

Regard critique sur la voix prépondérante du président du Conseil constitutionnel

Par
Hodabalo TCHILABALO,
Doctorant et ATER en droit public
à la Faculté de droit et de science politique de l'Université de Montpellier,
CERCOP

Si le principe de collégialité empêche d'« imputer de façon catégorique certaines décisions à une seule personnalité »¹, il faut constater une certaine influence du président du Conseil constitutionnel dans la prise de décisions. La collégialité au sein du Conseil ne doit donc pas escamoter le poids de son président dans la délibération. C'est ainsi que lorsque le contexte politico-juridique conduit à la mise en lumière du Conseil constitutionnel, le nom de son président ne cesse de susciter l'intérêt des observateurs, médias comme doctrine. Il suffira d'évoquer l'actualité récente pour l'illustrer. La médiatisation du Conseil constitutionnel, saisi de la loi de financement rectificative de la sécurité sociale pour 2023, fut subséquentement une mise en lumière de l'influence de son président dont le profil n'a pas moins suscité l'intérêt notamment des journaux. Le journal *Le Parisien* évoquait dans un article, la méfiance de la « macronie » envers Laurent Fabius avant la décision du Conseil constitutionnel². Pour le journal *Le Point*, « Laurent Fabius (aurait) fait trembler la macronie »³. Le nom de Fabius aurait été assurément associé à la décision du Conseil, si elle avait été élevée au rang de « grandes décisions ». Dans son intervention sur *France Inter* le 26 mars 2023, le professeur Dominique Rousseau évoquait, en marge de cet engouement médiatique sur l'institution, ce fait en rappelant que « chaque président du Conseil constitutionnel a gardé son nom sur de grandes décisions »⁴. Cette considération sur le président du Conseil est plus que justifiée par sa prépondérance dans la procédure de prise de décisions.

Au nombre des attributions favorisant sa place dans le processus décisionnel, sa voix prépondérante en cas de partage, selon les termes de la dernière phrase du dernier *alinéa* de l'article 56 de la Constitution, est de loin le pouvoir d'influence le plus flagrant reconnu au premier des « sages » de la rue Montpensier. Elle signifie simplement qu'en cas d'égalité de voix lors d'une délibération, est

¹ Julien Thomas, *L'indépendance du Conseil constitutionnel*, Fondation Varenne, LGDJ, collection des thèses, 2010, p. 334.

² Marcelo Wesfreid, « Réformes des retraites : avant les décisions du Conseil constitutionnel, la macronie se méfie de Fabius », *Le Parisien*, 22 mars 2023, article consulté le 27 mars 2023 à 10h.

³ Jérôme Cordelier, « Réforme des retraites : Laurent Fabius fait trembler la macronie », *Le Point*, 22 mars 2023, consulté le 27 mars à 10h.

⁴ « Portrait de Laurent Fabius par le constitutionnaliste Dominique Rousseau », in *le Portrait de Carine Bécard*, podcast France Inter, 26 mars 2023, 02'19''.

adoptée la solution soutenue par le président. La doctrine est convergente sur le poids de ce pouvoir. Il est considéré comme « l'une des prérogatives essentielles du Président du Conseil constitutionnel »⁵ ou comme l'exception à l'égalité de statut des membres du Conseil⁶. Même si son utilisation a été parcimonieuse en pratique, du fait de la culture du consensus qui règne au sein du Conseil⁷, elle reste théoriquement une pièce importante de la délibération. Il convient de reprendre Paolo Passaglia qui, étudiant le cas italien, constatait que même si la voix prépondérante n'est pas toujours utilisée, elle conserve « une valeur symbolique tout sauf secondaire, dans la mesure où elle démontre que même des choix « techniques » émerge une certaine « attention » envers la figure présidentielle. »⁸ En France, l'ouverture des archives du Conseil permet de prendre la mesure de la pratique de ce pouvoir. Considérant, par exemple, la période allant de 1959 à 1995, marquée par les présidences respectives de Léon Noël, Gaston Palewski, Roger Frey, Daniel Mayer et Robert Badinter, il est possible de compter au moins six recours à la voix prépondérante du président⁹. Si ce chiffre permet de conclure à la parcimonie, il donne aussi l'occasion de constater l'effectivité de ce pouvoir et de rejeter la probabilité zéro de son utilisation.

Quoi qu'il en soit, la voix prépondérante demeure l'élément le plus évoqué par la doctrine pour montrer le poids du président du Conseil constitutionnel¹⁰. L'évolution du contentieux constitutionnel français et la médiatisation récente de la fonction du président du Conseil rendent pertinente une réflexion relative aux raisons ayant justifié ou pouvant justifier un tel pouvoir. À prendre la mesure de la question, sans prétention aucune à l'absoluité ou à l'exhaustivité, la justification de la voix prépondérante du président du Conseil constitutionnel demeure difficilement admissible. Introduite pour des raisons purement opportunistes ou plutôt politiques, la voix prépondérante du président du Conseil constitutionnel est juridiquement injustifiée (I) et injustifiable (II).

⁵ Joël Boudant, « Le Président du conseil constitutionnel », *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, 1987, p. 619.

⁶ Jacques Meunier, *Le pouvoir du Conseil constitutionnel. Essai d'analyse stratégique*, Paris et Bruxelles : LGDJ et Bruylant, coll. La pensée juridique moderne, Publications des Universités de Rouen et du Havre 1994, p. 109.

⁷ Jean Gicquel et Jean-Eric Gicquel, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, LGDJ, 32^e éd., 2018-2019, p. 835 ; Pierre Avril, Jean Gicquel, *Le Conseil constitutionnel*, Montchrestien, Lextenso éditions, 6^e éd., 2011, p. 67.

⁸ Paolo Passaglia « La problematica definizione della « forma di governo » della Corte costituzionale », *Quaderni costituzionali* / a. XXIV, n. 3, settembre 2004, p. 594.

⁹ 2 fois par Robert Badinter (décisions n° 86-225 DC du 23 janvier 1987 et n° 89-269 DC du 22 janvier 1990), 3 fois par Roger Frey (décisions n° 76-73 DC du 28 décembre 1976, n° 76-71 DC du 30 décembre 1976 et n° 80-113 L du 14 mai 1980) et une fois par Gaston Palewski (décision n° 66-42 L du 17 novembre 1966).

¹⁰ Tous les ouvrages évoquant la présidence du Conseil constitutionnel. Voir par exemple : Francis Hamon, Michel Troper, *Droit constitutionnel*, 41^e édition, LGDJ, 2020-2021, p. 808 ; Jean Gicquel et Jean-Éric Gicquel, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, op. cit., p. 835, etc...

I- La voix prépondérante injustifiée

La recherche de la justification de la voix prépondérante du président du Conseil constitutionnel doit mobiliser en premier les motifs avancés pour son institution. Toutefois, ces derniers ne se laissent pas facilement appréhender car les documents disponibles des travaux préparatoires de la Constitution n'évoquent expressément aucune justification. Si l'effort d'interprétation permet de comprendre le motif d'un tel pouvoir, il reste pour le moins peu juridique (A). De plus, la tentative de transposition à la France du motif juridique évoqué ailleurs se révèle compliquée (B).

A- La voix prépondérante guidée par des motifs politiques

La recherche des motifs de la voix prépondérante posée à l'article 56 *in fine* de la Constitution ne relève pas de l'évidence. Seule une supposition permet d'envisager les raisons ayant conduit le constituant de 1958 à reconnaître une telle prépondérance au président du Conseil constitutionnel. Et ce motif par interprétation est loin d'être guidé par des raisons juridiquement soutenables.

L'examen des travaux préparatoires de l'article 56 de la Constitution ne permet pas d'aisément découvrir les raisons ayant présidé à la reconnaissance de la voix prépondérante au président du Conseil constitutionnel. Proposé par le groupe de travail du 16 juillet 1958¹¹, ce pouvoir est pour la première fois apparu dans l'avant-projet du 19 juillet 1958 en son article 50¹². Cependant aucune justification n'apparaît dans les documents de cet avant-projet de loi constitutionnelle. Devant, le Comité consultatif constitutionnel, si la question de la composition du Conseil constitutionnel a fait l'objet de discussions, aucune n'a porté sur cette voix prépondérante. Ainsi, en sus de la présence des membres de droit, dont l'amendement de Bruyneel tendant à sa suppression a été rejeté¹³, de la durée du mandat des juges constitutionnels, l'analyse de l'article 51 de l'avant-projet de loi constitutionnelle des 26/29 juillet 1958 a suscité des débats portant sur la possible présidence par un membre de droit¹⁴. Mais au final, seul l'*alinéa* 2 relatif aux membres de droit a fait l'objet de proposition de modification afin d'évincer du Conseil constitutionnel les anciens présidents de la République dont les fonctions « ont pris fin par suite d'empêchement »¹⁵. Il faut attendre l'intervention du Conseil d'État pour voir une discussion se développer sur la voix prépondérante

¹¹ *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, Volume I, La documentation française - Paris, 1987, p. 445.

¹² *Idem*, p.446.

¹³ *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, Volume II, La documentation française- Paris, 1988, p. 146.

¹⁴ *Idem*.

¹⁵ *Id.*, p.359.

du président du Conseil constitutionnel. Mais cette discussion n'avait pas pour objectif direct d'évoquer la justification de ce pouvoir. La question de la voix prépondérante devant le Conseil d'État était connexe à d'autres questions qui seront évoquées dans la deuxième partie de la présente réflexion. Mais il faut d'ores et déjà préciser que ces questions concernaient le champ d'application et l'utilité de cette voix prépondérante avec la composition *a priori* impaire du Conseil constitutionnel. Ainsi la discussion de l'Assemblée générale du Conseil d'État des 27 et 28 août 1958 ne permet pas de connaître les motifs de cette voix prépondérante. C'est pourquoi à l'issue de l'analyse de l'avant-projet de constitution soumis à l'avis du Conseil d'État, les seuls changements apportés et adoptés sont la réduction du mandat à 9 ans, le renouvellement par tiers tous les trois ans et la suppression de la réserve sur les membres de droit proposée par le Comité consultatif constitutionnel. C'est cette rédaction de l'article 51 issue des modifications apportées par le Conseil d'État qui fut reprise par l'article 56 de l'avant-projet du 3 septembre 1958 et l'article 56 du projet de Constitution du 4 septembre 1958 qui sera le texte final de l'actuel article 56 de la Constitution.

Si explicitement aucune justification n'est transparente des documents disponibles, il est possible, par l'interprétation de l'œuvre du constituant, de supputer le motif implicite. Ce motif serait complémentaire à celui justifiant la désignation du président du Conseil constitutionnel par le Président de la République. En effet, l'évolution du mode de désignation du président du Conseil tout au long de la préparation de la Constitution de la V^e République n'est pas étrangère à la question de la voix prépondérante. Le pouvoir de nomination du président du Conseil reconnu au Président de la République, est la manifestation de la prépondérance de ce dernier dans la composition du Conseil sur les autres autorités de nomination. La question de la composition du Conseil, dans les travaux préparatoires de la Constitution de 1958, est subséquentement celle de la hiérarchie entre les pouvoirs exécutif et législatif. C'est pourquoi, dans le projet initial, le Président de la République devait nommer quatre membres, alors que les présidents des assemblées parlementaires devaient en nommer chacun deux et le neuvième membre était coopté par le Conseil lui-même¹⁶. Plus tard, le Président de la République sera mis au même diapason que les présidents des assemblées parlementaires quant au nombre de membres à nommer. La concomitance entre cette réduction du nombre de membres nommés par le Chef de l'exécutif et la désignation du président du Conseil par ce dernier, permet de soutenir l'idée avancée par la doctrine selon laquelle il s'agit là d'un compromis en faveur du président de la République, qui faute de nommer quatre membres, s'est vu accorder le pouvoir de nommer le président¹⁷. La finalité étant de toujours garder

¹⁶ Article 48 de l'avant-projet de loi constitutionnelle du 15 juillet 1958, in *Documents pour servir*, vol. I, op. cit., p. 437.

¹⁷ Pierre Avril, Jean Gicquel, *Le Conseil constitutionnel*, op. cit., p. 16.

la prépondérance du Président de la République dans la composition du Conseil. Le pouvoir du Chef de l'État de nommer le président du Conseil est donc la contrepartie de la réduction du nombre de membres nommés par lui, justifiant l'abandon de l'élection du président du Conseil par ses pairs. L'idée est soutenue par Isabelle Richir qui voit à juste titre dans la nomination du président du Conseil par le Président de la République, un choix du parlementarisme rationalisé¹⁸. Une telle assertion une fois acquise, permet de comprendre mieux le motif sous-entendu de la voix prépondérante du président du Conseil. Elle serait complémentaire à ce qui a été développé dans les précédentes lignes. Ainsi reconnaître au Président de la République le pouvoir de nommer le président n'aurait pas été suffisant pour maintenir sa prépondérance dans la composition du Conseil, si le président du Conseil n'avait pas un certain privilège, s'il n'était qu'un simple premier parmi ses pairs. D'où l'apparition concomitante de la désignation du président du Conseil constitutionnel par le Chef de l'État et la voix prépondérante du premier, après le groupe de travail du 16 juillet 1958¹⁹.

Il convient donc de remarquer que les documents sur les travaux préparatoires de la Constitution ne révèlent explicitement aucun motif de la voix prépondérante du président du Conseil constitutionnel. Sa raison implicitement tirée de l'esprit permet d'affirmer qu'elle est plus guidée par des justifications politiques ou d'opportunité fondées sur la nature du régime de la cinquième République que par des arguments de droit. À l'inverse, dans certains systèmes étrangers, la voix prépondérante du président de la Cour constitutionnelle s'efforce de se fonder tant bien que mal sur des motifs juridiques dont la transposition au système français reste difficile.

B- La difficile transposition du motif juridique tiré du droit comparé

La voix prépondérante n'est pas une spécificité française. Elle est au contraire répandue dans plusieurs États dotés de juridictions constitutionnelles. S'il est difficile de faire un recensement exhaustif de l'ensemble desdits États, il convient de considérer les voisins immédiats de la France pour essayer la comparaison. La Belgique et l'Italie font, de ce point de vue, office de référence. Si elles ont pu fonder cette voix prépondérante sur un motif juridique, la transposition de ce dernier en France est loin d'être acquise. Ce motif est basé sur la nécessité d'éviction des situations de blocage au cours des délibérations afin d'éviter le déni de justice.

L'analyse des travaux préparatoires de la loi sur la Cour d'arbitrage du 28 juin 1983 puis de la loi spéciale sur la Cour d'arbitrage du 6 janvier 1989, permet de mettre en lumière ce motif en

¹⁸ Isabelle Richir, *Le Président de la République et le Conseil constitutionnel*, éd. Presses Universitaires de France, coll. Les grandes thèses du droit français, 1998, p. 119.

¹⁹ *Documents pour servir*, vol. I, op. cit., p. 445.

Belgique. Dans un projet de loi de 1981 portant sur l'organisation, la compétence et le fonctionnement de la Cour d'arbitrage, il était possible d'avoir deux situations de blocage. Le cas de partage de voix et lorsque la majorité ne comptait pas au moins deux voix d'un groupe linguistique. Pour surmonter ces situations de blocage, malgré les critiques du Conseil d'État dans son avis du 25 mars 1981²⁰, l'article 16 paragraphe 3 de ce projet prévoyait qu'« en cas de parité de voix ou si l'arrêt ne recueille pas deux voix des membres d'un groupe linguistique, la Cour procède, après une réouverture éventuelle des débats dans une audience ultérieure, à un second vote et, si nécessaire dans une séance suivante, à un troisième vote. Si la parité des voix subsiste après ce troisième vote, ou si l'arrêt ne recueille toujours pas deux voix des membres d'un groupe linguistique, la ou les normes déferées à la Cour est (sont) considérée(s) comme valable(s) »²¹. Un autre projet de 1982, introduisant la formation de jugement de sept juges, n'a pas permis d'évoquer le blocage dans les délibérations. Non seulement, ce projet avait supprimé l'exigence au sein de la majorité de deux juges au moins d'un groupe linguistique, mais surtout, « le nombre impair des membres composant le siège empêche(ra)it tout blocage »²². Ce raisonnement est maintenu en 1983²³ ; c'est pourquoi chaque fois qu'une proposition prévoyait une composition paritaire du siège, il fallait prévoir l'hypothèse de partage de voix, considérée comme une situation de blocage²⁴. Ainsi le projet de loi qui va immédiatement aboutir à la loi du 28 juin 1983 a prévu la voix prépondérante du président « lorsque la Cour statue en séance plénière » en son article 46 paragraphe 2 *alinéa* 4, la plénière étant forcément paritaire. L'adoption de la loi spéciale sur la Cour d'arbitrage en 1989 pour l'application de la révision constitutionnelle de 1988, suit le même raisonnement²⁵ et ne maintient la voix prépondérante du président de la Cour que dans le cadre de la plénière en son actuel article 55.

En bref, la voix prépondérante du président de la Cour constitutionnelle belge est motivée dès l'origine par une raison juridique. Elle est fondée sur l'éviction des situations de blocage dues au partage de voix, curieusement considéré en Belgique comme un déni de justice interdit par l'article 57 de la loi spéciale sus-évoquée. Cette motivation est difficilement transposable à la France. Il suffit d'évoquer la différence tenant à la composition du siège pour s'en convaincre. Alors qu'en Belgique la plénière au sein de laquelle la voix prépondérante du président joue, est nécessairement

²⁰ Sénat de Belgique, document parlementaire 704 (1980-1981) n°1 du 9 juillet 1981, Projet de loi portant l'organisation, la compétence et le fonctionnement de la Cour d'arbitrage.

²¹ *Idem.*

²² Voir l'exposé des motifs, Sénat de Belgique, document parlementaire 246 (1981-1982) n°1 du 28 mai 1982, p. 13.

²³ Voir l'exposé des ministres des réformes institutionnelles, document parlementaire 246 (1981-1982), p. 149 ; voir aussi document parlementaire 647 (1982-1983) n°4 du 26 mai 1983, p.11.

²⁴ Document parlementaire 246 (1981-1982) n° 2, p.193 ; document parlementaire 647 (1982-1983) n°4 du 26 mai 1983, p.12.

²⁵ Voir document parlementaire 483-1 (1988-1989), document parlementaire 633/1 (1988-1989) et document parlementaire 633/4 (1988-1989).

paritaire, le siège du Conseil constitutionnel fluctue entre une composition paire et une composition impaire. Ce qui ne permet pas de systématiquement reprendre la justification retenue en Belgique. Une telle reprise systématique supposerait de distinguer, du fait des absences ou de la présence de membres de droit, les hypothèses de parité et d'imparité du collègue. Cette motivation belge de la voix prépondérante est aussi accompagnée de l'interdiction d'abstention lors d'un vote, alors qu'en France, sauf changement intervenu ultérieurement, les archives ouvertes révèlent une liberté des membres de s'abstenir lors des délibérations.

En Italie, c'est le même motif, tel que l'affirme l'ancien président de la *Corte costituzionale* Renato Granata qui pense que « la voix prépondérante accordée au Président de la Cour en cas de partage égal, qui vaut pour les jugements en matière de constitutionnalité, trouve sa raison d'être dans la nécessité de permettre le bon fonctionnement de l'institution dans l'hypothèse où la Cour siège en nombre pair »²⁶. L'exemple italien dont la Cour peut siéger en nombre pair ou impair, se rapproche de la France, et permet *a priori* de transposer le raisonnement quant au motif de la voix prépondérante. Mais une autre considération rend difficile une telle transposition.

En effet, un tel motif n'est valable que si la voix prépondérante peut être exercée par le président de la séance et non nécessairement le président de l'institution, d'autant plus que la parité du siège peut être due à l'absence de ce dernier. Si en Italie, cette interprétation ne pose pas de problème, la situation en France est complexe. En Italie la formulation de l'article 16 de la loi du 11 mars 1953 inséré dans le titre 2 relatif au fonctionnement de la Cour permet de retenir l'interprétation d'après laquelle « la voix prépondérante vaut tout autant pour le Vice-Président appelé à remplacer le Président que pour le Juge le plus ancien en fonction qui viendrait à présider la Cour en cas d'absence du Président et du Vice-Président »²⁷. En France, cette interprétation ne fait pas l'unanimité. Si, par exemple l'ancien président du Conseil constitutionnel Roland Dumas a considéré que le président intérimaire devrait exercer « la totalité des pouvoirs présidentiels, y compris par conséquent l'usage de la voix prépondérante »²⁸, cette analyse reste contestable. En effet, contrairement au droit italien tel que décrit supra, en France, la voix prépondérante est prévue par la seule Constitution et la formulation de son article 56 *in fine*, rejette une quelconque voix prépondérante au doyen-président-intérimaire du Conseil constitutionnel. D'après cette formulation, « le président est nommé par le Président de la République. Il a voix prépondérante en cas de partage ». Strictement interprété, il suppose que c'est le président nommé par le Président de la

²⁶ « Entretien avec M. Renato Granata, Président de la Cour constitutionnelle italienne », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°6 (DOSSIER : ITALIE) - JANVIER 1999.

²⁷ *Idem*.

²⁸ Voir François Luchaire, *Le Conseil constitutionnel. Tome IV - Mise à jour des trois volumes, janvier 1998 - Avril 2006*, Economica, 2eme édition, 2006, p. 5.

République qui a voix prépondérante en cas de partage. La doctrine penche vers cette interprétation rigoureuse, à l'instar de François Luchaire pour qui le président doyen intérimaire peut convoquer le Conseil « mais aucun texte ne reconnaît à ce dernier une voix prépondérante en cas de partage »²⁹. La pratique semble corroborer d'ailleurs cette interprétation d'autant qu'aucun président intérimaire du Conseil n'a fait usage de ce droit, du moins jusqu'en 1995, d'après les archives, ou même jusqu'en 2002 s'il faut considérer les indiscretions de Jacques Robert qui révèle que jamais « le président de *facto* ne s'est cru autorisé à user, en cas de partage de voix, de la prérogative de la voix prépondérante du président de *jure* ... »³⁰. Cette différence considérable ne permet pas de reprendre le raisonnement tenu en Italie, au risque d'une contradiction si la parité du siège est due à l'absence du président du Conseil constitutionnel.

Donc, la comparaison ne permet pas de transposer le motif juridique de la voix prépondérante du président d'une Cour constitutionnelle au système français, réconfortant l'hypothèse d'un motif politique. En outre, la considération de son application la rend insusceptible de justification nouvelle.

II- La voix prépondérante injustifiable

Une fois acquis que la justification originellement avancée reste juridiquement contestable, il faut rechercher si la pratique de la voix prépondérante milite en faveur de sa légitimité. À cet égard, il est tout autant difficile de prendre le parti de la voix prépondérante du président du Conseil. Non seulement son application, ou plutôt son interprétation est paradoxale (A) mais surtout son utilité pour le bon fonctionnement des délibérations du Conseil reste fortement à prouver (B).

A- L'incompréhensible interprétation de la voix prépondérante

La question de la pratique de la voix prépondérante a déjà été évoquée dans la première partie quant à la détermination exacte de son titulaire. L'interprétation stricte en France, faut-il le rappeler, réserve ce privilège exclusivement au président de l'institution, à l'exclusion du président intérimaire. Ce premier point n'épuise pas toute la question de l'interprétation de la voix prépondérante. L'autre point essentiel a aussi été évoqué supra et concerne le champ d'application de la voix prépondérante. L'interprétation unanimement retenue par la pratique suscite quelques questions permettant d'avoir des réserves sur ce pouvoir du président du Conseil.

²⁹ François Luchaire, Gérard Conac (dir.), *La Constitution de la République française*, Economica, 1980, p. 738.

³⁰ Jacques Robert, « La démission du président du Conseil constitutionnel », in *Gouverner, administrer, juger. Liber amicorum Jean Waline*, Dolloz, 2002, p. 83.

La recherche de cette interprétation passe principalement par l'analyse des textes. A cet égard, la Constitution est laconique en ne précisant pas le champ d'application. Il est donc possible de considérer qu'elle permet l'exercice de ce privilège dans le cadre de toutes les compétences du Conseil. L'article 56 *alinéa* 4, en effet, affirme seulement que le président « a voix prépondérante en cas de partage », sans évoquer un contentieux en particulier. Si la question n'a pas été absente des discussions dans les travaux préparatoires, la considération de ces échanges ne permet pas non plus de connaître franchement l'intention du constituant sur ce sujet. La question fut en effet soulevée devant le Conseil d'État le 27 août 1958, suite à la comparaison tentée par Latournerie entre le futur Conseil constitutionnel et le Conseil d'État. Il souhaitait vivement « l'avènement d'une justice électorale qui s'inspire des méthodes suivies par les juridictions administratives » et « aspire à une justice qui puisse supporter la comparaison avec la juridiction du Conseil d'État »³¹. M. Hourticq affirma sa réserve sur cette comparaison en invoquant l'impossibilité de « reconnaître la voix prépondérante dans le cas où le Conseil constitutionnel exercerait des fonctions véritablement contentieuses », ce qui serait d'après lui « contraire à tous les principes » du Conseil d'État. Il conclut que « lorsque le Conseil constitutionnel exerce des fonctions contentieuses, celle d'une véritable juridiction, on ne peut pas reconnaître au président » une voix prépondérante³². Il souhaitait préciser qu'en matière contentieuse, ce pouvoir du président du Conseil est inadmissible. Ceci aurait constitué une interprétation possiblement admissible, si elle avait fait l'unanimité. Au contraire, certains n'ont pas semblé trouver d'inconvénient à ce qu'une voix prépondérante puisse être exercée dans le cadre d'un contentieux pleinement juridictionnel. Il convient à cet égard d'évoquer la réponse de M. Séligman aux propos de M. Hourticq. Le premier évoquait en effet qu'« il y (avait) des juridictions dans lesquelles le président a(vait) voix prépondérante, notamment la commission supérieure de la cassation des dommages de guerre »³³. Ainsi, ni la lettre ni les travaux préparatoires de la Constitution ne permettent de définir le champ d'application de la voix prépondérante. La tâche devrait revenir donc aux normes infraconstitutionnelles. Sauf que leur silence absolu sur la voix prépondérante a conduit dans la pratique à limiter l'exercice de ce privilège au seul contentieux constitutionnel, à l'exclusion de tous les autres contentieux se développant devant les « sages » de l'autre aile du Palais Royal. Aucune disposition organique, législative ou réglementaire en France ne précise les règles de majorité devant régir les délibérations du Conseil, à l'exception de l'article 31 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel. D'après cet article, « lorsqu'il est saisi par le

³¹ *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, Volume III, La documentation française - Paris, 1991, p. 374.

³² *Idem.*

³³ *Id.*

Gouvernement, dans le cas prévu à l'article 7 de la Constitution, pour constater l'empêchement du Président de la République, le Conseil constitutionnel statue à la majorité absolue des membres le composant. » La pratique doit donc faire office « d'interprétation authentique », pour reprendre les termes propres à la théorie du droit. Elle a permis de limiter l'usage de la voix prépondérante au seul contrôle de la conformité des lois à la Constitution, contrôle pris dans son sens large pour inclure les décisions, D.C., L. et les décisions QPC, dont il faut attendre l'ouverture des archives des décisions à partir de 2010 pour l'affirmer absolument.

Cette pratique, qu'il est possible de qualifier de *preater constitutionnem*, n'est pas une spécificité française. Il convient encore une fois de solliciter l'exemple italien où l'article 28 de la loi n°20 du 25 janvier 1962 relative aux procédures et actes d'accusation, prévoit qu'« en cas d'égalité, l'opinion la plus favorable à l'accusé prévaut ». Ainsi là aussi la voix prépondérante ne « vaut que pour les jugements en matière de constitutionnalité »³⁴.

Cette interprétation du champ de la voix prépondérante, si elle ne conduit pas *a priori* à une contradiction juridique, conduit à des questionnements théoriques permettant d'avoir des réserves à son égard. En effet, elle s'applique au seul contentieux le plus important, alors que dans le cadre des autres attributions qui « ne sont pas aussi essentielles que le contrôle de l'édition des actes fondamentaux, des lois nationales et des traités »³⁵, elle est absente. Ceci peut être vu comme un paradoxe, d'autant que normalement plus le contentieux est important, plus les règles de majorité devraient être plus strictes. La comparaison audacieuse avec la théorie rousseauiste des suffrages tirée de son *contrat social* peut être illustrative. Montrant dans le chapitre II du livre IV que la volonté générale est la volonté de la majorité et non toujours l'unanimité, Jean-Jacques Rousseau y pense que « plus les délibérations sont importantes et graves, plus l'avis qui l'emporte doit approcher de l'unanimité »³⁶. La comparaison est sans nul doute osée, d'autant plus que Rousseau traitait du souverain et non d'un organe ; mais elle n'est pas absurde.

Il serait possible de soutenir qu'il est heureux que la voix prépondérante n'ait pas cours dans le cadre des autres contentieux, d'autant qu'ils touchent directement à des personnes dans certains de leurs droits. Il est bien vrai que le contrôle électoral, le contrôle des mandats parlementaire et présidentiel mettent directement en jeu l'élection et/ou l'éligibilité d'un individu. Mais c'est un raisonnement qui aujourd'hui ne résiste pas au constat que l'évolution du contentieux constitutionnel, fait de ce dernier un mécanisme de plus en plus direct de la protection des droits et libertés des personnes. Le contentieux constitutionnel, aujourd'hui, n'est pas moins juridictionnel et

³⁴ Entretien avec Renato Granata, op. cit.

³⁵ Louis Favoreu et W. Mastor, *Les cours constitutionnelles*, Dalloz, 2^e éd., 2016, p. 21.

³⁶ Jean-Jacques Rousseau, *Du contrat social ou principes du droit politique*, Libro n°1085, 2020, p. 84.

a une incidence sur la situation particulière des justiciables, même si la QPC par exemple est présumée être un contrôle objectif. Il faut donc se demander si la juridictionnalisation du contentieux constitutionnel est compatible avec la voix prépondérante du président.

Quoi qu'il en soit, il est possible de douter de la pertinence de cette voix prépondérante du Président du Conseil constitutionnel, si aux considérations précédentes, il faut ajouter qu'elle est loin d'être la seule alternative contre le blocage lors des délibérations.

B- Un pouvoir superflu pour la délibération du Conseil constitutionnel

Dans cette dernière partie, la réflexion partira d'une étude plus générale de la voix prépondérante avant de tirer les conclusions quant au Conseil constitutionnel. L'analyse porte sur la question de la pertinence de la voix prépondérante de présidents de cours constitutionnelles pouvant justifier son maintien en contentieux constitutionnel. Cette approche permet de revenir sur la motivation basée sur son utilité pour le bon fonctionnement des délibérations, motivation évoquée en Belgique et en Italie dont il a été démontré qu'elle n'est pas valable en France. Il ne s'agit pas de reprendre la démonstration, mais de montrer cette fois que ce privilège n'est pas un pis-aller face au partage de voix et que bien d'autres solutions plus pertinentes sont possibles.

En effet, la voix prépondérante n'est incontournable que si l'hypothèse de partage de voix est considérée comme une situation de blocage dans la délibération. Ce qui est loin d'être une vérité absolue. Il faut, de ce fait, envisager d'autres alternatives surmontant le partage de voix. Outre l'hypothèse de délibérations successives songée et abandonnée par le législateur belge en 1981³⁷, il faut sonder la solution du droit allemand.

La première de ces solutions ayant déjà été expliquée, ne doit plus retenir l'attention. Il faut juste avancer qu'elle est plus pertinente que la voix prépondérante, d'autant qu'elle se révèle plus conforme au fonctionnement concret des juridictions constitutionnelles. En réalité, devant ces juridictions, les délibérations s'orientent plus vers une certaine recherche du consensus, ce qui justifie le nombre peu élevé du recours à la voix prépondérante du président. La limite à cette première alternative serait la persistance du partage après plusieurs délibérations, du fait par exemple de la nature de l'affaire. Elle n'est donc pas absolue.

La deuxième est le choix opéré par le législateur allemand. Elle fustige la considération du partage de voix comme une situation de blocage dans la procédure décisionnelle. Ainsi, « en cas de partage des voix, une violation de la Loi fondamentale ou d'autres dispositions de droit fédéral ne peut être

³⁷ Confère I-B, voir note de bas de page n°21.

constatée »³⁸. Cette disposition signifie simplement qu'en cas de partage de voix, la décision sera une décision de conformité de la loi à la Constitution. Cette solution est soutenable, sauf à évoquer une réserve quant au champ d'application. Mais cette réserve n'aura pas sa raison d'être en France.

Certes, il est possible de la critiquer parce qu'elle conduit à une décision non soutenue par la majorité des membres de la Cour. Mais il s'agit là d'une critique *a priori*, qui peut être surmontée à deux points de vue. Premièrement, un argument tiré de la pratique du contentieux constitutionnel permet de la justifier : la présomption de constitutionnalité de la loi. Il faut ainsi considérer, dans cette hypothèse, que la décision n'est pas prise par une partie non majoritaire, mais est justifiée par le doute. Ce doute militerait donc en faveur de la constitutionnalité de la norme. À cette condition, il conviendrait d'ajouter une autre hypothèse de présomption de constitutionnalité de la loi devant le juge constitutionnel, à celle de l'interprétation conforme.

Deuxièmement, cette solution peut trouver un argument plus théorique. C'est encore une fois la théorie du droit qu'il faut solliciter pour éclairer ce point. La théorie de la représentation développée par Thomas Hobbes dans le chapitre XVI du *Léviathan* milite en effet en faveur de l'interprétation allemande du partage de voix. Si l'auteur reconnaît que « la voix de la majorité doit être reçue comme voix de la personne »³⁹, il évoque l'hypothèse d'un partage de voix en cas d'un « nombre pair de membres et surtout si ce nombre est petit »⁴⁰. Pour lui cette hypothèse ne signifie pas dans l'absolu blocage. Ainsi, si « souvent, les pour et les contre s'annulant mutuellement » peut signifier que la personne collective est « muette et donc inutile, incapable d'agir », « il peut arriver que des votes opposés, et égaux en nombre, emportent décision »⁴¹. Ce dernier cas peut s'appliquer pleinement au contentieux constitutionnel qui *grosso modo* est un procès fait à la loi. Et comme « dans un procès criminel, l'accusé est absous par cela même que, les votes s'équilibrant, on ne peut le condamner »⁴², le partage de voix devrait signifier que la disposition législative contestée ne peut être censurée, ce qui revient à une décision de conformité à la Constitution.

Cette solution est donc convaincante, sous réserve toutefois de sa limitation matérielle. Elle poserait de difficultés en matière de règlement de conflits de compétence entre organes et surtout entre deux normes infraconstitutionnelles. En effet, il ne s'agit plus seulement d'affirmer la conformité ou non à la Constitution, mais de rechercher l'organe compétent dans un domaine. Le partage de voix dans ce cas conduit à une impasse relevée par le Conseil d'État belge dans son avis du 25 mars 1981⁴³.

³⁸ Paragraphe 15, 4° de la loi fédérale relative à la Cour constitutionnelle.

³⁹ Thomas Hobbes, *Léviathan. Traité de la matière, de la forme et du pouvoir de la République ecclésiastique et civile*, traduction François Tricaud et Martine Pécharman, édition J. Vrin et Dalloz, 2004, p. 134.

⁴⁰ *Idem*, p. 135.

⁴¹ *Id.*

⁴² *Id.*

⁴³ Document parlementaire 704 (1980-1981) n°1 du 9 juillet 1981, p. 53.

En effet, considérer les normes contestées comme valables en cas de partage de voix conduit à favoriser de façon « injustifiée » l'organe ayant adopté la norme en premier. Cela signifierait aussi « la permanence du conflit » en cas de conflit de normes (de différentes entités fédérées), car les deux sont maintenues⁴⁴. Pour revenir au cas français, il faut de toute évidence constater que cette critique est inapplicable. Le contrôle de la nature législative ou réglementaire des dispositions, s'il se rapproche d'un conflit de compétence, reste un véritable contrôle de constitutionnalité, d'autant plus que c'est la Constitution qui répartit les compétences entre les pouvoirs réglementaire et législatif. Ainsi, un partage de voix dans le cadre de l'exercice de la compétence que le Conseil tient de l'article 37 *alinéa* 2 signifierait tout simplement que la disposition ne peut être déclassée. Elle garde donc sa valeur législative, l'équivalent d'une déclaration de conformité à la Constitution. Rien en France, donc, n'empêche la suppression de la voix prépondérante du président du Conseil et son remplacement par cette solution.

Au final, la voix prépondérante du président du Conseil constitutionnel dont la justification est difficilement convaincante et la suppression défendable, ne manque pas de soulever d'autres questions non moins importantes. L'une d'entre elle est le mode de désignation du titulaire de ce privilège. Henry Roussillon et Pierre Esplugas pensent par exemple qu'elle « milite pour l'élection et non la nomination par le Président de la République de ce personnage clef »⁴⁵. Il s'agit là d'une autre question intéressante relative à la présidence du Conseil constitutionnel.

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ Henry Roussillon, Pierre Esplugas, *Le Conseil constitutionnel*, 7^e édition, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2011, p. 45.