remodeler) des contrats, des processus industriels ou des conditions de travail...

Dans un ordre d'idées approchant, on peut aussi prendre en ligne de compte les limites inhérentes à l'effet purgatif que le Conseil constitutionnel entend donner à son propre examen. En contrôle *a priori* comme en QPC, il considère que le jugement qu'il porte sur une disposition législative couvre l'intégralité du prisme des discussions dont elle peut faire l'objet. Elle sera déclarée à *tous égards conforme* à la Constitution, et non pas seulement conforme aux normes expressément invoquées dans la décision. Il s'ensuit - prenons un exemple - qu'un requérant opposé à une disposition législative préalablement déclarée respectueuse du droit de propriété ne pourra pas former à son encontre une QPC fondée sur une allégation d'irrespect de la liberté d'entreprendre ou de la liberté contractuelle, même si cette allégation n'a pas été débattue du tout lors de l'examen initial. Le Conseil est réputé avoir examiné tous les arguments constitutionnels possibles et imaginables et refermé par là, pour des motifs de sécurité juridique, toute possibilité de réouverture des débats sauf changement de circonstances de droit ou de fait.

Ce parti mériterait sans doute une discussion approfondie, mais il n'en représente pas moins un état du droit dont la conséquence se laisse vite entrevoir : il importe que l'attention du Conseil se porte d'emblée sur tous les moyens d'inconstitutionnalité opposables au fond. Or rien ne garantit, loin s'en faut, que la lettre de saisine parlementaire couvrira l'intégralité de ce spectre. Lorsque tel n'est pas le cas, le juge peut pousser ses investigations plus loin que ne l'ont fait les parlementaires et, le cas échéant, de substituer d'office un motif constitutionnel à un autre¹¹. Mais encore faut-il qu'il le souhaite et, plus prosaïquement encore, qu'il pense à tout ce qui pourrait idéalement faire débat.

Considérant ce qui précède, les sujets de la loi peuvent ainsi avoir intérêt à cet effet de « purge » rapide - notamment pour des motifs de sécurité juridique - puisqu'elle est réputée complète et à peu près définitive. Symétriquement, on entrevoit tout de suite l'importance attachée à ce que l'examen *a priori* de la loi soit mené au plus profond et, par là même, l'un des bénéfices possibles des « portes étroites » : il peut arriver qu'elles

(11) L'occurrence est assez banale, voire systématique lorsque le Conseil opère un revirement de jurisprudence.

aident le Conseil à enrichir le débat en dégagant un angle d'attaque constitutionnel que la lettre de saisine n'avait pas identifié.

14. En tout état de cause, la censure de la loi en amont de toute application offre donc de temps à autre des vertus incomparables dans le chef de ses sujets. La QPC n'a rien d'une panacée. Les avantages du contrôle *a priori* demeurent, et ils ne sont pas tous contenus dans l'ordre politique.

Mais l'intérêt sur le fond des « portes étroites », quel est-il plus précisément ?

15. Leurs promoteurs cherchent, selon les cas, à exalter le caractère bénéfique d'une disposition ou, plus souvent à souligner ses inconvénients pour tenter de convaincre de son inconstitutionnalité. Mais ce moteur - tournant dans un sens ou dans l'autre - ne rend pas raison de ce qu'un intérêt général soit nécessairement lié à la réception des « portes étroites » par le Conseil. Il faut donc aller plus loin.

a) La vertu des « portes étroites » ne réside pas du côté de la théorie juridique

16. On échouerait sans doute à soutenir qu'il soit théoriquement nécessaire de donner la parole aux citoyens dans le prétoire du contrôle de constitutionnalité *a priori*.

Certes, la décision du Conseil constitutionnel possède une portée comparable à celle de la loi elle-même, soit qu'elle l'annule (en tout ou en partie), soit qu'elle en certifie la validité. Kelsen avait imaginé cette caractéristique en confiant au juge constitutionnel la fonction d'un « législateur négatif »¹², même s'il avait par ailleurs donné à ce concept d'autres éléments de signification nettement moins convaincants¹³. Le fait est, sans nuance, que l'annulation *erga omnes* d'une norme applicable *erga omnes* vaut *erga omnes*. C'est bien le droit applicable à l'ensemble du corps social qui se trouve modifié par la sentence constitutionnelle et pas seulement le sort des acteurs politiques. Rien de tout cela ne peut être nié.

(12) Il écrit dans « La garantie juridictionnelle de la Constitution », RDP 1928, p. 225 : « L'annulation d'une loi a la même caractéristique de généralité que sa confection, n'étant pour ainsi dire que sa confection avec un signe négatif, donc elle-même une fonction législative. Et un tribunal qui a le pouvoir d'annuler les lois est par conséquent un organe du pouvoir législatif ».

(13) Pour une critique dense et convaincante, cf. M. Troper, « Kelsen et la Cour constitutionnelle », in O. Beaud et P. Pasquino, *La controverse sur « le gardien de la Constitution » et la justice constitutionnelle. Kelsen contre Schmitt*, éd. Panthéon Assas, 2007 p. 93.

17. Mais la circonstance que la loi soit applicable à l'ensemble du corps social n'empêche pas qu'elle soit (co)produite par lui. Selon l'article 3 de la Constitution, la souveraineté nationale appartient au peuple qui peut l'exercer par la voie du référendum, mais aussi, et de fait plus substantiellement, par l'intermédiaire de ses représentants. Il se défend donc très bien que les parlementaires qui saisissent le Conseil constitutionnel dans le cadre de l'article 61 exercent (autrement) le mandat dont ils usent pour discuter et adopter la loi. Au plan théorique, il n'y a pas plus de déficit démocratique ou juridique ici qu'il n'en existe là. Les citoyens ne sont ni plus ni moins présents. Il faut donc chercher ailleurs les raisons de vouloir faire participer le corps social à la mise en cause (ou à la défense) de la loi votée.

b) L'intérêt général attaché aux « portes étroites » réside surtout du côté de la qualité du travail du Conseil constitutionnel

18. Tout le monde gagne à ce que la réflexion du juge soit la mieux éclairée possible. Le « bon » jugement requiert de lui qu'il soit informé, conscient des enjeux de sa décision, mis en situation de se poser les questions utiles et équipé pour y répondre de la manière la plus rationnelle, la plus responsable et la mieux argumentée qui soit.

19. Or on ne peut pas tenir pour acquis que cet optimum soit spontanément atteint par la conjugaison de la qualité du travail d'instruction mené (dans des délais brefs) entre les murs du Conseil, de la valeur des échanges avec le Secrétariat général du Gouvernement, des mérites de la saisine parlementaire et de l'équanimité de la délibération finale. L'expérience enseigne qu'il peut parfois manquer à tout cela trois compléments précieux, à savoir : 1) l'adjonction d'un surplus de connaissance objective, factuelle voire technique ou scientifique, surtout lorsque le travail parlementaire n'a pas éclairé le problème de manière satisfaisante ; 2) une connaissance véritable de la perception (voire du savoir) que les sujets de la loi ont de ses effets potentiels ; 3) l'ouverture du débat à des arguments juridiques élaborés à l'extérieur, dans des conditions propices à leur approfondissement. Reprenons brièvement ces deux derniers points.

20. Ce n'est faire injure à personne que de le penser : il peut advenir que les auteurs d'une loi - toutes strates confondues, du bureau d'une administration ministérielle jusqu'aux hémicycles des Chambres - n'aient pas perçu (ou voulu percevoir) certains effets négatifs qu'elle est susceptible d'entraîner¹⁴. On peut aussi présumer que les sujets de la loi votée sont parmi les mieux placés pour appréhender l'impact de ce que le législateur a voulu. Ils voient les difficultés parce qu'ils craignent d'y être confrontés, mais aussi parce qu'ils identifient mieux que quiconque les incidences - positives ou négatives, à court ou à long terme - que le législateur a pu ne pas discerner. La pratique des études d'impact n'a pas permis d'éradiquer le risque d'une information insuffisante ou partielle des parlementaires. La maigre police exercée sur le fond du droit d'amendement n'empêche pas non plus qu'il continue de s'en adopter beaucoup dans un contexte d'improvisation marqué. La tension (voire l'emballement) politique ou idéologique contribuent eux aussi, de temps à autre, à l'entretien d'une certaine cécité. Il est bien connu qu'il n'est de pire aveugle que celui qui ne veut pas voir...

Bref, les raisons empiriques ne manquent pas pour penser utile que les sujets de la loi puissent faire part au juge constitutionnel de leur perception et de leur analyse.

21. Au-delà de l'information de ce dernier sur les enjeux et les conséquences de la loi votée, on peut aussi penser au bénéfice attaché à la qualité même de l'argumentation juridique. Le Conseil constitutionnel dispose de peu de temps pour statuer sur la validité de lois longues, complexes, et pas forcément écrites à la perfection. La lecture des saisines publiées au Journal officiel ou mises en ligne sur le site du Conseil fait en outre apparaître que leur texte, souvent élaboré à la hâte lui aussi, ne brille pas toujours de l'éclat du plus grand raffinement juridique. Sous ce rapport aussi, le Conseil constitutionnel peut trouver avantage à disposer d'éléments de discussion élaborés par de bons spécialistes, parfois de longue main lorsqu'ils ont été invités à y réfléchir très en amont. C'est notamment le cas lorsque la saisine parlementaire n'a pas été annoncée

(14) On peut aussi ne pas exclure que la « participation citoyenne » à la conception de la loi, lorsqu'elle est organisée comme en matière d'environnement, ne fournisse pas toujours les effets de dévoilement mirifiques que certains en attendent

longtemps avant le vote de la loi et que le Conseil n'a pas pu se préparer à devoir en connaître. Idem lorsque les délais d'examen sont rendus particulièrement serrés par l'apparition d'une contrainte constitutionnelle - repensons par exemple au butoir de la fin d'année civile avec les lois de finances - ou plus prosaïque - à l'imminence des vacances d'été.

Il n'est donc pas illégitime de poser que la « porte étroite » contribue, au moins en puissance, à l'approfondissement du travail juridictionnel : en plein lorsqu'elle présente des arguments convaincants, mais aussi en creux lorsqu'elle dévoile à son corps défendant la faiblesse de la position qu'elle entend soutenir. En tout état de cause, elle peut aider le Conseil constitutionnel à passer de la matière brute à la matière élaborée et contribuer ainsi à la finesse de son jugement.

22. Compte tenu des contraintes, notamment temporelles, mises à l'exercice du contrôle de constitutionnalité *a priori*, on avancera donc que les « portes étroites » sont susceptibles d'apporter un éclairage supplémentaire, d'enrichir le débat et de contribuer à la réflexion du juge. Retenons, en tout cas, qu'elles présentent un intérêt significatif pour l'exercice par le Conseil de sa mission ; et observons que les critiques, parfois sévères (si ce n'est abusives), dont elles font l'objet ne vont pas jusqu'à nier l'apport qu'elles sont susceptibles de présenter pour le débat constitutionnel¹⁵.

c) Le système actuel des « portes étroites » présente des avantages tangibles en termes de lutte contre l'influence occulte que certains pourraient être tentés de chercher à exercer sur le Conseil constitutionnel.

23. Les promoteurs des textes adressés au Conseil avancent aujourd'hui à visage découvert et assument, devant le juge, la position qu'ils prennent sur la loi dans un sens ou dans l'autre. Le secrétariat général du Conseil constitutionnel a en effet veillé autant que faire se peut, depuis plusieurs années, à faire passer un message clair à ce propos : aucune « porte étroite » n'est reçue si son « initiateur » n'endosse pas expressément la

(15) Cf. pour prendre deux exemples, Mathilde Mathieu, Enquête sur les coulisses du Conseil constitutionnel, cible des lobbies, Médiapart 12 oct. 2015 ou Thomas Perroud, Pour la publication des portes étroites devant le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État, D. 2015, p. 2511.

responsabilité de ce qu'il juge utile d'envoyer. Par ailleurs, les membres du Conseil et le Secrétaire général sont rendus destinataires du même document. Le cumul de ces deux éléments produit des effets heureux.

> D'une part, il serait toxique que le Conseil constitutionnel puisse être, si peu que ce soit, travaillé par des forces dont il ne connaîtrait ni la nature ni l'origine. Il est à la fois nécessaire et utile que les inspireurs de portes étroites soient placés devant leurs responsabilités. Ils sont contraints de parler en nom propre et, par là-même, de ne défendre que des positions qu'ils acceptent d'endosser. Cela conduit à faire que les « portes étroites » s'écrivent dans le seul registre qui vaille : celui du dicible et du démontrable. Ce n'est pas rien¹⁶.

> D'autre part, il serait également dangereux que le jugement du Conseil constitutionnel soit rendu exclusivement tributaire des réseaux de relations individuelles tissés çà ou là. L'influence la plus pernicieuse serait celle qui pourrait s'exercer en confiance, sur une ou deux personnes isolées, par le truchement du téléphone, lors de dîners en ville, etc. Sous ce rapport, le fait que tous les juges soient également informés par le même canal, dans le même contexte, les protège collectivement contre l'asymétrie d'information. Ils sont tous mis en situation de connaître les mêmes arguments et d'en savoir l'origine, ce qui contribue à rendre leur discussion saine et ouverte. De toute évidence, il est bon que les membres du Conseil puissent donner droit (ou non) à une idée issue d'une « porte étroite » en sachant d'où elle venait et, le cas échéant, au service de quel type d'intérêts elle a été présentée.

24. Le paradoxe n'est qu'apparent. L'état actuel des pratiques a beau relever de l'officieux, il n'en n'est pas moins protecteur du bien public associé à la sérénité et à la transparence interne de la délibération des juges constitutionnels.

(16) Le Conseil constitutionnel considère lui-même que « l'amélioration de la transparence entre les représentants d'intérêts et les pouvoirs publics constitue un objectif d'intérêt général » (Décision n° 2016-741 DC du 8 décembre 2016, loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, § n° 25).

II

La réception des « portes étroites »

25. L'envoi de documents au Conseil constitutionnel est libre, et il ne peut guère en aller autrement. On voit très mal comment il serait possible d'empêcher qui que ce soit d'écrire à l'institution, à son Président, à son Secrétaire général ou à (tel ou tel de) ses membres pour faire connaître un sentiment sur la loi en instance d'examen.

26. On voit très bien, en revanche, comment une prohibition des « portes étroites » pourrait être aisément contournée. Songeons par exemple à la publication en temps utile, dans la presse ou dans les revues juridiques, de contributions d'allure « scientifique », destinées à exposer ce qu'il y a lieu de penser de telle ou telle disposition. Et ajoutons que rien ne pourrait empêcher l'expédition aux membres du Conseil de ce genre de glose comme susceptible de les « intéresser ».

Le pernicieux du procédé saute aux yeux. L'effet recherché serait le même que celui des « vraies » portes étroites : celui de présenter au Conseil les idées auxquelles on voudrait bien qu'il donne droit. Mais il serait entaché d'au moins deux vices intrinsèques. D'une part, l'instigateur d'une contribution de cet ordre ne serait probablement pas « sourcé » ni l'intérêt matériel de son auteur nécessairement connu. D'autre part, les revues juridiques se trouveraient instrumentalisées à leur corps défendant dans une forme d'intervention qui ne dirait ni son nom ni sa nature. De nouveau, aussi paradoxal que cela puisse paraître, le procédé - parce qu'il perdrait cette transparence statutaire - acquerrait une dimension manipulatoire caractérisée (et tout à fait déplaisante)¹⁷.

(17) Pour une réflexion approfondie sur les mérites de la transparence dans le jeu doctrinal en présence d'intérêts matériels, cf. N. Molfessis, « La controverse doctrinale et l'exigence de transparence de la doctrine », *RTDciv.* 2003, p. 165.

27. En tout cas, aucun texte ne vient interdire aujourd'hui les « portes étroites ». La question n'est donc pas tant de s'interroger sur les conditions de leur envoi que sur le contexte de leur réception et de leur usage par le Conseil constitutionnel.

a) Aucune règle n'interdit au Conseil constitutionnel de tirer enseignement d'une « porte étroite »

28. On sait que l'article 61 énumère limitativement les autorités susceptibles de déclencher le contrôle de constitutionnalité *a priori*. Sont en conséquence jugées irrecevables les lettres de saisine présentées par d'autres - par exemple celles qui émanent de simples particuliers¹⁸, ou par moins de soixante députés ou soixante sénateurs¹⁹. Sont, de même, irrecevables les mémoires « complémentaires » venant contester des dispositions non ciblées par la saisine initiale dès lors qu'ils sont présentés par des parlementaires en nombre insuffisant²⁰.

Aucun doute ne règne : le déclenchement du contrôle est et reste l'apanage des autorités habilitées par l'article 61 de la Constitution. Mais cela n'enlève rien au fait que le Conseil constitutionnel, s'il est tenu de se prononcer sur les articles expressément visés par la saisine et au vu des griefs qu'elle soulève, n'en demeure pas moins habilité à examiner *proprio motu* la constitutionnalité des dispositions que les parlementaires n'ont pas jugé utile de lui soumettre, et à soulever des motifs d'inconstitutionnalité qu'ils n'ont pas su ou voulu identifier.

(18) OCC, décision n°82-146 DC du 18 novembre 1982 ; décision n°84-178 DC du 30 août 1984.

(19) CC, décision n°77-89 DC du 30 décembre 1977 ; CC, décision n°2004-509 DC du 13 janvier 2005. Sur le cas particulier des lois organiques, cf. la décision n° 92-305 DC du 21 février 1992 (statu de la magistrature), cons. n° 3 : « *Considérant que le texte soumis à l'examen du Conseil constitutionnel regroupe, sous deux titres différents, un ensemble de 54 articles qui, à l'exception d'une disposition de l'article 24, ressortissent tous au domaine d'intervention de la loi organique ; que l'article 24 ne fait l'objet d'aucune contestation de la part des députés qui ont entendu saisir le Conseil constitutionnel de la loi organique ; que sont dès lors irrecevables les demandes par lesquelles, aussi bien soixante-cinq députés que l'un d'eux agissant individuellement, défèrent au Conseil la loi organique modifiant l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature* ».

(20) V. notamment CC, décision n°81-133 DC du 30 décembre 1987 ; CC, décision n°99-419 DC du 9 novembre 1999 ; CC, décision n°2001-450 DC du 11 juillet 2001 ; CC, décision n°2007-557 DC du 15 novembre 2007.

29. Puisque le Conseil est totalement libre d'exercer ce pouvoir de sa propre initiative, il serait pour le moins étrange de lui interdire de le faire au seul motif que son attention a été attirée par d'autres que ceux qui disposent de la capacité de déclencher le contrôle *a priori*. On l'a vu, les mémoires par lesquels des parlementaires regroupés en nombre inférieur à soixante contestent des dispositions non visées par la lettre de saisine sont irrecevables. Mais l'économie de cette jurisprudence tend seulement à dispenser le Conseil constitutionnel de l'obligation de se prononcer sur ces saisines « sauvages » et sur les dispositions qu'elles visent. Elle n'élève aucune objection de principe à ce que le Conseil constitutionnel prenne connaissance de ce qui est avancé ailleurs que dans la lettre de saisine et en tire, le cas échéant, les conséquences qu'il souhaite devoir en tirer. Dans la vie prosaïque du droit, il y a toujours quelqu'un, quelque part, qui a posé le premier une « bonne » question que le juge a reprise à son compte parce qu'il l'a pensé heureux. L'on ne se souvient pas forcément de qui il s'agit, et cela compte assez peu. Lorsqu'il se vérifie - par l'expérience - que la question est bonne, il est dépourvu d'importance de savoir qui, le premier, a allumé la lumière.

30. En toute hypothèse, la Constitution ne s'oppose en rien à ce que le Conseil lise des documents qui lui sont adressés par la société civile et en use souverainement dans l'exercice de pouvoirs qui restent - en tout état de cause - les siens. C'est bien d'une information qu'il s'agit, et elle mérite de n'être traitée que comme telle. C'est d'ailleurs la pratique observée jusqu'à ce jour.

b) Faudrait-il néanmoins soumettre les « portes étroites » à des conditions de recevabilité ?

31. Cela conduirait à distinguer les interventions admissibles, dignes d'être prises en considération, des envois destinés à se voir écartier du débat. Et, sur ce point, deux questions méritent d'être posées.

1) N'importe quel acteur doit-il pouvoir continuer à prendre l'initiative de déposer ou de faire déposer une « porte étroite » ?

32. Tous les intérêts sont-ils également légitimes à se voir ainsi défendus ? Faut-il distinguer entre eux, et effectuer un tri préalable entre les interventions pour - par exemple - ne retenir que celles mues par un intérêt général et refuser celles qui soutiendraient des intérêts particuliers ?

Rien de tout cela n'est défendable. Il est trop difficile de tracer une frontière de ce type. Les intérêts particuliers qui animent les auteurs de « portes étroites » sont rarement étrangers par principe à un intérêt public. En outre, il n'est *jamais* bon pour le pays qu'une loi inconstitutionnelle entre en vigueur, et il n'est jamais « bon » non plus qu'une loi mal conçue ou dotée d'effets pervers, par exemple sur tel secteur de l'économie ou de l'emploi, entre en vigueur sans contestation ni murmure. Or l'on voit mal quel critère objectif (c'est-à-dire non idéologique) permettrait de séparer en amont le bon grain de l'ivraie.

33. Surtout, cette idée de tri *a priori* en fonction des intérêts invoqués n'obéit à aucune nécessité : en l'état, la sélection s'opère, au stade de la lecture et de l'utilisation des « portes étroites » par le Conseil constitutionnel, en fonction de la teneur des arguments invoqués par les intervenants. Or, il faut y insister : l'office du Conseil constitutionnel se limite à la défense de la Constitution. Partant, les intérêts fondés sur un droit constitutionnel reconnu (ou susceptible de l'être) sont, par construction, les seuls à pouvoir entrer en lice.

34. L'avantage qui s'attache toujours au respect de la Constitution sera, in fine, le seul à jouir de la protection du juge. Les intervenants ont ainsi à convaincre - et à convaincre par principe - que l'intérêt qu'ils poursuivent mérite cette garantie constitutionnelle. La critique de constitutionnalité sera la seule à même de pousser le Conseil à s'intéresser au problème. Et si la question mérite objectivement examen, il n'importe pas de savoir quels intérêts froissés auront, en pratique, suscité l'envie de la poser.

2) La rédaction proprement dite des « portes étroites » doit-elle être réservée à telle ou telle catégorie de professionnels du droit ?

35. L'acuité du débat constitutionnel ne gagnerait-elle pas à ce qu'il soit réservé à des spécialistes, ou à tout le moins à des personnes ayant fait la démonstration d'une compétence tangible en droit constitutionnel ?

Rien ne conduit à s'y résoudre. Il faut redire que, parmi les justifications du procédé, règne l'idée qu'il est bon de permettre à tous les acteurs concernés, mais tenus à l'écart du débat constitutionnel, de trouver un moyen d'expression adapté devant le Conseil. Or rien ne permet d'avancer que le recours à des professionnels du droit serait invariablement nécessaire à la satisfaction de cet objectif. On peut très bien concevoir une « porte étroite » informative, y compris dans des registres très éloignés de la glose juridique. Faudrait-il refuser à un industriel le droit de confier à un de ses chercheurs particulièrement pédagogue le soin de rédiger une note explicative sur telle dimension technique de son activité afin de montrer, par exemple, que le législateur a méconnu le principe constitutionnel d'égalité en prétendant interdire ou réglementer tel objet ou activité et non pas tel autre ?

36. Par ailleurs, on manquerait de critères pertinents pour distinguer ceux des professionnels du droit qui seraient regardés comme dignes de présenter des « portes étroites ». Certes, les avocats et les avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation disposent de titres particuliers pour intervenir au contentieux. Mais les caractéristiques du « procès » très particulier dont il est ici question n'ont pas pour conséquence de rendre leurs services indispensables. Des professeurs de droit alimentent aussi la réflexion du Conseil. Quant aux juristes d'entreprise, auxquels le pouvoir de représentation en justice est habituellement dénié, ils sont souvent les meilleurs connaisseurs des métiers de leur maison et des difficultés réelles auxquelles elle est confrontée. Or c'est dans la connaissance de ces difficultés - et de ces métiers - que peut résider le supplément de savoir et de compréhension recherché.

37. Bien malin serait au surplus celui qui pourrait reconnaître ou définir à première vue les signes révélateurs d'une compétence avérée en droit constitutionnel. Qui songera à mettre en place, pour traiter des seules « portes étroites », un certificat de capacité donnant brevet pour s'adresser au Conseil constitutionnel ?

38. *Idem*, toute idée de réglementation des formes et conditions de présentation de ces documents déboucherait sur un appauvrissement significatif du procédé. Mieux vaut donc que les choses demeurent en l'état, et que les intervenants soient laissés libres d'écrire ce qu'ils souhaitent, comme ils le souhaitent, en usant de la plume qu'ils jugent la mieux à même d'apporter au Conseil constitutionnel la matière d'une réflexion pertinente.

39. Parce que telle est la liberté que lui donne son office, il revient à ce dernier d'apprécier souverainement, c'est-à-dire discrétionnairement, les conséquences qu'il entend tirer de la contribution qu'il reçoit : la mettre à la corbeille, la lire et y réfléchir, s'en inspirer le cas échéant. Pour le dire d'un mot, c'est son affaire, et cela ne peut être que la sienne.

III

Le débat contradictoire sur les « portes étroites »

40. Dans le cadre de l'article 61 de la Constitution, les règles de procédure ne sont pas nombreuses²¹. L'article 18 de l'ordonnance organique du 7 novembre 1958 prévoit que le Conseil constitutionnel avise de la saisine le Président de la République, le Premier ministre et les présidents des assemblées, lesquels en avisent les membres de leur Chambre. Mais il s'agit d'une simple information, qui n'ouvre pas de séquence contradictoire au sens habituel du terme. Il est vrai que, en l'absence de « parties » se trouvant en litige dans ce procès de pur droit mené sur le mode abstrait, le besoin d'en faire beaucoup plus ne se fait pas forcément sentir.

Quoi qu'il en soit, comme on l'a déjà observé, c'est le Secrétariat général du Gouvernement qui joue, un peu par défaut²², le rôle de « défenseur » de la loi - et ce, qu'elle résulte d'un projet gouvernemental ou d'une proposition parlementaire.

(21) L'ordonnance organique n°58-1067 du 7 novembre 1958 n'apporte que peu de précisions : la forme de la saisine, notamment parlementaire (art. 18), l'intervention du rapporteur (art. 19), la motivation et la publication de la décision (art. 20) ainsi que ses conséquences (art. 21 à 23). C'est à peu près tout. Aucun règlement de procédure, à la différence de ce qui existe pour le contentieux électoral ou pour la QPC, n'a été pris pour ce qui concerne le contrôle *a priori* exercé sur le fondement de l'article 61 de la Constitution.

(22) L'intervention directe du Parlement ou de parlementaires devant le Conseil constitutionnel pourrait être contestée pour des raisons de principe (la séparation des pouvoirs). Elle se heurterait surtout à des difficultés de mise en œuvre : qui choisir, au sein d'un Parlement bicaméral, pour jouer le rôle de défenseur (la présidence de chaque assemblée, leurs secrétariats généraux et leurs administrateurs, leurs commissions, leurs rapporteurs, etc.) ? Et avec quel supplément de connaissance ? Et quelle légitimité perçue par ceux qui ne seraient pas choisis, etc. ? De fait - et non sans d'excellentes raisons - les assemblées ne participent pas directement à la défense de la loi devant le Conseil constitutionnel.

41. Le dialogue qui s'institue avec lui présente plusieurs aspects.

> D'une part, les saisines lui sont transmises. Il y répond par la production d'observations écrites, lesquelles donnent éventuellement matière à une réplique des saisissants. Il est très rare, sauf à ce que cette réplique aborde des sujets nouveaux, que l'aller-retour écrit se poursuive. La teneur de ces échanges officiels est connue *ex post*²³.

> D'autre part, le juge désigné comme rapporteur organise, avec les services du Conseil - et parfois en présence d'autres membres - une réunion d'instruction avec les représentants du Secrétariat général du Gouvernement et des administrations intéressées. Cette réunion est préparée par l'envoi d'un questionnaire au Gouvernement, destiné à faire apparaître les éléments qui suscitent l'interrogation du Conseil. Ces éléments (ou certains d'entre eux) peuvent faire l'objet de demandes d'explication complémentaires qui seront ensuite produites sous forme de fiches par le Secrétariat général du Gouvernement.

42. Pour autant qu'on sache, les « portes étroites » ne sont pas, sauf cas très exceptionnel, communiquées comme telles au Secrétariat général du Gouvernement. Elles n'apparaissent qu'indirectement et sur un mode dépersonnalisé dans le cadre de l'instruction, via le questionnaire et la réunion de travail. Si leur lecture a conduit le Conseil à s'interroger spécialement sur un point de droit, il s'approprie ce questionnement et le présente comme sien. *Idem* s'il soulève un grief d'office ou s'empare d'une disposition extérieure au périmètre de la saisine. Le problème sera abstraitement posé dans le questionnaire et abordé dans la réunion. Des fiches seront éventuellement demandées²⁴.

De fait, le « contradictoire » avec le Secrétariat général du Gouvernement est ainsi assuré sans que l'interlocuteur connaisse la cause et l'origine de l'intérêt du Conseil pour le problème soulevé.

(23) Depuis 1983, les saisines sont publiées au Journal officiel une fois la décision du Conseil constitutionnel rendue. Les observations en défense le sont depuis 1994. Depuis 1996, la publication de ces échanges contradictoires se fait immédiatement en dessous de la décision du Conseil. Ces documents sont également accessibles sur son site internet. On y trouve également les observations complémentaires produites par le secrétariat général du Gouvernement lorsque le Conseil l'a informé de la possibilité qu'il relève une question d'office.

(24) Depuis 2011, certaines de ces fiches font l'objet d'une diffusion publique sur le site internet du Conseil constitutionnel.

43. Ce *modus operandi* n'appelle pas de critiques dirimantes. Il permet au Conseil constitutionnel de veiller à ce que le Gouvernement soit toujours mis à même de présenter des explications sur les questions qui lui sont posées, fût-ce au-delà de la saisine. Aucune différence ne se fait donc jour selon que l'interrogation du Conseil procède de son propre mouvement ou résulte d'une stimulation extérieure.

44. Dans ces conditions, la circonstance que le Secrétariat général du Gouvernement n'ait pas accès au texte de la « porte étroite » (et n'en connaisse rien qui n'ait été phagocyté par le Conseil) n'a rien de problématique. On peut même soutenir que, dans les délais impartis par l'article 61, ce processus - dont résulte une forme de tri sélectif préalable - est celui qui lui permet au mieux de se concentrer sur les seuls thèmes en discussion.

45. En vérité, il importe seulement que le « défenseur » de la loi soit informé des points sur lesquels le Conseil constitutionnel s'interroge et soit mis en mesure de répondre aux questions qu'il se pose. C'est cela qui assure à la loi la meilleure défense possible. Mais précisément, ces objectifs sont atteints. La transmission du texte des « portes étroites » n'apporterait rien de plus. Tout ce que le Conseil souhaite mettre dans le débat s'y trouve effectivement soumis.

Ajoutons que les précisions apportées par le Secrétariat général du Gouvernement en réponse aux interrogations du Conseil ne sont évidemment pas communiquées pour réplique aux auteurs de « portes étroites ». Outre que cela n'aurait aucun sens vu leur absence de statut procédural (et la totale incertitude régnant à chaque fois sur l'intérêt que le Conseil porte à ce qui lui a été adressé par la porte étroite), cela allongerait la procédure, ce qui ne serait pas admissible vu l'importance majeure qui s'attache à ce que le délai d'examen ne soit jamais dépassé²⁵.

(25) L'exemple espagnol démontre que la moindre liberté prise avec la contrainte de délai dans le cadre d'un contrôle *a priori* emporte une congélation insupportable de la loi (et de la volonté générale) et s'offre à des instrumentalizations dilatoires particulièrement périlleuses. Rappelons que le constituant espagnol a préféré supprimer cette voie de contrôle pour résoudre le problème que posait l'accumulation des retards pris dans le traitement des saisines parlementaires. Le précédent est tout de même très parlant.

46. Une brève comparaison avec le droit administratif achève de convaincre de l'acceptabilité de cette situation. Devant la juridiction administrative, l'intervention présente un caractère accessoire et ne peut jamais retarder le jugement de l'affaire. Son auteur n'a pas la qualité de partie et n'a pas à accéder aux pièces de la procédure²⁶.

47. Reste la question de savoir si les « portes étroites » doivent être livrées à la connaissance des autorités habilitées à saisir le Conseil. Dans la pratique, aucune information de cet ordre ne leur est donnée. On entrevoit, au demeurant, que les autorités qui n'ont pas saisi le Conseil sont peu demandeuses. Quant aux saisissants, il n'y aurait d'intérêt à les informer que pour leur permettre de répondre, ce qui n'est pratiquement pas possible dans les délais requis²⁷. La gravité de la carence, s'il en est, n'est donc pas aveuglante.

On peut ne pas exclure, cela étant, que certains auteurs de « portes étroites » cherchent parfois à informer les parlementaires de leur démarche s'ils souhaitent « forcer » le débat sur une disposition donnée. Mais vu qu'il appartient à la liberté desdits parlementaires de donner droit, ou non, à cette espérance, il n'y a pas grand-chose de plus à en dire au plan juridique.

48. En tout état de cause, on manque de raisons de penser qu'une réforme s'imposerait dans ce registre du « contradictoire ».

(26) Art. R. 632-1 du code de justice administrative ; CE Sect. 25 juillet 2013, Office français de protection des réfugiés et apatrides, n° 350661. Notons cependant que le président de la chambre concernée peut apprécier au cas par cas l'opportunité de faire accéder l'intervenant à tout ou partie du dossier. Cette pratique - que l'on croit savoir non exceptionnelle - est, de nouveau, informelle et dépourvu de statut juridique précis. Une bonne confraternité conduit en outre les avocats aux Conseils à communiquer entre eux les différents mémoires et pièces jointes à ces mémoires, y compris à l'égard de celui (ou de ceux) d'entre eux qui représente(nt) un simple intervenant.

(27) Rappelons que le Conseil ne dispose parfois que de quelques jours, notamment pour examiner les textes financiers de la fin de l'année civile.

IV

La publicité des « portes étroites »

49. Ce thème ne concerne pas la teneur du débat en cours au Conseil constitutionnel ni l'influence des échanges durant l'instruction sur le sort de la loi déferée. Il porte seulement sur l'accès qu'il conviendrait, ou non, de donner aux observateurs extérieurs de la décision finalement rendue.

50. Pour certains, l'opacité actuelle est discutable. Mais observons quand même que cette curiosité critique reste très sélective. On ne la voit pas se déployer ailleurs, sur le même mode, là où le problème de principe n'est pas fondamentalement différent. Nul ne s'étonne par exemple, dans la procédure contentieuse administrative, que le contenu des interventions ne soit pas intégralement publié et qu'il demeure le plus souvent inconnu des tiers au procès²⁸. L'on oublie souvent de dire, par-dessus le marché, qu'il en va de même des mémoires des parties elles-mêmes et de la plupart des pièces de procédure. *Idem* pour ce qui concerne la QPC, où le contenu de ces contributions n'est pas porté comme tel à la connaissance du public, ni discuté ou repris explicitement dans la décision²⁹.

(28) La diffusion publique des décisions du Conseil d'État ne comporte pas l'intégralité des visas, notamment la partie qui analyse l'argumentation des parties au litige et, le cas échéant, des interventions en demande ou en défense. C'est de façon indirecte que le contenu (total ou partiel) d'une intervention peut apparaître. C'est le cas lorsque les motifs de la décision se prononcent explicitement sur un moyen en relevant qu'il a été soulevé en propre par un intervenant, ou lorsque les conclusions du rapporteur public en donnent l'indication.

(29) Lorsqu'il a admis une intervention en QPC, le Conseil constitutionnel organise la communication contradictoire du mémoire auprès des parties et des autorités institutionnelles dans le cadre de l'instruction. Il le vise par ailleurs comme une pièce de procédure. Mais aucune publicité n'est donnée au texte ni à son contenu.

Bref : deux poids et deux mesures. Sans doute faut-il voir dans le supplément d'intérêt que certains portent à la publicité des « portes étroites » un nouveau reflet de la singularité perçue du contrôle de la loi *a priori* et de l'atmosphère institutionnelle qui l'entoure. Mais cela ne rend pas raison de tout.

51. Cela étant, la procédure devant les juridictions administratives et celle de la QPC devant le Conseil constitutionnel comportent, il est vrai, plus de fenêtres sur l'extérieur. D'une part, les interventions de tiers supposent vérifié un minimum d'intérêt pour agir, ce dont résultent des traces écrites et publiques. D'autre part, ces interventions sont communiquées aux parties, qui peuvent toujours y faire écho. Enfin, une audience publique se déroule, durant laquelle les uns et les autres sont mis en situation de s'exprimer. Bref, le secret est moins épais.

Une fois rendue la décision DC³⁰, on connaîtra la teneur des mémoires produits par les saisissants³¹ et par le Secrétariat général du Gouvernement³², mais c'est tout pour ce qui concerne la communication officielle du Conseil³³. En contrôle *a priori*, l'instruction demeure secrète et il n'y a pas d'audience publique. Ni les « portes étroites » ni le questionnaire du rapporteur ne connaissent la moindre forme d'extériorisation³⁴.

52. Deux questions de très inégale difficulté méritent d'être posées sur ces bases. La première porte sur les modalités qu'il conviendrait d'assurer à cette publicité des « portes étroites » s'il était décidé de lui en donner une. La seconde, autrement délicate, revient à s'interroger sur l'ampleur même de cette divulgation.

(30) i.e. rendue en contrôle *a priori* selon la nomenclature officielle.

(31) Depuis 1983.

(32) Depuis 1994.

(33) Rien n'empêche au demeurant que les promoteurs des « portes étroites » fassent connaître publiquement le sens ou la teneur de ce qu'ils ont déposé au Conseil constitutionnel par les voies qu'ils jugent appropriées. Rien n'exclut non plus que l'argumentation ainsi exposée se retrouve restituée plus ou moins intégralement dans les commentaires - élogieux ou critiques - dont la décision fera l'objet dans la presse juridique. Avec, il est vrai, un degré de transparence variable sur l'origine de la science en question.

(34) Sauf très indirectement : depuis 2011, avec la mise en ligne sur le site internet du Conseil constitutionnel, les observations complémentaires du Gouvernement sont publiées avec les décisions DC. Il s'agit en pratique des fiches produites en réponse aux interrogations du Conseil pendant l'instruction. Certaines de ces fiches répondent, de facto, à des « portes étroites », sans que cela n'apparaisse explicitement (ni ne soit nécessairement su du Secrétariat général du Gouvernement).

a) Les modalités possibles d'une publicité

53. Posons comme une hypothèse de travail, avant d'y revenir en détail, qu'il pourrait être jugé souhaitable d'assurer à tel ou tel aspect des « portes étroites » un élément de publicité et interrogeons-nous sur les moyens de cette ouverture.

54. Quid du moment de la publicité et quid de ses formes ?

> Sur le premier point, on résiste facilement à l'idée de prévoir quoi que ce soit avant le prononcé de la décision. Puisqu'il s'agirait d'informer le public, sans qu'il en résulte aucun avantage d'ordre procédural, cela ne présenterait aucun intérêt tangible. On ne voit d'ailleurs pas pourquoi il faudrait procéder de la sorte pour les seules « portes étroites » alors que les documents qui se rapportent à l'instruction - texte de la saisine et observations en défense du Gouvernement - ne sont publiés qu'à l'issue de la procédure, une fois la décision rendue.

Admettons en outre que la liberté de réflexion et d'appréciation du Conseil constitutionnel lors de l'instruction et du délibéré se trouve mieux protégée des pressions extérieures si les éléments au vu desquels il conduit sa réflexion ne sont pas exposés sur la place publique.

> Quant au second point, il se soutient assez bien que l'apparition, d'une manière ou d'une autre, d'une référence aux « portes étroites » dans le texte même de la décision du Conseil aboutirait à leur conférer un statut officiel qui excèderait les limites de ce qui peut être envisagé sans remettre en cause les caractéristiques constitutionnelles du contrôle *a priori*. Les mêmes raisons militent par ailleurs pour que l'on exclue de publier les « portes étroites » au Journal officiel.

55. La synthèse de ces paramètres conduit donc à penser que la décision du Conseil gagne à demeurer sanctuarisée dans l'état qu'on lui connaît aujourd'hui. Si publicité il devait y avoir, sur l'un quelconque des éléments de la « porte étroite » (promoteur, auteur, teneur, contenu), elle ne pourrait être envisagée que sous une forme séparée - on pense notamment à une mise en ligne sur le site internet du Conseil.

56. Encore faut-il que le principe de cette publicité soit retenu. Engageons le débat.

b) L'étendue possible de la publicité : faut-il publier le texte des « portes étroites » ?

57. Certaines critiques de la situation actuelle ne convainquent pas. Il en va notamment ainsi de celle tirée du caractère contradictoire de la procédure ou de « l'égalité des armes »³⁵, parce qu'elles mêlent des arguments hétérogènes : une procédure peut se vérifier parfaitement contradictoire entre les parties au procès - pour autant que ce terme possède un sens ici - sans pour autant présenter le moindre élément de publicité et d'accessibilité aux tiers.

58. Passons donc à autre chose et efforçons-nous de ne préconiser une solution qu'après avoir envisagé le plus objectivement possible les arguments qui militent en faveur du statu quo et examiné ceux qui plaident pour la levée du secret.

1) Les arguments favorables au statu quo

59. Le fait est que le secret qui entoure les « portes étroites » préserve - utilement - divers éléments que l'intérêt général commande de protéger.

60. Et d'abord le statut des saisissants. L'article 61 de la Constitution a confié l'alimentation du Conseil à un ensemble d'acteurs limitativement énumérés, lesquels ont pour prérogative de choisir les dispositions de la loi qu'ils soumettent à leur critique. Le Conseil peut, certes, décider de soulever *proprio motu* un grief d'inconstitutionnalité ou même s'interroger sur une disposition de la loi déférée non visée par leur saisine, mais redisons qu'il exerce ces pouvoirs de sa propre initiative, dans le cadre d'un office qui demeure fondamentalement le sien.

La révélation du contenu des « portes étroites » permettrait de voir concrètement que, dans un certain nombre de cas, le contrôle exercé d'office sur telle ou telle disposition a (ou n'a pas) été stimulé de l'extérieur, par d'autres que ceux qui ont reçu de la Constitution le pouvoir de saisir le Conseil. Le doyen Vedel, dans son article de 1991, ne s'était pas ému de

(35) Par exemple T. Perroud, *op. cit.*

cette perspective. Mais l'officialisation, qui plus est systématique, de cette réalité ne serait pas dépourvue d'effets sur la situation empirique - et politique - des parlementaires. Leur monopole de saisine semblerait écorné, ce qui pourrait être mal perçu en un moment où la demande de restauration du prestige et de la fonction des Assemblées alimente une bonne part du discours politique.

Quant à la mise en œuvre d'une telle réforme, elle n'irait pas de soi non plus, ne serait-ce que parce qu'elle révélerait une bonne part de la stratégie des saisissants : la lecture comparée des lettres de saisine et des mémoires de « porte étroite » mettrait en évidence le fait que des parlementaires de l'opposition ont pu dûment vouloir ne pas soulever une question de droit qui présentait pourtant une certaine densité juridique. La Constitution leur a certes donné cette prérogative - politique de part en part - mais il est probable qu'ils ne voient pas d'un bon œil l'injonction d'avoir à rendre raison de son usage.

61. Le secret préserve aussi la liberté d'appréciation du Conseil constitutionnel dans l'exercice de son pouvoir d'examiner d'office des dispositions non contestées dans les saisines. L'alchimie qui le conduit à le faire est toujours subtile. Elle dépend de la teneur de la disposition et des impératifs constitutionnels en cause ; elle mêle des considérations de technique juridique et d'opportunité ; elle intègre les difficultés d'examen qui résultent du cadre imparti par l'article 61, notamment en termes de délais. De nouveau, ce n'est pas rien.

La confidentialité de cette alchimie cuirasse la souveraineté du Conseil. Il perdrait beaucoup à sembler animé de l'extérieur. Pour ce qui regarde tout à la fois son autorité et sa liberté d'agir, mieux vaut qu'il continue d'apparaître comme le seul maître des choix que la Constitution lui donne, dont celui de soulever d'office, ou non, une discussion constitutionnelle que les saisissants n'ont pas déclenchée, voire de situer son analyse sur tel ou tel terrain. Sous ce rapport, l'opacité majeure sans contredit l'autonomie de jugement et la liberté décisionnelle du juge.

62. Le secret préserve enfin la marge d'appréciation à l'avenir du Conseil constitutionnel parce qu'il fait obstacle à ce puisse être sur-interprétée son absence de réaction sur tel ou tel aspect de la loi déférée.

Si l'on ignore la teneur des « portes étroites », l'on ignore aussi que la constitutionnalité de telle disposition de la loi déferée a été spécialement critiquée par-delà la saisine. On est donc moins armé pour déduire quoi que ce soit du silence gardé sur cette disposition. Par voie de conséquence, personne n'a de bonnes raisons de penser que ladite disposition est plus ou moins préjugée conforme à la Constitution.

Cela n'a rien de secondaire. Le silence du Conseil - c'est-à-dire sa décision de ne pas soulever un point d'office - ne doit pas pouvoir être lu comme valant brevet de conformité à la Constitution. Il ne faudrait pas que la publication d'une « porte étroite », parce qu'elle montrait la possibilité d'un débat constitutionnel que la décision ne révélait pas, crée chez les justiciables de fausses impressions et altère la liberté d'appréciation des juges du filtre, voire du Conseil constitutionnel lui-même. Les premiers doivent pouvoir transmettre lorsqu'ils estiment devoir le faire. Quant au second, il doit pouvoir, en QPC, librement annuler une disposition dont il n'avait pas jugé bon de soulever d'office l'inconstitutionnalité lors du contrôle de la loi *a priori*.

Là où il aurait renoncé à se saisir d'office alors qu'il y était incité par une « porte étroite » connue de tous, son abstention prêterait à interrogation. On pourrait se demander pourquoi il n'a pas réagi, surtout si le mémoire était incisif et bien argumenté. Le justiciable serait tenté de penser que la disposition en cause a été implicitement jugée valide ou, à tout le moins, que le chemin - de filtrage et d'examen final - se présente très mal pour ce qu'il en est de faire entendre une contestation. D'une manière ou d'une autre, il y aurait trace de ce que le Conseil constitutionnel a été ouvertement « saisi », sur un mode argumenté, de l'inconstitutionnalité d'une disposition législative, et qu'il n'a pas réagi.

Certes, au plan purement juridique, il resterait soutenable que tel n'est pas le cas. Mais les impressions sont tout autres, et il faudrait craindre que certaines QPC (justifiées) ne parviennent jamais à leur terme, par autolimitation excessive du justiciable ou par extrapolation abusive des juges du filtre à propos de ce qui a ou n'a pas été déjà implicitement jugé.

Mieux vaut, à ce sujet, ne pas oublier que tout a été fait - en jurisprudence, puis dans la loi organique relative à la QPC - pour que l'autorité de la chose jugée par le Conseil reste contenue dans les étroites limites

de ce qui a été expressément jugé, afin que la liberté de poser des QPC sur des dispositions non déclarées conformes « dans les motifs et le dispositif » de la décision ne soit pas indûment asséchée.

2) *Les arguments favorables à la levée du secret*

63. En sens inverse, d'aucuns considèrent que rien d'essentiel ne serait mis en cause par une publicité donnée aux portes étroites, et que le secret dont elles s'entourent ménagent les apparences plus qu'il ne préserve en substance l'office du Conseil constitutionnel.

La thèse est en gros la suivante : le phénomène des portes étroites est connu et ne saurait se confondre avec une saisine en bonne et due forme. Le pouvoir de déférer la loi demeure réservé aux autorités idoines. Leurs prérogatives constitutionnelles ne sont donc affectées que sur un mode subjectif, voire optique. Il n'y aurait donc pas lieu de s'y arrêter.

64. Il se soutient aussi que la marge de manœuvre du Conseil constitutionnel ne serait pas si gravement réduite par une publicité des « portes étroites ». C'est à lui que revient, en toute hypothèse, de décider s'il relève d'office ou non telle ou telle inconstitutionnalité, et il pourrait continuer à le faire en pleine lumière, en fonction de la portée de la disposition en cause, de la teneur des droits impliqués, de la gravité ou de certitude de l'atteinte portée à ces droits, des ressorts de sa propre politique jurisprudentielle - notamment en ce qui concerne les rapports entre contrôle *a priori* et contrôle *a posteriori* -, etc. Bref, sa liberté d'appréciation ne serait pas affectée de manière sérieuse. En droit, il garderait la main puisque la règle resterait posée selon laquelle rien ne peut être déduit de son silence. Quant à la pratique, il n'est pas démontré que la publicité d'une « porte étroite » à laquelle aucune suite n'aura été donnée aurait pour conséquence de tarir des QPC ultérieures ou d'influencer les juges du filtre dans l'exercice de leur mission.

65. Dans la balance des intérêts en présence, il n'est pas illégitime de se demander par ailleurs si le maintien du secret sur les « portes étroites » n'emporte pas plus d'inconvénients que d'avantages. En valeur absolue, il est possible que l'opacité entretienne la méfiance et que la transparence écarte le soupçon. Certains peuvent penser que la connaissance

partagée d'un phénomène permet parfois d'empêcher que des fantasmes ne se développent. On sait l'importance qui s'attache à ce que les juridictions pratiquent la publicité des audiences. S'agissant du Conseil constitutionnel lui-même, la décision a été prise depuis longtemps de publier les lettres de saisine et la réponse du gouvernement, et rien de calamiteux n'est advenu.

66. Pour ce qui concerne les « portes étroites », la thèse n'est donc pas aberrante selon laquelle la transparence serait préférable au secret et que rien de vital ne se perdrait dans cet apport de lumière.

3) Trancher le dilemme

67. L'affaire n'est pas aisée. Faute d'expérience contraire et d'un nombre suffisant de données objectives sur le sujet, les avis peuvent diverger sur les vices et les mérites du statu quo, au moins pour ce qui concerne le principe d'une publication intégrale. Rien ne permet de prétendre régler la question sur la base de certitudes absolues.

68. On inclinera cependant en défaveur de la publication intégrale des « portes étroites », et ce pour un ensemble de motifs tirés, pour le dire vite, d'une sorte de principe de précaution.

69. L'office du Conseil constitutionnel comme juge de la loi à peine votée présente, on l'a maintes fois rappelé, une forte excentricité de contexte et, par là-même, une grande sensibilité politique. Il est utile, voire essentiel, que rien ne soit fait qui contribue à affaiblir le crédit du Conseil ni l'acceptabilité de ses décisions dans la sphère publique.

70. Une importance cruciale s'attache donc à ce que la distribution des tâches soit scrupuleusement préservée. Et l'on ne peut pas faire abstraction du fait que la Constitution a donné aux seules autorités de saisine la capacité - politique - de saisir le Conseil constitutionnel et de choisir celles des dispositions de la loi qu'elles souhaitent déférer à son examen. Symétriquement, l'on ne peut pas ignorer non plus que le pouvoir de relever d'office un moyen de constitutionnalité procède de la prérogative - juridique - donnée au juge, et à lui seul.

71. À la synthèse de ces deux exigences, la prudence commande de ne rien faire qui puisse si peu que ce soit troubler l'équilibre acquis, postulant qu'il est, par principe, fragile. L'accusation d'illégitimité menace toujours de s'abattre sur l'action du Conseil, et l'on ne saurait prendre à la légère la perspective de le voir soumis au reproche d'avoir réécrit l'article 61 de la Constitution en ouvrant la saisine *a priori* à tout un chacun.

72. Il faut aussi revenir au point de départ des présentes réflexions. Les « portes étroites » peuvent jouer, on l'a vu, un rôle très positif dans l'entretien d'une justice constitutionnelle de qualité. Redisons qu'il serait fondamentalement dommageable - voire dangereux - de s'en priver. Mais redisons aussi que l'apport de ces contributions reste pour une bonne part conditionné par la latitude que le Conseil a de n'en tenir aucun compte et, en tout cas, de n'être aucunement lié par elles. Sa souveraineté d'appréciation sur ce qu'il y a lieu de juger n'est autre que vitale. Sans doute l'est-elle même plus encore que celle de n'importe quel autre juge en regard de la charge symbolique et politique attachée à la destruction possible de la loi parlementaire votée quelques jours plus tôt. Et ce n'est pas parce que cette souveraineté comporte, comme toute autre, une part de fiction et d'apparence qu'elle ne gagne pas à se voir protégée.

73. Pour les raisons exposées aux paragraphes 61 et 62 des pages qui précèdent, l'ordre dominant des probabilités est que l'on peinerait à maintenir ce point d'équilibre nécessaire s'il était loisible aux observateurs de mener en permanence une comparaison fine entre les lettres de saisine, le texte des « portes étroites » et le détail de ce qui a été finalement jugé.

74. L'histoire récente a montré que les relations entre le Parlement et le Conseil constitutionnel se sont, pour ainsi dire, pacifiées. Il y a lieu de s'en réjouir, surtout si l'on garde en mémoire le souvenir de ce qu'elles étaient il y a encore quelques années et de la difficulté qu'il y a eu à faire admettre le principe d'un contrôle juridique exigeant - et comme tel désagréable par hypothèse - pour les tenants de la majorité politique. Le souci de conserver aux parlementaires le monopole visible d'un pouvoir que la Constitution leur a accordé en propre ne peut pas ne pas participer du maintien de cette harmonie nécessaire.

75. On préconisera donc de renoncer à la publication intégrale des « portes étroites ». Les avantages qui lui seraient associés sont indécidables car nul ne sait objectivement si cette forme de transparence serait de nature à produire pour de bon les effets de tranquillisation que l'on peut espérer d'elle. Les inconvénients institutionnels qu'elle pourrait entraîner sont en revanche très plausibles. Cela déséquilibre nettement la balance.

76. Pourrait-on, alternativement, envisager une publication sélective ? Et de quoi ?

On sait que, pour la procédure de QPC, le Conseil constitutionnel a mis en place une forme de filtrage *a priori*, afin de distinguer, sur le terrain de la recevabilité liée à l'intérêt pour agir, entre les interventions qu'il admet et celles qu'il écarte de la suite du débat.

Dans le cadre du contrôle *a priori*, on imagine mal qu'un tri ne soit pas déjà à l'œuvre sur le fond, selon que le Conseil constitutionnel souhaite, ou non, intégrer telle ou telle « porte étroite » dans le courant de sa réflexion, tout simplement parce qu'il prend au sérieux, ou pas, ce qu'il y voit écrit. Mais puisqu'il repose sur un pur effet de conviction, ce paramètre s'accommode mal de toute officialisation. On manque de critères pour dire, *urbi et orbi*, pourquoi telle contribution a semblé enrichissante et telle autre loufoque...

77. Une publicité limitée à certaines informations relatives à la « porte étroite » peut-elle être envisagée ? Les informations rendues publiques pourraient porter alors sur l'identité de l'intervenant, la cible de l'intervention et la date de dépôt.

78. L'intérêt de cette publicité restreinte serait limité pour la connaissance extérieure du débat constitutionnel, mais elle permettrait de faire émerger le phénomène un peu plus nettement. D'une certaine façon, un tel *modus operandi* s'apparenterait un peu à ce qui est pratiqué dans le cadre de la QPC : on sait là, à lire les visas de la décision, que des interventions ont été présentées et par qui, mais on ne met pas à disposition des lecteurs extérieurs le texte même de l'intervention ainsi produite.

79. Par ailleurs, cette évolution dévoilerait l'implication dans le débat de ceux qui ont effectivement entendu y participer. Sous l'angle du désir de transparence, ce n'est sans doute pas négligeable, notamment parce que cette exposition en constituerait bien une, avec ce qu'elle suppose d'obligation d'assumer avoir souhaité s'impliquer dans la discussion constitutionnelle.

80. L'effet collatéral, cela étant, ne doit pas être mésestimé : une pression directe, plus ou moins forte, pourrait alors s'exercer sur les promoteurs des « portes étroites ». Certains organes de presse, certaines associations pourraient les sommer de faire connaître le contenu de ce qu'ils ont soumis au Conseil, avec ce que cela suppose d'incertitude et de variabilité sur la « bonne » manière de répondre à ce type d'injonction. Chaque inspirateur aurait donc à réfléchir, de préférence en amont, à la politique qu'il entend adopter à ce propos, comme à sa justification publique si son option est de ne pas divulguer, en règle générale ou au cas par cas³⁶. Et l'on ne peut ignorer qu'un pied se glisserait ainsi dans la porte, sans que l'on sache très bien jusqu'où elle serait susceptible de s'ouvrir...

81. La révélation des noms des intervenants assurerait une transparence au fait même de leur intervention, ce qui pourrait - peut-être - apparaître comme propre à atténuer les critiques liées à l'opacité du phénomène. Mais cette solution ne pourrait présenter les vertus d'un compromis acceptable que s'il était jugé nécessaire d'en former un - ce qui ne s'impose pas avec la force de l'évidence pour la raison - de prudence, là encore, qui vient d'être dite.

82. Mais demandons-nous, en conclusion, si l'enrichissement du débat constitutionnel ne pourrait pas (aussi ?) venir d'une autre approche et d'un tout autre procédé.

(36) On imagine assez bien, au demeurant, qu'un standard de réponse de type « *La société XXX ne communique jamais sur le détail de son action devant les Cours et tribunaux* » puisse, sur la durée, offrir une ressource assez efficace à ceux qui ne souhaitent précisément pas communiquer.

CONCLUSION

Pour un développement des procédures d'*amicus curiae* devant le Conseil constitutionnel ?

83. La possibilité est offerte à certaines juridictions de solliciter officiellement - et de leur propre initiative - des contributions extérieures destinées à enrichir la réflexion en leur sein. S'agissant de la Cour de cassation - qui recourait déjà de temps à autre, à des consultations extérieures sans habilitation explicite, au moins depuis 1991³⁷- la loi « justice du XXI^e siècle » du 18 novembre 2016 a très récemment transposé - à l'identique³⁸ - les dispositions applicables à l'ensemble de la juridiction administrative³⁹, selon lesquelles il est loisible au juge d'inviter :

« [...] toute personne dont la compétence ou les connaissances sont de nature à l'éclairer utilement sur la solution à donner à un litige à produire des observations d'ordre général sur les points qu'elle détermine ».

Il s'ajoute à cela que l'article R 123-26 du code de justice administrative prévoit que le vice-président du Conseil d'État et le président de la section administrative intéressée peuvent appeler à prendre part, sans droit de vote, aux séances des différentes formations consultatives « *les personnes que leurs connaissances spéciales mettraient en mesure d'éclairer les discussions* ».

(37) Il s'agissait de l'avis qu'elle avait demandé au Professeur Jean Bernard dans l'affaire dite des « mères porteuses » (Cass. Ass. Plén., 31 mai 1991, *Bull.* 1991, Ass. Plén., n° 4, p. 5, *RTDCiv.* 1992, p. 88, note J. Mestre, D. 1991, p. 417, note Y. Chartier).

(38) Dans son article 39 (devenu l'article L. 431-3-1 du code de l'organisation judiciaire).

(39) Depuis l'entrée en vigueur du décret n° 2010-164 du 22 février 2010 (codifié à l'article R. 625-3 du Code de justice administrative).

Cette possibilité est rarement utilisée mais on croit savoir qu'elle a permis, par exemple, au professeur René Chapus de prendre part aux débats de l'assemblée générale sur l'ordonnance adoptant le code de justice administrative.

84. Ne serait-il pas judicieux que le Conseil constitutionnel dispose d'une faculté équivalente, selon des formes adaptées au particularisme de son office ? On est tenté de répondre par l'affirmative moyennant plusieurs précautions.

85. Aucune modification de la loi organique n'est raisonnablement requise pour parvenir à ce résultat. Les contributions ainsi demandées aux « amis de la Cour » ne se conçoivent pas autrement que comme informatives et l'on voit mal en quoi le fait d'y recourir constituerait (ou affecterait) un « pouvoir » dont il y aurait à rendre juridiquement raison, a fortiori selon une modalité aussi lourde et aussi solennelle. On observe par ailleurs que le Conseil constitutionnel a réglementé les interventions en QPC en modifiant lui-même son propre règlement intérieur, alors que les enjeux processuels sont autrement importants dans ce contexte puisqu'il faut prendre en compte les droits et prérogatives de justiciables effectivement engagés dans des procès en cours. Il est même tout à fait soutenable - faute d'enjeux équivalents - que la modification du règlement intérieur du Conseil ne soit même pas nécessaire du tout pour solliciter l'avis *d'amicus curiae* dans le cadre du contrôle *a priori*. Encore une fois, le contentieux dont il s'agit est profondément atypique, abstrait et privé de « parties » au sens processuel du terme. Cela majore dans de vastes proportions l'espace de liberté disponible. Mettons donc que le Conseil puisse faire un peu ce qu'il veut dans ce registre, au moins sur le principe, et que l'évolution dont il est ici question puisse être envisagée sur le mode le plus léger, voire le plus informel.

86. La question des délais est autrement épineuse, pour elle-même et pour l'interrogation théorique qu'elle véhicule.

> Redisons une ultime fois que le délai d'examen de la loi à l'initiative des parlementaires est sévère, digne des meilleurs égards et par ailleurs très étroit. Avançons par ailleurs que l'apport d'une expertise extérieure procède pour beaucoup de la réflexion dont elle découle

et que le temps n'en n'est pas l'ennemi... Au croisement de ces contraintes, une sorte d'incompatibilité génétique oppose donc les éléments du dossier.

> La seule issue concevable consiste à admettre que le Conseil constitutionnel recoure aux *amicus curiae* longtemps avant de se voir enfermé dans les délais imposés par la Constitution. Cela signifierait qu'il fasse appel à ces concours extérieurs bien avant de se trouver saisi, voire en assumant le risque de ne l'être pas et d'avoir, ce faisant, travaillé (et fait travailler) pour rien.

87. La question est plus délicate qu'il n'y paraît. L'équilibre juridico-politique aujourd'hui atteint repose sur nombre de gages de renoncement à l'exercice du « gouvernement des juges ». Comme on le sait, dans la démocratie française, le Conseil constitutionnel s'est rendu progressivement acceptable en montrant, par de multiples voies, qu'il ne disposait pas - et voulait ne pas disposer - d'un pouvoir comparable à celui du législateur. Sa « légitimité » perçue a dépendu sans doute pour beaucoup de ce parti général. On ne peut donc pas prendre ce thème à la légère.

88. Or la maîtrise de l'agenda fait partie des critères par lesquels se distinguent assez bien l'office du juge et le métier du politique. Le législateur choisit, pour l'essentiel, de se saisir d'une question alors que le juge subit, lui aussi pour l'essentiel, de se la voir poser⁴⁰. Il ne serait donc pas anodin que le Conseil constitutionnel semble s'évader du cadre ainsi tracé et fasse mine de s'approprier une interrogation que les parlementaires ne lui ont pas (encore) soumise. L'on peut légitimement se demander s'il ne s'exposerait pas, ce faisant, à un procès en sorcellerie républicaine dont personne n'a besoin - et surtout pas lui. Et ce d'autant plus que les débats dont il pourrait s'agir seraient susceptibles de largement recouper ceux qui se déroulent plus ou moins au même moment au Parlement, à un moment où, de surcroît, les dispositions de la loi ne seraient pas stabilisées.

(40) Cf. sur ce point D. de Béchillon, *Le Gouvernement des juges : une question à dissoudre*, in S. Bron-del, N. Foulquier, L. Heuschling, *Gouvernement des juges et démocratie*, Publications de la Sorbonne, 2001, p. 341, repris sous une forme sensiblement différente au Recueil Dalloz, 2002, p. 973.

89. Avançons cependant quelques raisons de ne pas refermer trop vite le ban.

> D'une part, il est tout de même fréquent que le doute ne règne pas, longtemps à l'avance, sur la perspective d'une saisine du Conseil constitutionnel. Les parlementaires de l'opposition l'annoncent parfois très tôt. Par ailleurs, la magnitude de certains sujets autorise de temps à autre une anticipation raisonnable sur ce qu'ils feront au bout du compte. Bref, on sait assez souvent que le Conseil aura à traiter d'un sujet quelques mois plus tard (voire, dans le pire des cas, qu'une QPC lui parviendra un jour ou l'autre à ce propos si les parlementaires renoncent à lui déférer la loi en question⁴¹). Il ne semble pas hérétique d'envisager que le Conseil dise cette conviction lorsqu'il a de bonnes raisons de la nourrir.

> D'autre part, il n'est sûrement pas impossible de formuler la demande de contributions extérieures d'une manière qui ne préjuge ni la saisine ni le détail de la loi. Certaines questions sont assez larges et assez présentes dans le débat pour que le Conseil ne paraisse pas incongru à souhaiter y réfléchir de manière un tant soit peu distanciée,

(41) Le cas de la loi Gayssot est emblématique à cet égard. Les travaux parlementaires d'élaboration de la révision constitutionnelle de 2008 et de la loi organique sur la QPC qui s'en est suivie ont tous été imprégnés par l'assurance selon laquelle le Conseil se prononcerait sur le fond du problème. Mais on se souvient que la Cour de cassation en avait décidé autrement lors des premières heures de la QPC en ne transmettant pas la question. Il n'en reste pas moins que, fort heureusement, le sujet a tout de même fini par aboutir au prétoire du Conseil constitutionnel quelques années plus tard, moyennant quelques détours. La Décision n° 2015-512 QPC du 8 janvier 2016, M. Vincent R. [Délit de contestation de l'existence de certains crimes contre l'humanité] a tranché le débat de la manière suivante : « 7. *Considérant que les propos contestant l'existence de faits commis durant la seconde guerre mondiale qualifiés de crimes contre l'humanité et sanctionnés comme tels par une juridiction française ou internationale constituent en eux-mêmes une incitation au racisme et à l'antisémitisme ; que, par suite, les dispositions contestées ont pour objet de réprimer un abus de l'exercice de la liberté d'expression et de communication qui porte atteinte à l'ordre public et aux droits des tiers ; 8. Considérant, en second lieu, que les dispositions contestées, en incriminant exclusivement la contestation de l'existence de faits commis durant la seconde guerre mondiale, qualifiés de crimes contre l'humanité et sanctionnés comme tels par une juridiction française ou internationale, visent à lutter contre certaines manifestations particulièrement graves d'antisémitisme et de haine raciale ; que seule la négation, implicite ou explicite, ou la minoration outrancière de ces crimes est prohibée ; que les dispositions contestées n'ont ni pour objet ni pour effet d'interdire les débats historiques ; qu'ainsi, l'atteinte à l'exercice de la liberté d'expression qui en résulte est nécessaire, adaptée et proportionnée à l'objectif poursuivi par le législateur ; que, par suite, le grief tiré de l'atteinte à cette liberté et à la liberté d'opinion doit être écarté ».*

voire abstraite. Certains thèmes scientifiques ou très techniques, par exemple, relèvent sans doute de ce registre. Mutatis mutandis, personne ne lui reprocherait d'organiser un colloque de spécialistes sur le genre de thèmes dont il pourrait s'agir. Il n'y a quand même pas très loin de la coupe aux lèvres.

> Au demeurant, l'art de la sélection de ces thèmes « acceptables » gagnerait à ne pas manquer de subtilité. La demande de contributions, notamment extra-juridiques, sur certaines questions, pourrait parfois donner prise à des interprétations toxiques pour la sérénité de débats constitutionnels. On voit mal, par exemple, que le Conseil eût été bien inspiré de solliciter des avis d'experts en psychologie infantile longtemps avant de statuer sur la loi relative au mariage pour tous, ne serait-ce que parce que cela aurait pu se lire comme expressif d'une volonté de substituer ladite expertise à celle du législateur, voire comme révélateur de ce que le Conseil se mêle de ce qui ne le regarde pas... Rien de tout cela est n'est sans danger. Le juge constitutionnel ne doit pas donner l'impression de se défier des options informationnelles du Parlement, voire de la source même de son information. Il n'est pas naturellement fondé à substituer *de plano* « ses » autorités (voire ses choix) scientifiques ou moraux à ceux du législateur. La plus grande prudence est donc de mise, jusques et y compris dans la sélection même de ces « amis » qu'il faut assurément imaginer multiple, pluraliste et très équilibrée afin qu'elle ne puisse pas sembler préfigurer une position déjà acquise, ni même une pente.

Mais cela ne suffit pas à condamner le procédé sans nuance. Il existe, sans doute, des thèmes sur lesquels le Conseil constitutionnel gagne à se trouver alimenté aux meilleures sources, dans des contextes politiques et sociaux tels que sa légitimité à enrichir sa réflexion n'apparaisse pas discutable. À tout le moins, il n'est pas inutile d'y réfléchir à tête reposée.

À Pau, le 21 janvier 2017

Denys de Béchillon

ANNEXE 1

Histoire et typologie des « portes étroites » devant le Conseil constitutionnel

par

Damien Connil

*Chargé de recherches au CNRS
Institut d'études ibériques et ibérico-américaines (IE2IA)*

I Génèse et développements

Les circonstances de l'apparition de ce type d'interventions, dans le cadre du contrôle *a priori*, sont relativement incertaines. Plusieurs périodes semblent se distinguer à la lecture des différents indices qu'une recherche extérieure à l'institution permet, ici ou là, de glaner. A cet égard, notons que la difficulté, du point de vue de l'histoire de la pratique, n'en serait peut-être pas moins réelle – bien que d'une autre nature – à la lumière d'une recherche menée de l'intérieur du Conseil constitutionnel⁴².

a) L'accélération et les réticences (à partir des années soixante-dix)

En se fondant sur le travail de dépouillement des archives de la juridiction constitutionnelle, Bertrand Mathieu avance, dans la présentation générale des Grandes délibérations du Conseil constitutionnel, qu'« à partir de 1975, prolifèrent [nous soulignons] des «saisines» officieuses, constituées par des interventions externes provenant d'intéressés, selon une

(42) Analysant les courriers sans réponse adressés au Conseil constitutionnel, Céline Braconnier a ainsi observé la place précaire réservée aux cartons qui « ont vocation à recueillir, après un bref passage par le service juridique, *les traces de saisines impromptues* [nous soulignons] qui, si elles peuvent amuser ou irriter ceux qui les découvrent, parviennent rarement jusqu'à leur véritable destinataires. [...] Indignes de côtoyer les travaux du Conseil aux Archives nationales, les courriers qui lui ont été adressés depuis sa création jusqu'en 1992 ont été détruits au tournant du siècle, interdisant à jamais l'écriture d'une genèse de la représentation et des usages profanes de cette institution à travers celle et ceux d'individus pour qui elle signifiait pourtant suffisamment pour qu'ils l'interpellent spontanément » (C. Braconnier, « Les sages interpellés. Quelques usages profanes du Conseil constitutionnel », RFSP, 2008/2, n°58, p. 197). L'auteur précise, plus loin, que « constituer l'interpellation profane des autorités publiques en objet sociologique n'en demeure pas moins compliqué, ici comme ailleurs et peut-être ici plus qu'ailleurs. D'abord, parce que ces traces ne bénéficient pas en France du statut juridique protecteur conféré aux archives publiques, ce qui fait dépendre leur conservation mais aussi les règles de leur consultation du bon vouloir des autorités destinataires » (*ibid.*, p. 198).

procédure que l'on appellera ultérieurement celle de la "porte étroite" »⁴³. La pratique est donc antérieure mais les années soixante-dix semblent marquer une accélération du phénomène.

Sans l'assimiler parfaitement à la pratique des portes étroites – notamment parce qu'émanant de l'une des autorités de saisine et parce qu'uniquement adressée à trois des membres du Conseil (MM. Coste-Floret, Dubois et Luchaire) – mais y voyant néanmoins « un tour à la fois novateur et prophétique »⁴⁴, Guillaume Boudou observe, à l'issue d'un travail d'analyse historique de la décision du 16 juillet 1971, que le président du Sénat, auteur de la saisine, avait également transmis une « note », parfois qualifiée de « mémoire », dont le texte est aujourd'hui reproduit, sur le site du Conseil constitutionnel à la suite du texte de la saisine et qui se rapproche d'une porte étroite : « un travail réalisé par un juriste universitaire, se bornant à soulever des moyens d'inconstitutionnalité relatifs à des droits fondamentaux de la personne, sans pour autant inviter formellement le Conseil à l'invalidation du texte »⁴⁵.

En tout état de cause, la période révèle de la part de certains des membres du Conseil une réserve, voire une réticence, à l'égard de ces « interventions » dont l'existence est ainsi, en creux, avérée. Les auteurs des *Grandes délibérations* l'observent particulièrement pour la période 1974-1980. « Ce qui n'est pas encore appelé "les portes étroites" commence à prospérer dans le sillage des saisines parlementaires et irrite quelques membres du Conseil : dans la séance du 30 décembre 1977 (*Lois de finances pour 1978*), le rapporteur qualifie l'envoi par l'ordre des experts-comptables d'une consultation d'un professeur de droit d'« *intervention corporative faisant apparaître clairement tout le danger qu'il y aurait pour le Conseil à répondre systématiquement à ces "fausses saisines" [...]* »⁴⁶. Plus largement, la question des « portes étroites » paraît, à cette époque, s'inscrire dans le débat qui anime le Conseil constitutionnel quant à la procédure

(43) B. Mathieu, J.-P. Machelon, F. Mélin-Soucramanien, D. Rousseau et X. Philippe, *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 2009 [nouvelle édition 2014], p. 13.

(44) G. Boudou, « Autopsie de la décision du Conseil constitutionnel du 16 juillet 1971 sur la liberté d'association », *RFDC*, 2014/1, n°97, p. 5, spécialement p. 26-35.

(45) G. Boudou, art. préc., p. 31.

(46) D. Rousseau, P.-Y. Gahdoun et J. Bonnet in *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 2009 [nouvelle édition 2014], p. 236.

qui s'applique devant lui et quant aux modalités d'instruction des questions dont il est saisi⁴⁷.

b) La divulgation et l'acceptation (à partir des années quatre-vingt)

À partir des années quatre-vingt, la pratique, attestée, semble davantage acceptée mais de nouvelles interrogations affleurent. Elles correspondent d'ailleurs aux transformations que connaît le Conseil constitutionnel lui-même dont le caractère juridictionnel s'affirme et dont la procédure se précise.

Ces nouvelles interrogations apparaissent au sein du Conseil constitutionnel, d'une part. Lors de l'examen de la loi portant diverses mesures relatives aux prestations de vieillesse, le rapporteur rappelle, dans un souci de préservation de la liberté d'action du Conseil constitutionnel, que « les documents présentés par certains groupements ou individus ne sauraient lier le Conseil »⁴⁸. En juin 1983, Georges Vedel souligne les inconvénients de la publication des lettres de saisine notamment au regard de la question de l'éventuelle publication des portes étroites⁴⁹. Ces interventions n'en sont pas moins utilisées et exploitées : la séance du 10 juillet 1985 montre que le rapporteur a informé les membres « d'une note produite par M. Girod, rapporteur devant le Séant. La lettre de saisine du Premier ministre ne comportant pas d'argumentation, le débat juridique va entièrement et exclusivement s'appuyer sur cette note. Le projet de décision élaboré par G. Vedel examine point par point les difficultés soulevées dans le mémoire de M. Girod. Il est fait référence à l'argumentation produite par M. Girod tout au long des débats. C'est autour de cette note que s'organise l'ensemble de la discussion. G. Vedel relève toutefois qu'il n'est guère possible d'y faire référence dans la décision »⁵⁰.

(47) « Nécessité ou non d'accueillir, de viser et d'utiliser les documents émanant d'autres personnes que celles habilitées à saisir le Conseil, opportunité ou non d'auditionner des personnalités qualifiées ou intéressées par l'objet de la loi déférée, pertinence ou non de relations avec la presse, toutes ces questions, qui font encore débat aujourd'hui, prennent corps dans ces années-là », *op. cit.*, p. 236.

(48) X. Philippe, A. Vidal-Naquet, A. Duffy-Meunier, O. Le Bot, « Les délibérations du Conseil constitutionnel – Année 1983 », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2011/2, n°31, p. 74.

(49) *Ibid.*, p. 73.

(50) X. Philippe, A. Vidal-Naquet, O. Le Bot, « Les délibérations du Conseil constitutionnel – Année 1985 », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2011/4, n°33, p. 93

A l'extérieur du Conseil, d'autre part, la pratique est également révélée. De manière sans doute inédite, sont ainsi publiés en 1982 sous la direction de Louis Favoreu et à propos du débat constitutionnel sur les nationalisations, différents documents « d'accès très limité *compte tenu de leur non publication ou diffusion* [nous soulignons] »⁵¹. Aux recours et mémoires des parlementaires sont ainsi joints : le mémoire « présenté au nom du groupe socialiste de l'Assemblée nationale par M. Pierre Joxe [et] des consultations qui ont été rédigées par les professeurs François Luchaire et Jacques Robert à la demande du Gouvernement et par les professeurs Yvon Loussouarn, Roland Drago et Pierre Delvolvé, à la demande d'un groupement d'actionnaires privés »⁵². Présentant les deux décisions du Conseil constitutionnel des 16 janvier et 11 février 1982, Louis Favoreu précise que « le débat contradictoire qui a précédé les décisions a été particulièrement animé et fourni. [...] En outre, *et pour la première fois de manière aussi importante* [nous soulignons], plusieurs consultations ont été suscitées soit par l'opposition soit par le Gouvernement »⁵³. Un peu plus loin, il insiste même : « rien n'interdit de présenter des observations et la pratique confirme que le Conseil constitutionnel reçoit souvent [nous soulignons] des lettres et des notes émanant de parlementaires ou d'autres personnes envoyées à titre officieux. Simplement, le Conseil constitutionnel n'en fait pas officiellement état, ne les vise pas et ne les considère ni comme des saisines, ni comme des interventions »⁵⁴.

Au début des années quatre-vingt, la pratique des portes étroites, bien qu'en principe invisible, est ainsi dévoilée et, dès lors, connue. Différentes indications permettent même de penser qu'elle est assez fréquente. La volonté du Conseil est assurément de ne pas en faire état mais l'interrogation sur la manière de les prendre en considération n'est pas moins présente.

(51) L. Favoreu, Avant-propos in L. Favoreu (dir.), *Nationalisations et Constitution*, PUAM – Economica, 1982, p. 5.

(52) *Ibid.*, p. 5.

(53) L. Favoreu, « Une grande décision », in L. Favoreu, *op. cit.*, p. 28.

(54) *Ibid.*, p. 29.

c) La diffusion et l'explication (à partir des années quatre-vingt-dix)

C'est toutefois au cours de la décennie suivante, principalement à partir de l'article de Georges Vedel paru en 1991 – « L'accès des citoyens au juge constitutionnel, La porte étroite » – que la pratique des interventions spontanées est signalée : « Ignorée du grand public et peut-être d'un certain nombre de juristes, il existe cependant une porte étroite par laquelle les simples citoyens ou leurs groupements peuvent se faufiler (qu'on nous passe l'expression) dans le prétoire du juge constitutionnel »⁵⁵.

En diverses occasions, les membres ou anciens membres du Conseil constitutionnel font référence aux portes étroites. Le Président Mazeaud l'évoque, par exemple, ès qualité, dans au moins deux de ses discours, en 2005 et 2006⁵⁶ ; Noëlle Lenoir, dans un entretien avec Sandra Day O'Connor et Ruth Ginsburg de la Cour suprême des Etats-Unis, précise que « le Conseil constitutionnel reçoit également, dans certaines affaires, des interventions de tiers »⁵⁷ ; Olivier Dutheillet de Lamothe exposant les méthodes de travail du Conseil constitutionnel indique que « toute personne physique ou morale qui est intéressée à la solution du recours peut présenter un mémoire devant le Conseil constitutionnel. Ceux-ci sont souvent rédigés par des avocats. Ils portent, selon la belle formule du doyen Vedel, le nom de «portes étroites», puisque c'est effectivement la seule porte entrouverte sur l'accès de la société civile au Conseil constitutionnel »⁵⁸ ; Jean-Claude Colliard s'interrogeait à l'aune de l'expérience de la QPC sur les possibilités d'une meilleure prise en compte des interventions des tiers dans le cadre du contrôle *a priori* : « cela peut d'ailleurs se faire assez facilement, en donnant un peu plus de reconnaissance aux «portes étroites» qui actuellement sont diffusées, ou non, aux membres sur décision du rapporteur et du président »⁵⁹.

(55) G. Vedel, « L'accès des citoyens au juge constitutionnel, La porte étroite », *La vie judiciaire*, 11-17 mars 1991, p. 1.

(56) P. Mazeaud, « Discours prononcé lors de l'audience solennelle de rentrée de la Cour administrative d'appel de Grenoble », 10 octobre 2005 et « Discours prononcé lors des Entretiens juridiques de Lyon III », 15 septembre 2006.

(57) N. Lenoir, Entretien avec Mmes Sandra Day O'Connor et Ruth Ginsburg, *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 1998, n°5, p. 50.

(58) O. Dutheillet de Lamothe, « Les méthodes du Conseil constitutionnel », 16 juillet 2007, disponible sur le site internet du Conseil constitutionnel.

(59) J.-C. Colliard, « Un nouveau Conseil constitutionnel ? », *Pouvoirs*, 2011, n°137, p. 162.

Cependant, ce sont, avant tout, les Secrétaires généraux successifs du Conseil constitutionnel qui ont fourni le plus d'informations sur la pratique. Dès 1994, Olivier Schrameck l'évoque clairement à l'occasion du colloque consacré à *Vingt ans de saisine parlementaire*. Distinguant les productions écrites dont le Conseil est saisi, il parle notamment de celles « qu'on a l'habitude de qualifier de «portes étroites» » et note, à ce propos, que « le phénomène [...] a tendance à se développer [nous soulignons] »⁶⁰. Marc Guillaume donne, quant à lui, quelques éléments statistiques. Il dénombre ainsi qu'« en 2014, 47 portes étroites ont été déposées à l'occasion des 24 saisines DC du Conseil constitutionnel »⁶¹. Surtout, rendant hommage à Guy Carcassonne, Marc Guillaume souligne que celui-ci « a déposé un très grand nombre de «portes étroites» » au point qu'il « est sûrement l'acteur qui a déposé le plus d'interventions » : 29, entre 1995 et 2013, différents critères permettant ensuite une analyse approfondie – et, bien sûr, nouvelle – de la pratique⁶².

Par ailleurs, *les Cahiers du Conseil constitutionnel* ont également été le lieu d'une mise en lumière de la pratique. En 2001, l'une de ces interventions, rédigée par Guy Carcassonne pour le compte de la société Canal plus, est même publiée, semble-t-il de manière inédite⁶³. Une brève présentation précède ce texte : « Depuis 1983, les saisines sont publiées au *Journal officiel* à la suite des décisions du Conseil constitutionnel. Il en va de même, depuis 1995, des observations en réponse présentée par le gouvernement. Il a paru cependant opportun de porter à la connaissance du public, avec l'autorisation de leurs auteurs, certains autres *documents de procédure* [nous soulignons], parmi les plus intéressants. Ainsi pourra-t-on trouver ci-dessous : [...] une production spontanée émanant de la société Canal plus dans le cadre de l'examen par

(60) O. Schrameck, « Les aspects procéduraux des saisines », in *Vingt ans de saisine parlementaire*, Economica – PUAM, 1995, p. 81. Le texte de cette contribution est également disponible sur le site internet du Conseil constitutionnel.

(61) M. Guillaume, « Le traitement des saisines parlementaires par le Conseil constitutionnel depuis la QPC », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2015/3, n°48, p. 131.

(62) M. Guillaume, « Guy Carcassonne et le Conseil constitutionnel », Colloque du 10 avril 2014, disponible sur le site internet du Conseil constitutionnel.

(63) *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2001, n°11, p. 27. Jusqu'alors, cette rubrique « Documents et procédures » publiait essentiellement des mémoires en répliques. A noter que les Cahiers avaient publié en 2000 une « note technique » émanant du secrétariat général du Gouvernement et venant au soutien des observations de ce dernier (*Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2000, n°8, p. 37).

le Conseil constitutionnel de la loi portant diverses dispositions d'ordre social, éducatif et culturel »⁶⁴. De la même manière, les observations produites par le président du groupe socialiste au Sénat à propos de la loi organique relative à l'expérimentation par les collectivités locales sont publiées au sein de la revue sous le qualificatif explicite de « porte étroite parlementaire »⁶⁵.

Enfin, les auteurs des portes étroites eux-mêmes peuvent chercher à les diffuser ou, du moins, autoriser leur publication. On trouve ainsi une intervention rédigée par Guy Carcassonne pour le compte de l'Association des agences conseils en communication dans la revue *Commentaire* en 1995⁶⁶ ; Pascal Jan présente en annexe de sa thèse publiée plusieurs portes étroites déposées par différents acteurs économiques, associatifs ou institutionnels⁶⁷. L'Association française de droit constitutionnel a également permis la diffusion de l'intervention, inédite, qu'elle avait présentée en 2012 devant le Conseil constitutionnel⁶⁸. De plus, les sites internet d'associations ou groupements peuvent encore en permettre la publication⁶⁹.

(64) *Ibid.*, p. 27.

(65) *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2003, n°15, p. 85.

(66) *Commentaires*, 1995, n°70, p. 331.

(67) Sont ainsi présentées les observations d'un parlementaire sur la loi portant diverses mesures d'ordre social adoptée par l'Assemblée nationale le 23 décembre 1992 (p. 545) ; celles de la Ligue des droits de l'homme et du GISTI sur la loi autorisant la ratification de la Convention des accords de Schengen du 14 juin 1985 (p. 549) ; celles de plusieurs associations (ANAFE, France Terre d'asile, Ligue des droits de l'homme, CIMADE et GISTI) sur la loi modifiant l'ordonnance du 2 novembre 1945 relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France (p. 551) ; celles du GISTI sur la loi relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France (p. 559) ; la lettre de l'Association des agences conseils en communication adressée aux membres du Conseil constitutionnel à l'occasion de l'examen de loi Toubon, accompagnant le mémoire précité rédigé par Guy Carcassonne et publié au sein de la revue *Commentaire* (p. 585) ; les observations du président du groupe socialiste à l'Assemblée nationale sur une modification du règlement de l'Assemblée (p. 587).

(68) *Constitutions*, 2012, p. 393.

(69) Pour deux exemples, v. le mémoire déposé au nom de French Data Network, La Quadrature du Net et la Fédération française des fournisseurs d'accès à Internet associatifs cité in J. Bonnet, P.-Y. Gadhoum et D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, LGDJ, 2016, 11^{ème} édition, p. 116, note n°27 ou le mémoire déposé par les membres du Centre de recherche sur les droits fondamentaux et les évolutions du droit sous la direction de M.-J. Redor à propos de la loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité, disponible sur <http://www.fondamentaux.org/2011/05/18/clinique-juridique-des-droits-fondamentaux-porte-etroite-envoyee-au-conseil-constitutionnel/>.

II

Essai de typologie

L'influence des portes étroites semble, elle aussi, acquise. Pour Jean-Claude Colliard, notamment, « il arrive qu'elles jouent un rôle dans la décision, par exemple s'il s'agit d'une consultation pertinente d'un savant collègue, ou parce qu'elles donnent au rapporteur l'idée d'une saisine d'office à laquelle il n'aurait pas pensé spontanément »⁷⁰. Cette influence peut-elle cependant être mesurée ? D'importants obstacles méthodologiques s'y opposent, à plus forte raison lorsque l'on cherche à le faire – insistons encore sur ce point – de l'extérieur du Conseil constitutionnel. En revanche, certaines indications permettent d'esquisser une typologie des interventions spontanées adressées au Conseil constitutionnel.

Ne bénéficiant d'aucun statut procédural, les portes étroites ne répondent à aucune exigence formelle. Aussi, tout « textes, mémoires, consultations, argumentaires provenant de toutes sortes de personnes, institutions, groupes de pression représentant des intérêts favorables ou opposés à la loi ou simplement cherchant à éclairer le Conseil sur tel point de la loi ou de la saisine et qui sont déposés au Conseil constitutionnel de façon informelle »⁷¹ peuvent être regardés comme des portes étroites. Sans doute faut-il réserver les cas – parce qu'ils ne correspondent pas strictement à l'hypothèse de la porte étroite – dans lesquels « l'intervention » du tiers ne se matérialise pas dans un écrit mais dans un échange oral, une audition⁷². L'intervention, bien que possiblement sollicitée par l'intéressé, apparaît alors moins spontanée puisqu'elle est, dans ce cas, provoquée par le juge constitutionnel qui, au minimum, consent à la rencontre.

(70) J.-C. Colliard, art. préc., p. 162.

(71) G. Drago, *Contentieux constitutionnel français*, PUF, 2011, 3ème éd., p. 369.

(72) Pour un exemple remarqué, v. l'audition par le Conseil constitutionnel de 5 parlementaires à l'occasion de l'examen de la loi Perben II (V. Massieu, « L'audition par le Conseil constitutionnel de parlementaires saisissants, Réflexions sur un aspect procédural de la décision n°2004-492 DC », RFDC, 2004, 363).

Par ailleurs, au-delà de la forme que peut revêtir la porte étroite, il convient d'observer que « l'examen du contenu de ces notes confidentielles contredit cet *a priori* [selon lequel les portes étroites ne révéleraient que des argumentations fondées sur des violations des règles de fond]. Sur les moyens invoqués à l'appui de leurs observations, certains se rapportent à des vices de procédure »⁷³.

Enfin, si Olivier Schrameck indique en 1994 que, « bien entendu, toutes ces contributions sont communiquées à l'ensemble des membres du Conseil constitutionnel »⁷⁴, Jean-Claude Colliard ajoute, en 2011 qu'elles « sont diffusées, ou non, aux membres sur décision du rapporteur et du président »⁷⁵.

Trois éléments méritent alors de retenir l'attention : le contentieux concerné, l'objectif poursuivi et les instigateurs.

a) Le contentieux concerné

Les portes étroites prospèrent aussi bien dans le cadre du contrôle de l'article 61 que dans celui de l'article 54 de la Constitution⁷⁶. Les portes étroites peuvent être produites à l'occasion de l'ensemble des contentieux DC qu'il s'agisse de l'examen des traités, des lois ordinaires, des lois organiques⁷⁷ ou des règlements des assemblées⁷⁸. D'après les indications fournies par Olivier Schrameck, il semble que « ce ne sont pas

(73) P. Jan, *La saisine du Conseil constitutionnel*, LGDJ, 1999, p. 261.

(74) O. Schrameck, *art. préc.*

(75) J.-C. Colliard, « Un nouveau Conseil constitutionnel ? », *Pouvoirs*, 2011, n°137, p. 162.

(76) Pour un exemple, Guy Carcassonne avait déposé une intervention à l'occasion de l'examen par le Conseil constitutionnel des questions relatives à la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires, décision n°99-412 DC du 15 juin 1999, évoqué in M. Guillaume, « Guy Carcassonne et le Conseil constitutionnel », *préc.*

(77) Pour un exemple, v. la « porte étroite parlementaire » signée du président du groupe socialiste du Sénat à l'occasion de l'examen par le Conseil constitutionnel de la loi organique relative à l'expérimentation par les collectivités territoriales, décision n°2003-478 DC du 30 juillet 2003, porte étroite publiée in *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2003, n°15, p. 85. Pour une autre illustration, v. également, le cas évoqué par Marc Guillaume de la loi organique modifiant la date d'expiration des pouvoirs de l'Assemblée nationale, décision n°2001-444 DC du 9 mai 2001 (*art. préc.*).

(78) Pour un exemple, v. les observations du groupe socialiste publiées aux *Cahiers du Conseil constitutionnel* à l'occasion de la décision n°2006-537 DC du 22 juin 2006 relative à une résolution modifiant le règlement de l'Assemblée nationale (*Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2006, n°21, p. 32).

nécessairement les lois les plus controversées dans le débat public qui provoquent le plus de contributions officieuses. Il y a d'ailleurs, pourrait-on dire avec malice, une corrélation plus étroite entre l'importance des intérêts économiques et financiers mis en cause et la multiplicité des documents parvenant au Conseil par cette voie dite étroite »⁷⁹.

De plus, si l'on considère, au moins par hypothèse, comme relativement représentatif l'échantillon des portes étroites rédigées par Guy Carcassonne dont Marc Guillaume a pu rendre compte, il faut observer que 59% de ses interventions (17 sur 29) portaient sur des lois budgétaires (LFI, LFR, LFSS)⁸⁰ ce qui semble faire de ces dernières un domaine privilégié en la matière.

b) L'objectif poursuivi

Si l'objet d'une porte étroite est de défendre ou de mettre en cause – voire, parfois, les deux – la constitutionnalité d'une ou plusieurs dispositions, des nuances apparaissent quant à l'objectif poursuivi par celui qui intervient ainsi dans le procès constitutionnel.

Premièrement, l'information du juge peut être recherchée. La porte étroite « ne se limite pas à présenter des éléments de pur droit. Les mémoires produits peuvent compléter la saisine, mais également l'appuyer, la mettre en perspective ou la contredire. Ils portent à la connaissance du juge, d'autre part, un certain nombre de faits objectifs »⁸¹. En ce sens, Pascal Jan parle de « mémoire informatif »⁸² et, dans cette perspective, Olivier Dutheillet de Lamothe a également eu l'occasion de souligner

(79) O. Schrameck, art. préc.

(80) Les chiffres donnés par M. Guillaume sont les suivants : LFI pour 1996, 2000, 2011, 2012, 2013 (3 fois) ; LFR pour 1995, 2000, 2005, 2012 (2 fois) ; LFSS pour 2002, 2010, 2011, 2012, 2013.

(81) V. Massieu, « Les Amis de la Cour », in *30 ans de saisine parlementaire du Conseil constitutionnel*, Economica – PUAM, 2006, p. 190.

(82) P. Jan, op. cit., p. 254 et s. L'auteur cite d'ailleurs l'intervention du sénateur Bonnet à l'occasion de l'examen par le Conseil constitutionnel en 1992 de la loi portant diverses mesures d'ordre social : « les présentes observations demeurent néanmoins indépendantes de ladite saisine et visent à la simple information du rapporteur désigné par [la] Haute juridiction [nous soulignons]. Ma démarche ne constitue pas une nouvelle saisine » (cité in P. Jan, op. cit., p. 255).

l'intérêt que représentaient, pour les membres de la juridiction constitutionnelle, les portes étroites⁸³.

Deuxièmement, la porte étroite peut venir au soutien de la loi. Olivier Schrameck en distingue trois formes : les « consultations demandées à d'éminents représentants de la doctrine [et, à propos desquelles,] on peut supputer dans certains cas que les commandes viennent directement des ministères à l'origine de la loi » de sorte que l'on perçoit parfois « un certain miroitement entre cette argumentation indirecte des ministères présentée sous l'autorité et la responsabilité de consultants et celle qui est développée officiellement par le secrétariat général du Gouvernement »⁸⁴ ; « celles qui sont parfois adressées au Conseil constitutionnel par une partie seulement des saisissants, voire par un seul d'entre eux, et qui ne sont pas assimilées à des mémoires s'inscrivant dans le caractère contradictoire de la procédure »⁸⁵ ; et « plus rarement certains groupes économiques ou sociaux que la loi satisfait peuvent être enclins à présenter des argumentations au soutien de celle-ci »⁸⁶.

Troisièmement, les portes étroites peuvent appuyer la mise en cause de la constitutionnalité du texte dont le Conseil est saisi. Les portes étroites viennent *au soutien* de la saisine lorsqu'elles soulignent l'inconstitutionnalité de dispositions déjà critiquées par les saisissants et la complètent lorsqu'elles attirent l'attention du Conseil constitutionnel sur des dispo-

(83) Le compte-rendu du conseil d'administration de l'AFDC du 13 juin 2012, au cours duquel l'envoi par l'Association d'une porte étroite au Conseil constitutionnel était discuté, en fait état : « O. Dutheillet de Lamothe confirme que comme N. Lenoir, son activité de membre du Conseil constitutionnel l'a convaincu de l'utilité majeure de ces « portes étroites », les juges n'ont plus le temps de lire les mémoires et autres documents officiels, mais ces portes étroites qui ne sont pas visées officiellement, sont distribuées à tous les membres du Conseil constitutionnel et sont un moyen d'enrichissement très important de la réflexion, comme le disait déjà le doyen Vedel. Ces portes étroites nous ont beaucoup plus apporté que les mémoires. Le contrôle a priori du Conseil constitutionnel vit dans un climat d'une grande pauvreté intellectuelle. Les recours sont souvent de faible qualité, à peine contrôlés par le Groupe politique qui les dépose, en décalage complet avec les exceptions d'irrecevabilité qui sont souvent de très grande qualité. C'est un vrai bonheur pour un rapporteur et pour les juges d'avoir une porte étroite dans une affaire. C'est un vecteur extrêmement puissant » (Compte-rendu disponible sur le site internet de l'Association française de droit constitutionnel).

(84) O. Schrameck, *art. préc.*

(85) *Ibid.*

(86) *Ibid.*

sitions non contestées par les autorités de saisine⁸⁷. Les portes étroites « peuvent attirer l'attention du Conseil constitutionnel soit sur une disposition qui n'est pas visée dans la saisine (ce qui peut entraîner un examen d'office d'une disposition non contestée), soit sur des moyens ou une argumentation différente de celle des requérants »⁸⁸.

Justifiant que les portes étroites n'entrent pas dans le débat contentieux et ne fassent pas l'objet d'une communication pour observations, Olivier Schrameck souligne qu'« elles ont très souvent trait à des dispositions qui ne sont pas mises en cause par les saisissants »⁸⁹. Georges Vedel, en 1996, décrit également les portes étroites comme permettant « de signaler que telle ou telle disposition de la loi déferée, bien que non critiquée par la saisine, est contraire à la Constitution et d'argumenter en ce sens »⁹⁰. Marc Guillaume remarque également que sur l'ensemble des interventions de Guy Carcassonne, 17 d'entre elles venaient au soutien de la saisine et 9 portaient sur des dispositions qui n'étaient pas attaquées dans la saisine »⁹¹. Pour autant, l'ancien Secrétaire général du Conseil constitutionnel affirme clairement le caractère second des portes étroites : « d'une part, le Conseil n'a jamais modifié le champ de sa saisine sous l'influence des interventions de Guy Carcassonne. Le Conseil n'a jamais contrôlé une disposition dont il n'était pas saisi sous l'influence d'une de ses interventions. [...] D'autre part, le Conseil se détermine au vu des griefs articulés par les saisissants. Les interventions sont à analyser à l'aune de cette cohérence éventuelle avec les saisines »⁹².

(87) Pour un exemple, V. Massieu observe, à propos du contrôle de la loi DOSEC, que « le mémoire produit par le sénateur Seillier, officiellement irrecevable car émanant d'un saisissant unique, irrigue néanmoins officieusement le contrôle. Le juge a ainsi examiné d'office l'article 14 de la loi, dont M. Seillier avait, seul, invoqué le caractère inconstitutionnel » (*art. préc.*, p. 194).

(88) M. Guillaume, « Le règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité », *Les Petites Affiches*, 23 février 2010, n° 38, p. 3.

(89) O. Schrameck, *art. préc.*

(90) G. Vedel, « Réflexions sur les singularités de la procédure devant le Conseil constitutionnel », *Mélanges R. Perrot*, Dalloz, 1996, p. 549.

(91) M. Guillaume, *art. préc.*

(92) *Ibid.* : « le Conseil constitutionnel fonde son action sur les saisines qui lui sont adressées. Ce sont celles-ci qui guident son action constitutionnelle. Les interventions ne trouvent véritablement une place que lorsqu'elles sont en cohérence avec ces saisines. [...] Les « portes étroites » sont secondes. Elles ouvrent le Conseil sur l'extérieur mais ne sont pas au cœur des contentieux constitutionnels engagés par les parlementaires saisissants. Lorsqu'elles sont en phase avec ceux-ci, elles trouvent leur pleine efficacité ». Considérant, à l'inverse, cette conception « supplétive » de la porte étroite comme restrictive, v. V. Massieu, *art. préc.*, p. 190.

c) *Les instigateurs*

La pratique des portes étroites, à partir de l'article de Georges Vedel, a essentiellement été présentée comme un instrument à la disposition des citoyens. Sans doute faut-il y voir, au cours des années quatre-vingt-dix, une réaction à l'abandon du projet d'introduction en droit français d'une exception d'inconstitutionnalité⁹³. Cependant, la voie de la porte étroite ne paraît pas principalement empruntée par les citoyens de manière individuelle. Georges Vedel l'indique lui-même en parlant de citoyens « pratiquement d'ailleurs le plus souvent représentés par une association ou un groupement »⁹⁴.

Là encore, l'analyse des interventions rédigées par Guy Carcassonne paraît illustrative. S'il est rarement intervenu à titre personnel⁹⁵, il a surtout travaillé pour « des acteurs économiques, tels que l'Association française des entreprises privées ou la Fédération française des sociétés d'assurance ; des acteurs sportifs tels que la Fédération française de football ou la Ligue de football professionnel ; des acteurs culturels et audiovisuels tels que UBC France ou le Syndicat national de l'édition phonographique ; des acteurs « alcoolisés » tels que la Fédération française des spiritueux ou l'Association des brasseurs de France »⁹⁶.

D'autres acteurs que les citoyens considérés individuellement apparaissent donc singulièrement intéressés par les portes étroites ce qui explique la corrélation suggérée par Olivier Schrameck « entre l'importance des intérêts économiques et financiers mis en cause et la multiplicité des documents parvenant au Conseil par cette voie étroite »⁹⁷.

(93) Pour Olivier Schrameck (*art. préc.*), cette « appellation restrictive s'apprécie au regard des perspectives de l'exception d'inconstitutionnalité ».

(94) G. Vedel, « L'accès des citoyens au juge constitutionnel, La porte étroite », *La vie judiciaire*, 11-17 mars 1991, p. 13. Les deux exemples cités dans l'article sont, à cet égard, révélateurs d'argumentations portées par des associations auprès du Conseil constitutionnel (décisions n°90-277 DC du 25 juillet 1990 et n°90-285 DC du 28 décembre 1990).

(95) S'agissant de la Charte sur les langues régionales, la loi organique modifiant la date d'expiration des pouvoirs de l'Assemblée nationale et la loi visant à réprimer la contestation de l'existence des génocides reconnus par la loi.

(96) M. Guillaume, *art. préc.*

(97) O. Schrameck, *art. préc.*

On voit d'ailleurs, à propos de la loi Macron, que lorsque le Conseil constitutionnel a été saisi du texte, il a également reçu de nombreuses interventions extérieures (24, d'après les chiffres donnés par Jean-Louis Debré⁹⁸).

D'autant que, pour les tiers, la porte étroite est, dans certains cas, l'occasion de défendre une nouvelle fois leurs intérêts, devant un autre interlocuteur – le Conseil constitutionnel – et sur le fondement d'une argumentation renforcée par le droit. De sorte que « l'existence de la porte étroite n'est donc pas sans incidences sur le déclenchement du contrôle de constitutionnalité, dans la mesure où ses utilisateurs potentiels redoublent d'efforts afin de persuader les autorités de saisine d'user de leur prérogative »⁹⁹.

Au-delà des « acteurs professionnels », des associations adressent également leurs remarques et arguments au Conseil constitutionnel. Par exemple, en matière de droit des étrangers, le GISTI intervient régulièrement¹⁰⁰. Par exemple encore, mais exceptionnellement, l'Association française de droit constitutionnel avait déposé des observations lors de l'examen par le Conseil constitutionnel de la loi visant à réprimer la contestation des génocides reconnus par la loi¹⁰¹.

De manière plus étonnante peut-être, les portes étroites constituent également pour les parlementaires une voie d'accès au juge constitutionnel. Les membres des assemblées prennent alors soin de bien distinguer leurs observations d'une saisine¹⁰² ; à défaut, leur mémoire est irrecevable¹⁰³.

(98) J.-L. Debré cité in V. Champeil-Desplats, « Retour sur la case prison : le Conseil constitutionnel, un monde à part ? », *Revue de droit du travail*, 2016, p. 611.

(99) V. Massieu, art. préc., p. 189.

(100) En ce sens, v. V. Massieu, art. préc., p. 186 qui précise que « nous tenons de l'ancienne Présidente du GISTI que celui-ci est intervenu à de nombreuses reprises par le biais de la porte étroite, lors de l'examen de lois relatives, en tout ou partie, à l'immigration » et P. Jan, op. cit., joignant également à son étude un exemple de porte étroite déposée par le groupement (Annexes, p. 549).

(101) Ces observations ont été publiées in *Constitutions*, 2012, p. 393.

(102) V. par exemple les observations adressées au Conseil constitutionnel par le président du groupe socialiste du Sénat à propos de la loi organique relative à l'expérimentation par les collectivités locales, *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2003, n°15, p. 85.

(103) Pour des exemples v. les décisions du Conseil constitutionnel n°99-419 DC du 9 novembre 1999, n°2000-428 DC du 4 mai 2000 ou n°2001-450 DC du 11 juillet 2001.

Plusieurs raisons expliquent l'utilisation par les parlementaires de la porte étroite. En premier lieu, les contraintes procédurales de la saisine, notamment les conditions de délai, conduisent parfois ses auteurs à limiter leurs prétentions aux arguments que la discussion parlementaire a fait apparaître de sorte que « le mémoire informatif pallie ainsi les imperfections de la procédure de saisine en donnant la possibilité à certains parlementaires [...] de compléter l'objet ou la cause du recours initial »¹⁰⁴. En deuxième lieu, et en dehors d'éventuelles contraintes procédurales, les portes étroites permettent également à certains parlementaires saisissants de développer, de surcroît, une argumentation distincte de celle de la saisine, formulant ainsi ce que l'on pourrait qualifier d'observations séparées concordantes¹⁰⁵. En troisième lieu, la porte étroite permet particulièrement aux parlementaires de venir au soutien de la loi. C'est l'hypothèse du mémoire présenté au nom du groupe socialiste à l'Assemblée nationale par son président, Pierre Joxe, à propos des nationalisations de 1981-1982¹⁰⁶. Dans ce cas, la porte étroite se distingue d'une « saisine » officielle mais se rapproche d'un mémoire participant du caractère contradictoire de la procédure.

Par ailleurs, du point de vue de leurs auteurs, les portes étroites apparaissent très souvent rédigées par des avocats ou des représentants de la doctrine. Sans doute, « dans le flux de courrier reçu, la qualité professionnelle de l'auteur peut constituer un critère commode de sélection, et les professeurs de droit apparaissent comme des utilisateurs privilégiés de la porte étroite »¹⁰⁷. Encore une fois, l'expérience de Marc Guillaume est éclairante puisqu'à propos des interventions de Guy Carcassonne, il témoignait de cela : « la renommée de sa plume les paraît d'une aura particulière »¹⁰⁸.

Damien Connil

(104) P. Jan, *op. cit.*, p. 258. L'auteur cite l'exemple des observations formulées par le sénateur Bonnet reproduites en annexes (p. 545).

(105) Par exemple, à propos de la décision n°2001-450 DC du 11 juillet 2001. Si le mémoire déposé par un parlementaire avait été déclaré irrecevable, Virginie Massieu observe néanmoins que son argumentation n'a peut-être pas été ignorée dès lors que le Conseil constitutionnel avait, dans sa décision, examiné l'article 14 de la loi contestée dont le sénateur « avait, seul, invoqué le caractère inconstitutionnel » (art. préc., p. 194).

(106) Publié in L. Favoreu (dir.), *op. cit.*, p. 315.

(107) V. Massieu, art. préc., p. 183.

(108) M. Guillaume, art. préc.

ANNEXE 2

Bibliographie

BEZINA A.-C., *Les questions et les moyens soulevés d'office par le Conseil constitutionnel*, Dalloz, 2014

BONNET J., GADHOUN P.-Y. ET ROUSSEAU D., *Droit du contentieux constitutionnel*, LGDJ, 2016, 11^{ème} édition

BRACONNIER C., « Les sages interpellés. Quelques usages profanes du Conseil constitutionnel », *RFSP*, 2008/2, n°58, p. 197

BUGNON C., « *L'amicus curiae*, facteur de démocratisation du procès administratif », *AJDA*, 2011, p. 1608

CARCASSONNE G., Observations présentée pour la Société Canal plus, *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2002, n°11, p. 27

CHAMPEIL-DESPLATS V., « Retour sur la case prison : le Conseil constitutionnel, un monde à part ? », *Revue de droit du travail*, 2016, p. 611

COLLIARD J.-C., « Un nouveau Conseil Constitutionnel ? », *Pouvoirs*, 2011, n° 137, p. 155

DI MANNO TH., *Le Conseil constitutionnel et les moyens et conclusions soulevés d'office*, Economica – PUAM, 1994

DRAGO G., *Contentieux constitutionnel français*, PUF, 2016, 4^{ème} édition

DUTHEILLET DE LAMOTHE O., « Les méthodes de travail du Conseil constitutionnel », 16 juillet 2007, *disponible sur www.conseil-constitutionnel.fr*

GADHOUN P.-Y., « Chronique de droit public », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2016, n°52, p. 133

GUILLAUME M., « Guy Carcassonne et le Conseil constitutionnel », Colloque, 10 avril 2014, disponible sur www.conseil-constitutionnel.fr

- « Le règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité », *Les Petites Affiches*, 23 février 2010, n°38, p. 3

- « Le traitement des saisines parlementaires par le Conseil constitutionnel depuis la QPC », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2015/3, n°48, p. 127

JAN P., *La saisine du Conseil constitutionnel*, LGDJ, 1999

- « L'accès au juge constitutionnel : modalités et procédures », *Rapport pour le deuxième Congrès de l'ACCPUF*, 2000

LENOIR N., Entretien avec Sandra Day O'Connor et Ruth Ginsburg, *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 1998, n°5, p. 44

- « Le métier de juge constitutionnel », *Le Débat*, 2001, n°114, p. 178

MASSIEU V., « Les Amis de la Cour », in *30 ans de saisine parlementaire du Conseil constitutionnel*, Economica – PUAM, 2006, p. 177

MATHIEU B., « Intervention. Le rôle proactif des groupements d'intérêt dans le cadre de la QPC », *JCP éd. G*, 2010, doct. n°1221

MATHIEU B., MACHELON J.-P., MELIN-SOUCRAMANIEN F., ROUSSEAU D. ET PHILIPPE X., *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 2009 [nouvelle édition 2014]

MATHIEU M., « Dans les coulisses du Conseil constitutionnel, cible des lobbies », *Médiapart*, 12 octobre 2015

MAZEAUD P., « Discours prononcé lors de l'audience solennelle de rentrée de la Cour administrative d'appel de Grenoble », 10 octobre 2005

- « Discours prononcé lors des Entretiens juridiques de Lyon III, 15 septembre 2006

PERROUD T., « Pour la publication des portes étroites devant le Conseil constitutionnel et le Conseil d'Etat », *AJDA*, 2015, p. 2511

PHILIPPE X., VIDAL-NAQUET A. ET LE BOT O., « Les délibérations du Conseil constitutionnel – Année 1983 », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2011, n°31, p. 63

- « Les délibérations du Conseil constitutionnel – Année 1985 », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2011, n°33, p. 85

SANTOLINI TH., « L'intervention des tiers dans le procès constitutionnel en droit comparé », Congrès de l'AFDC, 2008, disponible sur <http://www.afdc.fr/congresParis/comC5/SantoliniTXT.pdf>.

- *Les parties dans le procès constitutionnel*, Bruylant, 2010

SCHRAMECK O., « Les aspects procéduraux des saisines », *in 20 ans de saisine parlementaire du Conseil constitutionnel*, Economica – PUAM, 1995, p. 81

VEDEL G., « L'accès des citoyens au juge constitutionnel, La porte étroite », *La vie judiciaire*, 11-17 mars 1991, n°2344, p. 1

- « Réflexions sur les singularités de la procédure devant le Conseil constitutionnel », *Mélanges R. Perrot*, Dalloz, 1996, p. 537



Association déclarée - 4, rue de la Planche 75007 Paris
Tél. : 01 53 63 40 04 - Fax : 01 53 63 40 08

www.leclubdesjuristes.com

Retrouvez-nous sur :

