

Une tartufferie institutionnelle. L'audition parlementaire des candidats au Conseil constitutionnel

Julien JEANNENEY

Professeur à l'Université de Strasbourg

En principe, toute réforme est justifiée par un objectif et matérialisée par un ensemble de normes juridiques. On peut l'évaluer, dès lors, en confrontant la pratique qui résulte de ces normes aux finalités qui lui ont été attachées¹. L'instauration, à la faveur de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, d'une procédure de contrôle parlementaire des candidatures au Conseil constitutionnel marque, sous ce rapport, un échec singulier auquel quinze années de recul permettent de donner du sens.

I – DE GRANDES ESPÉRANCES

Son cadre est désormais bien connu². L'article 13 de la Constitution impose, pour certaines catégories d'emplois et fonctions, que le pouvoir de nomination du président de la République « s'exerce après avis public de la commission permanente compétente de chaque assemblée », en élevant à trois cinquièmes des votes exprimés la majorité nécessaire pour que les parlementaires puissent bloquer une candidature. L'article 56 impose cette procédure pour les nominations au Conseil constitutionnel et l'étend aux candidatures proposées par les présidents des deux assemblées – en limitant alors le contrôle à la seule commission compétente de leur assemblée. En pratique, cette réforme se matérialise par un double changement : l'audition parlementaire, d'une part, des candidats au Conseil constitutionnel – formellement prévue par une loi ordinaire³ quoique cette perspective ait été au cœur des débats préalables à son adoption ; la faculté reconnue aux commissions des lois des assemblées parlementaires, d'autre part, de faire obstacle à certaines candidatures.

On tend à oublier les objectifs originellement assignés à cette réforme aux différents stades de son élaboration. Comme nombre d'innovations concrétisées par la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008, cette procédure nouvelle était présentée comme un moyen de renforcer les compétences du Parlement en ramenant pour une part vers lui – en l'occurrence, vers les commissions des lois des deux assemblées – certains pouvoirs présidentiels,

1. V. J. Jeanneney, « Le réformisme constitutionnel sous la V^e République », in Ph. Blachère (dir.), *La Constitution de la V^e République : 60 ans d'application*, LGDJ, 2018, p. 135-153.

2. V. L. Sponchiado, *La compétence de nomination du président de la Cinquième République*, Dalloz, 2017, p. 441-453 ; G. Bergougous, « La procédure du dernier alinéa de l'article 13 de la Constitution : une incursion du Parlement dans le pré carré du chef de l'État », in *Mélanges J.-L. Héryn*, Mare & Martin, 2020, p. 43-54.

3. Loi n° 2010-838, 23 juill. 2010, art. 1^{er}.

ou exercés ici par les présidents des assemblées. Le pouvoir de nomination serait désormais « partagé »⁴ avec les commissions parlementaires, ce qui le limiterait⁵.

Dans leur diversité, ces objectifs pouvaient être ramenés à deux ensembles. Le premier était incitatif : la procédure nouvelle pousserait les autorités de nomination à choisir leurs candidats avec une attention redoublée. La peur du ridicule d'une piètre prestation de leur candidat devant les parlementaires, sous l'œil des caméras, ainsi que la crainte provoquée par le risque d'un désaveu formel étaient vouées à agir comme un aiguillon : nulle autorité n'oserait plus proposer un candidat dont le niveau risquerait d'être perçu comme insuffisant – sans compter que certains candidats potentiels, conscients de leurs faiblesses, renonceraient de leur propre chef⁶. Le second objectif était heuristique. La procédure permettrait de s'assurer des compétences⁷ et des vertus des candidats. Ainsi se trouverait éloigné le spectre de désignations de pure connivence⁸.

II – LE VER ÉTAIT DANS LE FRUIT

D'emblée, pourtant, les difficultés s'annonçaient. Au moment même où était confiée cette compétence nouvelle aux parlementaires, la timidité prit le devant et on s'attacha à la corseter. On se méfia d'une « politisation »⁹ accrue des nominations, quoique les considérations politiques ne leur aient été, par le passé, que rarement étrangères. On était soucieux de ne pas aller jusqu'à « transférer au Parlement »¹⁰ la compétence de nomination par l'effet de cette réforme.

De quoi résultent les deux faiblesses congénitales de la procédure, causes d'un handicap durable. La première est la majorité qualifiée des trois cinquièmes des votants imposée pour s'opposer à une candidature – perspective improbable en regard des solidarités partisans, des mécanismes du parlementarisme rationalisé et du fait majoritaire. Ceux qui, à l'Assemblée nationale, y avaient vu « un leurre »¹¹ ou le paradoxe d'un mécanisme destiné à « préférer les compétences aux connivences » tout en réintroduisant dans la décision « le fait majoritaire dans toute sa puissance »¹², ne s'y étaient pas trompés : il aurait fallu prévoir une majorité – simple ou qualifiée – pour que puisse être opérée la nomination. La deuxième faiblesse est que le contrôle des candidatures proposées par le président d'une assemblée parlementaire soit confié à la commission des lois de cette dernière, à l'exclusion de celle de l'autre chambre. Il en faudrait beaucoup pour que la commission des lois d'une assemblée s'oppose au choix de son président.

Par l'effet cumulé de ces deux règles, nul participant à la procédure – qu'il fût autorité de nomination, parlementaire ou candidat – ne pouvait prendre au sérieux le risque d'une opposition parlementaire à une candidature au Conseil constitutionnel. Sauf coup de théâtre extraordinaire, son contrôle était voué à rester platonique.

4. Déclaration de N. Sarkozy, Épinal, 12 juill. 2007.

5. « L'ultime geste de Nicolas Sarkozy sur les institutions », propos de N. Sarkozy recueillis par A. Frachon, F. Fressoz, A. Leparmentier et P. Roger, *Le Monde*, 21 juill. 2008.

6. V. *JOAN*, 22 mai 2008, 3^e s., p. 2400 (J.-L. Warsmann).

7. V. Comité Balladur, *Une V^e République plus démocratique*, Fayard, La documentation française, 2008, p. 16-19 (prop. n° 8).

8. V. *JOAN*, 22 mai 2008, 3^e s., p. 2397 (J.-Ch. Lagarde).

9. V. *JOAN*, 22 mai 2008, 3^e s., p. 2399 (Ph. Folliot).

10. V. *JO Sén.*, 19 juin 2008, p. 3052 (R. Dati).

11. *JOAN.*, 22 mai 2008, 3^e s., p. 2399 (F. Bayrou).

12. *JOAN*, 22 mai 2008, 3^e s., p. 2398 (A. Montebourg) ; v. égal. 8 juill. 2008, 1^{re} s., p. 4378.

III – DÉCONVENUES PÉRENNES

Une décennie plus tard, ces frayeurs se sont – hélas ! – concrétisées. Encore rarement menée¹³, l'étude détaillée des vidéos des auditions de candidats au Conseil constitutionnel – toujours préférable à celle du compte rendu officiel, où nombre d'imperfections sont édulcorées – provoque souvent la stupéfaction.

Pour une large part, les échanges suivent des mouvements observés de longue main lors des auditions sénatoriales de candidats à la Cour suprême américaine – plusieurs sénateurs avaient concédé l'inspiration qu'ils y trouvaient¹⁴. Du côté des candidats, on s'attache à mettre en valeur ce qui, dans leur parcours, a pu les préparer à ces fonctions. Du côté des sénateurs « amis », on privilégie des questions très ouvertes, destinées à mettre en valeur les premiers. Nul parlementaire n'estime devoir sérieusement les mettre en difficulté : ici s'arrête toute comparaison avec les États-Unis.

Aucun des deux objectifs de la réforme, néanmoins, n'a pu être atteint. En commençant par l'incitation. Sans rentrer dans des comparaisons internationales déplaisantes ni ajouter au chœur de ceux qui blâment la composition du Conseil constitutionnel, on notera que depuis les premières auditions organisées en 2010 – pour cette seule année, à titre facultatif –, une immense majorité de candidats jouissait d'une proximité singulière avec les assemblées parlementaires, pour en avoir présidé une¹⁵, avoir présidé l'une des commissions destinées à les juger¹⁶, en avoir été membres¹⁷ ou collaborateurs¹⁸. Seule une petite minorité d'entre eux – cinq sur dix-neuf¹⁹ – n'avait aucun lien professionnel avec le Parlement.

Un constat global s'impose dès lors, par-delà les nuances individuelles. La réforme a surtout poussé les autorités de nomination à favoriser ceux qui étaient proches des assemblées, où beaucoup sont choisis et où tous sont jugés. Lors des débats préalables à la révision constitutionnelle, des députés s'attachaient à tempérer leurs collègues qui fustigeaient la règle des trois cinquièmes en prétendant qu'en pratique, une majorité simple suffirait. « Imaginez un instant que la commission [...] s'oppose à la majorité simple à une proposition de nomination au Conseil constitutionnel [...] : vous pensez bien que ni le président de la République, ni le président de l'Assemblée ni celui du Sénat ne prendra la responsabilité de passer outre à cette opposition [...] même si celui qui dispose du pouvoir de nomination en conserve théoriquement le droit »²⁰ ; « si le signal émis par le Parlement est qu'une majorité de députés – et même une majorité simple – est opposée à l'avis du président, c'est que la personne pressentie n'est pas crédible à ce poste et que sa

13. V. É. Buge, « Les auditions des candidats aux fonctions de membre du Conseil constitutionnel par les commissions parlementaires constituent-elles un filtre déontologique ? », in E. Lemaire, Th. Perroud (dir.), *Le Conseil constitutionnel à l'épreuve de la déontologie et de la transparence*, IFJD, 2022, p. 83-103 ; V. égal. Th. Hochmann, « Conseil constitutionnel : l'expertise requise est avant tout juridique, pas politique », *Le Monde*, 21 févr. 2019 ; J. Jeanneney, « Parlementaires, utilisez vos pouvoirs dans les nominations au Conseil constitutionnel ! », *Le Monde*, 19 févr. 2022.

14. *V. JO Sén.*, 19 juin 2008, p. 3044 (G. Delfau) ; 19 juin 2008, p. 3046 (J.-P. Bel).

15. L. Fabius (2016).

16. J.-J. Hyest (2015).

17. À l'Assemblée nationale, outre L. Fabius, J. Barrot (2010), L. Jospin (2015), A. Juppé (2019) ; au Sénat, outre J.-J. Hyest, M. Charasse (2010), H. Haenel (2010), M. Mercier (2017), F. Pillet (2019), J. Mézard (2019), J. Gourault (2022).

18. C. Luquiens (2016), F. Seners (2022).

19. C. Bazy Malaurie (2013), N. Belloubet (2013), M. Pinault (2016), D. Lottin (2017), V. Malbec (2022).

20. *JOAN*, 22 mai 2008, 3^e s., p. 2397 ; v. égal. 8 juill. 2008, 1^{re} s., p. 4381 (J.-Ch. Lagarde).

nomination sera mal reçue par l'opinion et les médias²¹ ». Que la candidature de Jacqueline Gourault, proposée par Emmanuel Macron en 2022, n'ait pas souffert de l'opposition de seize de ses anciens collègues sénateurs contre douze, soit près de la majorité qualifiée à la seule chambre haute, suffit à établir qu'il ne s'agissait là que d'une vision angélique des choses.

Le second objectif, heuristique – le contrôle des compétences et des vertus des candidats – est resté lui aussi illusoire. Les commissions parlementaires n'enquêtent guère. Ses membres ne préparent que superficiellement l'audition. Beaucoup semblent avoir renoncé à toute ambition en la matière. Certains ne savent apparemment pas ce qu'ils attendent du candidat. L'audition dure généralement moins d'une heure. Les questions sont réunies en bloc. Les candidats ne sont pas repris lorsqu'ils se contentent de propos généraux ou qu'ils ne répondent pas à des questions. Leur aptitude, surtout, n'est jamais conçue que de façon lâche. Le Parlement étant un lieu où l'on aime à défendre l'idée que le Conseil constitutionnel, quoiqu'il soit indubitablement devenu une juridiction, demande surtout de bien connaître la pratique des institutions, on ne s'étonne guère que la maîtrise du raisonnement juridique ou des pratiques juridictionnelles y soient toujours jugés facultatifs : « on n'est pas là pour vous faire passer un oral de L1 de droit²² » ; « nous constituons [...] une assemblée politique, non un jury de concours, et il ne nous appartient pas de nous prononcer sur l'aptitude professionnelle de [la candidate] »²³.

IV – L'INVITATION À LA PARESSE

Ainsi comprend-on que des candidats laissent libre cours à leurs imprécisions, sans crainte qu'elles affectent leur candidature : confusion entre réserves d'interprétation et opinions séparées²⁴ ; imputation au législateur de la faculté de modifier la Constitution²⁵ ; évocation, pour désigner le candidat choisi par le président du Sénat, du « représentant du Sénat²⁶ ». Le rappel par un candidat de la décision *Liberté d'association* du 16 juillet 1971 – collectivement perçue comme l'une des plus importantes de l'histoire du Conseil constitutionnel –, révèle qu'il n'a pas ouvert le moindre ouvrage avant l'audition : « il faut toujours se souvenir que c'est le président du Sénat, en 1978, qui a déposé un recours, c'était pour le droit d'association, hein [brouhaha des sénateurs]... 1970, 1970... et ça a quand même déclenché tout une jurisprudence, avec les droits fondamentaux reconnus par les lois de la République »²⁷. Un candidat à la présidence du Conseil constitutionnel, traité à la même enseigne que les autres, en reste à un grand niveau de généralité, tout en multipliant les tautologies : « le droit, c'est le droit » ; « l'indépendance, c'est l'indépendance » ; « le peuple est le peuple »²⁸. Les réponses vagues ne sont jamais contestées.

Certains préfèrent brandir une impéritie, dans l'espoir au demeurant réaliste de provoquer l'indulgence de leurs examinateurs : « j'ai renoncé à comprendre la répartition des compétences entre le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel en matière électorale »²⁹ ; « pour les questions touchant à la nationalité, j'avoue ne pas me sentir

21. JOAN, 22 mai 2008, 3^e s., p. 2399 (P. Lellouche).

22. Audition J. Gourault, AN, 23 févr. 2022 (G. Larrivé).

23. Audition N. Belloubet, Sén., 19 févr. 2013 (G. Gorce).

24. Audition J. Barrot, AN, 4 févr. 2010.

25. Audition C. Bazy Malaurie, AN, 31 août 2010.

26. Audition H. Haenel, Sén., 24 févr. 2010.

27. Audition J.-J. Hiest, Sén., 30 sept. 2015.

28. Audition L. Fabius, Sén., 18 févr. 2016.

29. Audition J. Barrot, *op. cit.*

encore très compétente »³⁰ ; « je n'ai pas la prétention d'être une spécialiste aguerrie de droit constitutionnel »³¹ ; « je ne suis pas une constitutionnaliste et je ne prétends pas l'être ; si j'étais désignée, je ferais tout pour acquérir les compétences nécessaires »³² ; il m'est « impossible de [...] donner l'assurance d'une compétence actuellement totalement éclairée en droit constitutionnel »³³. D'autres encore révèlent, par leur propos, une compréhension douteuse des éléments même les plus essentiels du droit constitutionnel. Une candidate évoque, entre autres exemples, la « Cour européenne de Karlsruhe », décrit la question prioritaire de constitutionnalité comme une manière, pour les justiciables, de « vérifier *a posteriori* qu'une loi est conforme au point qu'ils ont soulevé dans le cadre d'un procès » et évoque « certaines valeurs normatives [...] reconnues comme étant d'intérêt général et donc susceptibles d'être soulevées par une QPC »³⁴. Cela rassure peut-être certains parlementaires pour qui l'expertise, dans cette institution, serait suspecte. À tout le moins, les autres n'en semblent pas troublés.

Quant à la vertu, elle ne pourrait être évaluée qu'à l'aune d'un travail approfondi. Les commissions parlementaires ne le mènent pas. Alain Juppé n'est pas interrogé, en 2019, sur sa condamnation, en 2004, pour prise illégale d'intérêt dans l'un des volets de l'affaire des emplois fictifs de la ville de Paris³⁵. Symptomatique est, en particulier, l'audition de Michel Mercier en 2017. *Le Canard Enchaîné* révèle, quelques heures avant son audition, qu'il a employé sa fille comme collaboratrice parlementaire au Sénat et que la réalité du travail de celle-ci est difficile à établir. Le candidat évoque brièvement la question lors de sa déclaration liminaire. Aucun de ses collègues sénateurs ne le met en difficulté³⁶. S'il finit par démissionner, quelques jours après sa nomination mais avant sa prestation de serment, le contrôle parlementaire de sa candidature n'y a tenu aucun rôle : en réaction à l'ouverture d'une enquête préliminaire pour détournement de fonds publics, le Conseil constitutionnel diffuse un communiqué de presse perçu par tous comme une invitation à ce qu'il demeure à la porte de l'institution.

V – FUNESTES SIMULATIONS

Pour ces différentes raisons, la procédure d'audition parlementaire des candidats au Conseil constitutionnel incite à proposer un concept nouveau : la tartufferie institutionnelle. Par quoi on propose de désigner un mécanisme constitutionnel utilisé à des fins essentiellement ostentatoires, dont la portée sur le fonctionnement des institutions est quasiment nulle, ce dont toutes ses parties prenantes ont une conscience partagée, ce qui les conduit à prétendre que leur action a un sens dont elles la savent dénuée, à faire mine de prendre au sérieux un pouvoir qui n'est point exercé³⁷. Là réside la tartufferie. En cette matière aussi, « le mal n'est jamais que dans l'éclat qu'on fait : le scandale du monde est ce qui fait l'offense et ce n'est pas pécher que pécher en silence »³⁸.

Il ne faudrait guère d'efforts pour améliorer cette pratique. En commençant, si une révision constitutionnelle est possible, par abaisser à une majorité simple, voire à une

30. Audition C. Bazy Malaurie, *ead. loc.*

31. Audition C. Bazy Malaurie, *ead. loc.*

32. Audition N. Mastracci, Sén., 20 févr. 2013 ; v. égal. AN.

33. Audition F. Pillet, Sén., 21 févr. 2019.

34. Audition J. Gourault, *ead. loc.*

35. Audition A. Juppé, AN, 21 févr. 2019.

36. Audition M. Mercier, Sén., 2 août 2017.

37. V. égal. B.-L. Combrade, *L'obligation d'étude d'impact des projets de loi*, Dalloz, 2017.

38. Molière, *Le Tartuffe ou l'Imposteur*, in *Œuvres complètes*, Gallimard, 1971, I, p. 831-984, p. 964 (IV, V).

minorité des deux cinquièmes, les votes nécessaires pour bloquer une candidature. Le risque alors réel de blocage d'une candidature élèverait les enjeux pour les autorités de nomination, les membres des commissions parlementaires comme pour les candidats. On pourrait également confier à une commission bicamérale, sur le modèle de la commission mixte paritaire, qui se spécialiserait dans cette tâche, le soin de mener notamment ces auditions.

On fait beaucoup, surtout, à droit constitutionnel constant. Les parlementaires pourraient organiser différemment ces auditions, les préparer sérieusement, rechercher, avec l'aide des administrateurs des assemblées, des informations sur les candidats. Cela serait facilité par l'aménagement d'un délai plus long entre l'annonce d'une candidature et l'audition parlementaire – la loi n'imposant, sur ce point, qu'un délai minimal de huit jours.

Ici comme souvent, l'essentiel tient à la volonté des parlementaires. Cela rend pour l'instant pessimiste. Pour la majorité d'entre eux, ils ne souhaitent apparemment pas que la procédure évolue. Symptomatique est, à cet égard, une confession d'Alain Richard, sénateur et conseiller d'État : puisqu'il serait néfaste de chercher à savoir ce que pense le candidat – qui n'est pas « élu sur un programme », contrairement à ce qu'il observe aux États-Unis où la Cour suprême est trop politisée –, les sénateurs doivent se contenter de « meubler » ces auditions qui peuvent être, au mieux, « un débat de bonne compagnie où l'on échange un certain nombre de réflexions voire, les bons jours, de concepts »³⁹. L'abdication est ici proclamée et revendiquée.

En définitive, on pourrait n'y voir qu'une perte de temps, exprimer une simple déception de voir ainsi neutralisés les espoirs placés en cette réforme. Ce ne serait pas à la hauteur de l'enjeu. Ne négligeons pas une « externalité négative », pour emprunter au langage des économistes : en se jouant ainsi de ces ambitions constitutionnelles, les parlementaires accroissent le sentiment de légèreté dans l'exercice de leurs fonctions qui nourrit l'impression d'un déclin global de la qualité du travail parlementaire. C'est fâcheux : ils contribuent ainsi, à leur échelle, à la dégradation de l'image de leur institution et, plus généralement, des équilibres constitutionnels. Au point que la thérapie conçue en 2008 devient plus périlleuse que la maladie qu'elle était supposée terrasser. Le Parlement, comme le Conseil constitutionnel, mérite décidément mieux.

39. Audition M. Mercier, *op. cit.* (A. Richard).