

**Lettre d'observations de MM. Jacques MEZARD,
Jean-Michel BAYLET, Jean-Pierre CHEVENEMENT, Robert HUE, Nicolas
ALFONSI, Gilbert BARBIER, Alain BERTRAND, Christian BOURQUIN, Yvon
COLLIN, Pierre-Yves COLLOMBAT, Philippe ESNOL, François FORTASSIN, Mme
Françoise LABORDE, MM. Stéphane MAZARS, Jean-Pierre PLANCADE, Jean-
Claude REQUIER, Robert TROPEANO, Raymond VALL et François VENDASI,
Sénateurs**

Monsieur le Président,

Mesdames, Messieurs les Conseillers,

Alors que l'Assemblée nationale vient d'adopter définitivement le 22 janvier 2014 la **loi organique interdisant le cumul de fonctions exécutives locales avec le mandat de député ou de sénateur**, nous vous adressons les observations suivantes relatives à ce texte en vue d'en contester la constitutionnalité.

La loi organique « interdisant le cumul de fonctions exécutives locales avec le mandat de député ou de sénateur » a pour principal objet de déclarer une liste de fonctions exécutives locales comme étant « incompatibles avec le mandat de député » et donc incompatibles avec le mandat de sénateur en raison de l'assimilation faite par le Code électoral entre celui-là et celui-ci. C'est l'article 1 de la présente loi organique, prévoyant la prohibition du cumul, qui est le cœur du projet alors que les autres articles de la loi peuvent être considérés comme des mesures d'application de cette mesure phare de la réforme promise par le président de la République et aboutissant à la « fin du cumul des mandats ».

La portée des dispositions de cette loi organique ne peut être appréciée qu'au regard des dispositions antérieurement adoptées à propos du cumul des mandats. En effet, la présente loi organique est la troisième loi de ce type qui, sous la Ve République, s'attaque à ce que ses partisans considèrent comme un fléau, à savoir le cumul des mandats, au sens de cumul dit « vertical » entre un mandat parlementaire (national) et des mandats dits « locaux ». Elle va plus loin que la loi organique du 30 décembre 1985 et celle du 8 mars 2000, dans la mesure où elle innove doublement : d'une part, quant au fond, elle remplace la *limitation* du cumul d'un mandat parlementaire avec des fonctions exécutives locales (issues de mandats locaux), par la *prohibition* d'un tel cumul. D'autre part, quant à la procédure, c'est la première fois sous la Ve République qu'une telle réforme est imposée au Sénat par l'Assemblée nationale, qui a eu le pouvoir du dernier mot. En effet, alors que le projet de loi initial, adopté par l'Assemblée nationale, prévoyait un régime uniforme pour les députés et les sénateurs, le Sénat a, lors de la discussion en première lecture (au cours d'une procédure accélérée), voté un amendement ayant pour objet de définir un régime particulier d'incompatibilités pour les sénateurs. Par conséquent, le titre initial même du projet de loi organique a été changé par les sénateurs et est devenu le projet « interdisant le cumul de fonctions exécutives locales avec le mandat de député ou de sénateur – a été remplacé par un titre différent : projet « interdisant le cumul de fonctions exécutives locales avec le mandat de député et *limitant à une seule fonction exécutive locale le mandat de sénateur* ». La contradiction manifeste entre les deux

versions des deux chambres n'a pu être surmontée que par le recours effectué par le Gouvernement à l'article 45 de la Constitution manifestant la volonté de celui-ci de surmonter l'opposition résolue du Sénat qui, par deux fois (lors des deux lectures), a modifié le texte voté par les députés en prévoyant un régime différent pour les sénateurs. Ainsi, en dernière lecture l'Assemblée nationale a usé de son pouvoir du dernier mot en revenant à la version initiale, du « non-cumul » des mandats et des fonctions exécutives locales qui s'applique uniformément aux députés et sénateurs, comme l'indique la conjonction « ou » (« député ou sénateur ») utilisé dans le titre de la loi organique.

On ne saurait méconnaître la portée de cette loi organique. Elle durcit les incompatibilités en matière de cumul dit vertical des mandats, en interdisant aux députés, *aussi bien qu'aux sénateurs*, tout cumul avec une fonction exécutive locale ou l'exercice de fonctions équivalentes. Ce passage de la limitation du cumul à sa prohibition est le grand changement proposé par la loi organique. Reste à déterminer si un tel changement est conforme à la Constitution. Le présent mémoire vise à démontrer qu'une telle prohibition, *en tant qu'elle s'applique aux sénateurs*, est inconstitutionnelle.

2. Le statut des députés, en matière d'incompatibilité est actuellement prévu actuellement par l'article 141 LO du Code électoral ; il serait donc complété, si le projet de loi organique était promulgué, par l'article 141-1 introduit par le premier article de la présente loi organique. Mais ce dernier article ne contient pas de référence expresse aux sénateurs dans la mesure où ceux-ci voient le régime de leurs incompatibilités régi par l'article 297 LO du Code électoral dont les termes sont les suivants : « *Les dispositions du présent chapitre IV du titre II du livre Ier du présent code sont applicables aux sénateurs* ». C'est donc par un mécanisme de renvoi ayant pour effet d'assimiler les sénateurs aux députés que les incompatibilités sont fixées dans le Code électoral. On doit en inférer qu'un changement de la législation relative aux incompatibilités des députés affecte nécessairement le statut juridique des incompatibilités des sénateurs. La question constitutionnelle que pose la présente loi organique est celle de savoir si l'on peut continuer à opérer une telle assimilation et si les incompatibilités des sénateurs ne doivent pas, en ce qui concerne le cumul vertical des mandats, être différenciées de celles des députés.

Nous demandons au Conseil constitutionnel de déclarer inconstitutionnelle une telle loi organique qui, en maintenant ce statut uniforme des incompatibilités parlementaires, méconnaît une différenciation pourtant imposée par la situation particulière des sénateurs. En effet, ceux-ci, en raison de l'article 24 alinéa 4 de la Constitution, doivent continuer à être en mesure de représenter les collectivités locales. Mais nous lui demandons d'abord, de censurer le projet de loi organique, tel qu'il a été adopté par l'Assemblée nationale en dernière lecture, pour une raison de procédure tenant à ce que l'article 46 alinéa 4 aurait dû être utilisé en l'espèce, ce qui ne fut pas le cas, le Gouvernement ayant préféré pour des raisons politiques évidentes, recourir à l'article 46 al 3.

3. Quant aux modalités du contrôle que le Conseil devra exercer sur la loi organique ici contestée, nous invitons ce dernier à adapter sa jurisprudence en matière d'incompatibilité. En effet dans les deux précédentes décisions du Conseil portant explicitement sur le cumul des mandats (205DC du 28 décembre 1985 et 427 DC du 30 mars 2000), le Conseil constitutionnel avait examiné la loi organique dans son ensemble, et non article par article. Un tel « laconisme » avait été critiqué par un membre éminent de la doctrine, par ailleurs ancien membre du Conseil, qui aurait préféré que la Haute juridiction procédât à « un examen article

par article, comme il le fait pour la généralité des lois organiques»¹. Cette tendance du Conseil à examiner les lois organiques disposition par disposition – et non pas dans son ensemble — s’est même renforcée depuis la multiplication de telles lois, consécutive à la grande révision constitutionnelle du 23 juillet 2008. En témoigne notamment sa récente et très longue décision du 9 octobre 2013 (2013-675 DC) portant sur la loi organique relative à la transparence de la vie publique, qui entreprend de vérifier article par article la constitutionnalité des dispositions de cette loi. On ne voit pas pourquoi la présente loi organique ne serait pas contrôlée de manière aussi approfondie que toutes les autres lois organiques votées lors des deux dernières années.

Un autre puissant motif qui inciterait le Conseil à entreprendre, pour la première fois en ce qui concerne le cumul des mandats, un contrôle de conformité article par article de la présente loi organique, tient à l’importance du problème des incompatibilités, qui fut justement soulignée par le doyen Vedel en 1972 : « *Les électeurs sont tout de même les premiers intéressés, et les incompatibilités parlementaires ne doivent pas être traitées comme s’il s’agissait d’enrichir le statut de la fonction publique d’un nouveau règlement arrêté par le gouvernement, autorité hiérarchique* »².

Telles sont les raisons pour lesquelles nous invitons le Conseil constitutionnel à examiner article par article la présente loi organique et à abandonner la démarche adoptée dans les deux décisions précédentes (1985-205DC et 2000-427DC) relatives au cumul vertical des mandats.

Pour ce qui concerne l’inconstitutionnalité de la loi organique ici contrôlée par le Conseil constitutionnel en vertu de l’article 61 alinéa 1 de la Constitution, le présent mémoire entend établir que la présente loi organique ne pouvait être adoptée en donnant la faculté à l’Assemblée nationale de trancher, en dernier ressort, le contenu de la loi car l’article 46 alinéa 4 de la Constitution était applicable (I) et que sur le fond, par le seul fait d’imposer aux sénateurs l’interdiction absolue du cumul de leur mandat avec une fonction exécutive locale, elle viole l’article 24 alinéa 4 de la Constitution (II). La volonté de l’actuel Gouvernement aura, pour effet, si l’annulation était prononcée, d’introduire une inévitable différenciation du régime des incompatibilités entre députés et sénateurs (III).

Sommaire

- I – La violation formelle de la Constitution (art 46 alinéa 4)
- II – La violation matérielle de la Constitution (art. 24 alinéa 4)
- III – La spécificité des incompatibilités relatives aux sénateurs ou l’inévitable différenciation entre les parlementaires

¹ F. Luchaire, « Le cumul des mandats devant le Conseil constitutionnel », *RDP*, 2000, p. 870

² G. Vedel, « Les pièges des incompatibilités », *Le Monde* du 21 déc. 1971

I – La violation formelle de la Constitution (article 46 alinéa 4)

4. La Constitution du 4 octobre 1958 institue deux régimes d'adoption de la loi organique. Il y a, d'une part, la procédure « normale » régie par l'article 46 alinéa 2 et alinéa 3, qui a pour caractéristique de rendre applicable l'article 45 de la Constitution grâce auquel l'Assemblée nationale détient le pouvoir du dernier mot. Il y a, toutefois, une différence notable avec la procédure d'adoption d'une loi ordinaire : il faut, dans le cas de la loi organique, une majorité absolue des députés lorsqu'intervient la dernière lecture. Par opposition à ce régime de droit commun des lois organiques, il existe un régime exceptionnel, prévu par l'article 46 alinéa 4 de la Constitution, aux termes duquel « *les lois organiques relatives au Sénat doivent être votées dans les mêmes termes par les deux assemblées* ». Autrement dit, le Sénat jouit dans cette dernière hypothèse d'un pouvoir égal à celui de l'Assemblée nationale, ce qui lui confère un droit de veto qui lui évite d'être soumis, pour les lois le concernant, à des abus de la Chambre populaire. Il en résulte que la définition des « lois organiques relatives au Sénat » joue un rôle déterminant, car c'est à partir de l'interprétation – restrictive ou extensive — donnée à ces termes que va s'opérer l'aiguillage de la procédure, selon qu'elle emprunte la voie normale (dernier mot à l'Assemblée, article 46-3 de la Constitution) ou la voie exceptionnelle (consensus des deux assemblées, article 46-4 de la Constitution).

Il ressort de la procédure parlementaire, telle qu'elle a été suivie pour aboutir à l'adoption de la présente loi organique, que le Gouvernement a jugé opportune, en accord avec sa majorité à l'Assemblée nationale, d'éviter la procédure de l'article 46 alinéa 4. Par la même, le Gouvernement a implicitement, mais nécessairement considéré que la présente loi organique n'était pas « relative au Sénat », alors même qu'elle modifiait le régime des incompatibilités aux sénateurs.

5. Or, il convient de démontrer ici que le Conseil constitutionnel ne pourra faire autrement que de déclarer inconstitutionnelle la procédure parlementaire ici choisie. En effet, les divers arguments, différents par leur nature, mais convergents, attestent que la présente loi organique est bien « une loi organique *relative au Sénat* », au sens de l'article 46-4 de la Constitution.

6. Mais avant d'effectuer une telle démonstration, il convient de souligner, à titre préalable, l'ampleur de la rupture provoquée par la présente loi organique, dont le mode d'adoption diffère sensiblement de celui ayant été retenu lors des précédentes lois portant sur la limitation du cumul « vertical » des mandats, en particulier. En effet, au cours deux seuls « précédents » parlementaires sous la Ve République relatifs à une loi organique limitant le cumul des mandats (au sens de la présente loi organique), le Sénat a eu la faculté de co-légiférer, à égalité de droit, avec l'Assemblée nationale. C'est donc au terme d'un accord conclu entre les deux chambres que ces deux lois organiques ont été adoptées.

En 1985, lors de l'élaboration de la loi organique du 20 décembre 1985, le Gouvernement avait senti la résistance du Sénat et avait décidé de laisser jouer la navette jusqu'à ce que la loi soit adoptée par les deux assemblées. Le Ministre de l'Intérieur de l'époque Pierre Joxe, s'était appuyé sur une interprétation — assez tendancieuse d'ailleurs — de l'étude doctrinale de M. Larché³ pour considérer qu'on pouvait plaider la thèse selon laquelle cette loi organique limitant le cumul des mandats n'était pas une loi « relative au

³ « Le Conseil Constitutionnel organe du pouvoir d'Etat », AJDA, 1972, pp. 142-136

Sénat ». Mais il avait immédiatement nuancé sa position en précisant : « *Pourtant, s'agissant de la création d'incompatibilités, de lutte contre le cumul des mandats, il aurait sans doute été mal compris qu'un texte, même si juridiquement, selon l'argumentation de l'actuel président de la commission des lois du Sénat, il pouvait apparaître comme n'étant pas relatif au Sénat, ne soit pas présenté dans les formes habituelles.* » C'est pourquoi « **respectueux de l'usage et de ses interlocuteurs, le Gouvernement n'entend pas imposer ses vues** »⁴. Ainsi, c'est par déférence envers l'usage politique et aussi envers le Sénat et les sénateurs que le Gouvernement de l'époque n'a pas voulu que la majorité des députés leur « impose ses vues ».

En 2000, lors de la modification de la loi de 1985 limitant le cumul des mandats, le Gouvernement fut confronté au même problème : le Sénat n'entendait pas se laisser dicter sa volonté par l'Assemblée nationale. Ici aussi, le Sénat put obtenir le droit à consentir pour la loi organique. La différence par rapport à la procédure utilisée pour la loi ordinaire fut relevée par un commentateur éclairé de la réforme : « *si l'Assemblée nationale a eu le dernier mot en application de l'article 45 (alinéa 4) de la Constitution, s'agissant de la loi ordinaire, elle a dû s'incliner devant le Sénat, s'agissant de la loi organique* »⁵. Il était clair pour les acteurs de l'époque que « *celle-ci traitant principalement des incompatibilités applicables aux parlementaires nationaux, elle constitue, en effet, une "loi organique relative au Sénat" au sens du quatrième alinéa de l'article 46 de la Constitution, et devait de ce fait être votée dans les mêmes termes par les deux assemblées.* »⁶.

On objectera certes que c'est de leur propre volonté que le pouvoir exécutif a laissé l'Assemblée nationale et le Sénat s'entendre sur les termes de la loi organique. On pourrait alors justifier cette position par l'idée d'une sorte de « courtoisie parlementaire », qui imposait l'accord du Sénat. En tout cas, ces précédents démontrent qu'avant 2013, les gouvernements décidant de faire adopter une législation relative au cumul des mandats ont toujours renoncé à donner le dernier mot à l'Assemblée nationale et ont donc toujours recherché le consensus entre les deux Chambres.

7. Quant au Conseil constitutionnel, il a longtemps hésité à contrôler la constitutionnalité de la procédure d'adoption des lois organiques. En 1972 lorsqu'une opposition s'était fait jour entre l'Assemblée nationale et le Sénat sur la procédure à adopter, il avait prudemment contourné la question de procédure (71-46DC du 20 janvier 1972). On a même écrit qu'« *en dépit de plus de vingt occasions antérieures à la décision du 10 juillet 1985, comme d'une dizaine de décisions postérieures, le Conseil a éludé alors le problème.* »⁷ Lorsqu'il a, pour la première fois, tranché la question de l'applicabilité de l'article 46 alinéa 4 de la Constitution, dans sa décision du 10 juillet 1985 (1985-195DC) sur la loi organique relative à l'élection des députés, il a été amené à donner une définition large de cette disposition sur laquelle on reviendra. Mais en matière d'incompatibilité découlant de la limitation du cumul des mandats, aussi bien en 1985 qu'en 2000, il s'est prudemment borné à considérer, implicitement, que la procédure consensuelle choisie par les acteurs (Gouvernement et Chambres) était régulière, acceptant donc la pratique constitutionnelle en vertu de laquelle l'accord entre les deux chambres pouvait suffire pour établir la régularité de la procédure. Il a procédé exactement de la même manière en matière de lois organiques relatives aux finances publiques et au vote du financement de la sécurité sociale en 2005 (2005-519 DC du 29 juillet 2005), considérant que le caractère consensuel de la procédure

⁴ J.O. Débats, Assemblée nationale, 1^{ère} séance du 27 nov. 1985, p. 4944

⁵ J.-E. Schoettel, *AJDA* 2000, p. 442.

⁶ *Ibid.*

⁷ J.P. Camby, La loi organique relative au Sénat » *AJDA* 2013, p. 00.

utilisée (accord des deux chambres) le dispensait d'entrer dans un examen de la constitutionnalité de la procédure choisie.

Mais cette fois, avec la présente loi organique qu'il doit contrôler, le Conseil ne pourra pas éluder la question de la constitutionnalité de la procédure, car le consensus antérieur entre Assemblée nationale et Sénat a laissé la place, à l'automne 2013, à un *dissensus* qu'on peut qualifier de manifeste. Il y eut, en l'espèce, un désaccord radical entre les deux chambres sur la portée à attribuer à cette loi organique. D'un côté, le gouvernement et l'Assemblée nationale ont voulu appliquer un régime uniforme de l'interdiction du cumul des mandats aux députés et aux sénateurs. D'un autre côté, le Sénat a souhaité bénéficier d'une dérogation en raison de son statut particulier, afin d'échapper à la prohibition du cumul du mandat de sénateur avec celui de titulaire d'une fonction exécutive locale.

8 - Il convient, cependant, de *constater* l'existence de ce *dissensus* entre les deux Chambres. En réalité, il s'agit d'un fait objectif résultant du seul rappel des étapes du travail parlementaire sur le texte dont est saisi le Conseil constitutionnel. Dans un premier temps, le projet de loi organique interdisant le cumul des mandats à tous les parlementaires a été adopté par l'Assemblée nationale qui s'est bornée, si l'on peut dire, à étendre le nombre de fonctions exécutives locales non cumulables avec le mandat parlementaire. Ensuite, ce texte fut amendé par le Sénat, en première lecture, *sur un point décisif*, puisque les sénateurs ont substitué à la prohibition absolue du cumul vertical pour les sénateurs une limitation du cumul du mandat de sénateur avec *une seule* fonction exécutive. Une telle opposition frontale a conduit à l'échec de la Commission mixte paritaire. La seconde lecture a confirmé l'opposition des points de vue entre les deux Chambres (prohibition absolue contre limitation du cumul à un seul mandat local), chacune d'elles restant sur sa position initiale. Il a donc fallu une troisième lecture, définitive celle-là, devant la seule Assemblée nationale (le 20 janvier 2014) pour aboutir à l'adoption du texte de la présente loi organique ici discutée. Ce texte confirme, sur le fond, le maintien imposé aux sénateurs de la prohibition absolue et signale, du point de vue procédural, que la Chambre basse a eu le dernier mot. C'est d'ailleurs parce qu'il n'approuvait pas ces modifications du Sénat et qu'il ne pouvait donc pas espérer son consentement que le Gouvernement a invité l'Assemblée Nationale à se prononcer en dernier ressort sur le texte. La Chambre basse a donc rétabli sur ces deux points le texte qu'elle avait adopté en première lecture. C'est le texte sur lequel le Conseil constitutionnel doit se prononcer.

9 – Ainsi, le désaccord entre les deux Chambres a été tranché en défaveur du Sénat par le Gouvernement, qui a, comme on l'a vu plus haut, attribué à l'Assemblée nationale le droit de donner son dernier mot et, par là-même, a retiré au Sénat le droit de co-légiférer avec l'Assemblée nationale, droit que la pratique parlementaire lui avait pourtant concédé lors des deux épisodes précédents de limitation du cumul du mandat (*v. supra* n° 6).

L'existence de ce *dissensus* entre les deux chambres conduit à considérer que la loi organique ici querellée n'a pas été « *votée dans les mêmes termes par les deux assemblées* », comme l'exige l'article 46 alinéa 4 de la Constitution. Vainement objectera-t-on que le Sénat aurait voulu transformer le projet de loi organique en loi organique « relative au Sénat » en excluant les sénateurs de la loi organique. On est ici bien loin du débat juridique provoqué par le député rapporteur du projet de loi organique sur la date d'expiration des pouvoirs de l'Assemblée nationale, B. Roman, qui s'était opposé en 2000 à ce qu'il considérait comme des « *cavaliers législatifs* » déposés par certains sénateurs en vue de transformer ce projet de loi

en une loi organique relative au Sénat⁸. En effet, dans le cas présent, la question implicite de savoir si une loi organique pouvait « *devenir* » une loi organique au Sénat en raison d'adjonctions, en cours de navette, de nouvelles dispositions du Sénat, n'est pas pertinente car il va de soi, comme on le montrera plus loin, que *dès son origine*, c'est-à-dire dès son dépôt devant l'Assemblée nationale, le projet de loi organique prohibant le cumul du mandat parlementaire avec la détention d'une fonction exécutive locale était bien relatif au Sénat, dans la mesure où il affectait spécifiquement les sénateurs en leur appliquant la prohibition du cumul. Le fait que le Sénat a voulu soustraire les sénateurs à son champ d'application porte sur le fond de la loi organique et ne modifie en rien sa nature juridique, qui est celle d'une loi organique concernant le Sénat au sens de l'article 46 alinéa 4 de la Constitution.

Concluons sur ce point: il y a bien eu *dissensus* entre les deux chambres sur un objet essentiel de cette loi organique, qui est la question fondamentale du champ personnel d'application – « tous les parlementaires », dit l'Assemblée nationale ; « non uniquement les députés », rétorque le Sénat. Il faut en déduire que la loi organique ici contestée n'a pas été « votée dans les mêmes termes entre les deux chambres », comme l'exige l'article 46 alinéa 4 de la Constitution. Sur ce point, l'utilisation de l'article 45 de la Constitution ne prouve rien, sinon que le Gouvernement n'a pas entendu respecter l'article 46 alinéa 4, qui a pour objet d'empêcher l'utilisation du pouvoir du dernier mot en faveur de l'Assemblée nationale.

Il reste à démontrer — ce qui est l'objet principal du présent mémoire —, que ce dernier article (46-4), qui donne un droit de veto au Sénat, était précisément applicable en l'espèce et que la violation de la Constitution résulte principalement de son inapplication par le Gouvernement.

10 – Toutefois, le Gouvernement, suivi docilement par sa majorité dans la Chambre populaire, a en effet une autre interprétation. Il ne s'est d'ailleurs nullement soucié de l'absence d'un accord entre les deux chambres puisque, dès le début de la procédure parlementaire, il a considéré que son projet de loi organique imposant la prohibition du cumul « vertical » à tous les parlementaires, qu'ils fussent députés ou sénateurs, n'était pas une « loi relative au Sénat ». Il justifie le fait que l'Assemblée nationale a pu avoir le dernier mot dans la procédure par le changement de la jurisprudence du Conseil constitutionnel en ce qui concerne la portée de la notion de « loi organique relative au Sénat ». Telle était d'ailleurs la thèse adoptée par « la *Commission de rénovation et de déontologie de la vie publique* » plus connue sous le nom « Commission Jospin », dont on sait que le rapport a été à l'origine directe de ce projet de loi organique. Dans ce rapport figure l'extrait suivant concernant ladite jurisprudence : « dès lors que les dispositions envisagées sont identiques pour les sénateurs et les députés, cette loi ne sera pas une loi organique relative au Sénat au sens de l'article 46 alinéa 4 de la Constitution, tel qu'interprété par le Conseil constitutionnel *dans le dernier état de sa jurisprudence* »⁹. Le sens de cette nouvelle jurisprudence aurait été d'instituer la règle selon laquelle si les deux chambres du Parlement étaient traitées également par des dispositions d'une loi organique, il faudrait en déduire que le Sénat perdrait son droit de consentement et donc son « pouvoir d'opposition », car une telle loi organique ne serait plus « relative au Sénat », rendant inapplicable la procédure prévue à l'article 46 alinéa 4 de la Constitution. Comme, en l'espèce, ce sont les mêmes dispositions prohibant le cumul des mandats qui s'appliquent aux députés et aux sénateurs (pour ceux-ci, par un simple

⁸ V. rapport Roman sur la date d'expiration des pouvoirs de l'Assemblée nationale, *J.O. Doc. Parl. AN*, XIème Législature, (2001) N° 2969, pp. 8-9

⁹ *Pour un renouveau démocratique* La Documentation française, 2013, p. 67.

mécanisme de renvoi législatif), il faudrait en déduire qu'une telle loi organique, par application de cette nouvelle jurisprudence du Conseil constitutionnel, ne serait pas « relative au Sénat » et pourrait être adoptée, en dernière instance, par la seule Assemblée nationale.

11 – *A contrario*, les sénateurs proposent une toute autre lecture de l'article 46 al 4 de la Constitution. Ils n'ont pas manqué, lors des débats parlementaires relatifs à la présente loi organique, d'invoquer l'inconstitutionnalité de la procédure. Ils ont argué, non sans de bonnes raisons, qu'une telle loi organique était nécessairement une « loi organique relative au Sénat ». Par exemple, le sénateur Philippe Bas a soutenu publiquement que « la jurisprudence du Conseil constitutionnel relative à l'application de cette disposition, quoique restrictive, ne saurait permettre à l'Assemblée nationale non seulement d'empêcher l'application aux sénateurs d'une disposition organique spécifique au Sénat qu'ils auraient adoptée, mais encore de leur imposer dans un même élan une disposition organique générale qu'ils auraient expressément refusée. Ce serait par trop contraire à l'esprit et à la lettre de la Constitution, qui a précisément entendu préserver les droits du Sénat sur toute question de nature organique le concernant spécifiquement. »¹⁰.

12 - Force est de constater que, pendant les débats parlementaires, le Gouvernement fut d'une remarquable discrétion sur la portée de la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Lors de son audition par la commission des lois du Sénat, le 10 septembre 2013, le ministre de l'Intérieur s'est contenté, dans son intervention liminaire, d'observer de façon plutôt elliptique : « *Ceux qui connaissent la jurisprudence du Conseil constitutionnel en doutent encore moins, tout comme personne ne peut douter de la détermination du président de la République à mettre en œuvre cet engagement* »¹¹. Interpellé lors de la même audition par certains sénateurs sur la compatibilité d'une procédure qui donnerait le dernier mot à la Chambre populaire, en violation de l'article 46 alinéa 4 de la Constitution, le Ministre a fait une interprétation tout aussi politique de la procédure choisie, c'est-à-dire du « passage en force » en répliquant ainsi : « *un traitement différencié des sénateurs conduirait à qualifier ce texte de loi organique relative au Sénat, ce qui suppose un vote conforme des deux assemblées. Le Gouvernement ne souhaite pas s'engager dans cette voie* »¹². Mais en droit, la question de l'opportunité politique n'est pas pertinente. Il ne s'agit pas de savoir si le Gouvernement « désire » ou non se passer du consentement du Sénat pour adopter une loi organique le concernant, mais seulement de savoir s'il en a le droit, conformément à la Constitution. Enfin, lors de la seconde lecture du texte devant le Sénat, le ministre de l'Intérieur répondit brièvement à l'intervention de Philippe Bas selon laquelle le texte constituait une loi organique relative au Sénat. Le Conseil constitutionnel tranchera, mais sa jurisprudence nous donne raison. Je vous renvoie à la décision du 12 avril 2011 : une loi organique relative au Sénat est une loi qui lui est propre, pas une loi qui concerne également les deux Assemblées. »¹³ Ainsi, tout au long des débats, le Gouvernement s'est contenté de se

¹⁰ Sénat, séance du 18 septembre 2013 (CR intégral des débats, <http://www.senat.fr/seances/s201309/s20130918/s20130918006.html>). Intervention dans le même sens le 15 janvier à laquelle le ministre a répondu,

[http://www.senat.fr/cra/s20140115/s20140115_2.html]

¹¹ Audition devant la Commission des lois du Sénat, le 10.9.2013 (<http://www.senat.fr/rap/112-832/112-8329.html>)

¹² *Ibid.*

¹³ *Compte-rendu intégral des Débats au Sénat*, du 15 janvier 2014

http://www.senat.fr/cra/s20140115/s20140115_2.html

réfugier derrière la jurisprudence la plus récente du Conseil constitutionnel, mais sans jamais d'ailleurs prendre la peine d'en dégager le sens et la portée.

13 - Il revient désormais au Conseil constitutionnel le soin de trancher ce différend constitutionnel qui est apparu au cours des débats parlementaires relativement à la procédure d'adoption. Le Gouvernement avait-il le droit de « court-circuiter » le Sénat, c'est-à-dire de se passer de son consentement, en recourant à la procédure prévue à l'article 46 alinéa 3 de la Constitution, et non pas à celle prévue par l'article 46 alinéa 4 du même texte ? Ceci revient à se demander si la présente loi organique qui modifie considérablement le régime des incompatibilités des députés et des sénateurs est une loi organique « *relative au Sénat* ». Si elle l'est, la procédure suivie par le Gouvernement est inconstitutionnelle dans la mesure où elle viole l'exigence d'un vote identique, « dans les mêmes termes », des deux chambres.

14 - Toutefois, l'expression de « loi organique » est une commodité de langage utilisée pour décrire une réalité plus complexe. Il faut préciser que la présente loi organique soumise (obligatoirement) au contrôle du Conseil contient au moins deux dispositions dont la constitutionnalité prête à caution : d'une part, l'article 1^{er} de la loi qui constitue le cœur du dispositif de cette loi organique dans la mesure où il interdit à *tout* parlementaire - député ou sénateur - de cumuler son mandat avec une fonction exécutive locale ou fonction assimilée, et d'autre part, l'article 3 du projet de loi organique portant sur le remplacement des sénateurs

A – L'inconstitutionnalité de la procédure ayant abouti à l'adoption de l'article article de la loi organique fixant le principe de l'interdiction du cumul

15 - Comme on l'a vu plus haut, la Commission Jospin d'abord, et le Gouvernement et les représentants de sa majorité à l'Assemblée nationale ensuite, ont considéré que la nouvelle jurisprudence du Conseil permettait d'éviter le recours à l'article 46 alinéa 4 de la Constitution, en raison de la nouvelle acception donnée à l'expression de « loi organique « relative au Sénat ».

L'état du droit positif, tel qu'il est constamment décrit, semble résulter du commentaire fait sur le site du Conseil de sa décision du 12 avril 2011 portant sur la loi organique relative à l'élection des députés et sénateurs : « *La jurisprudence du Conseil constitutionnel est désormais bien fixée sur la notion de « loi organique relative au Sénat ». Elle a abandonné des formulations anciennes floues (n° 94-354 DC du 11 janvier 1985). Il juge désormais constamment qu'est une loi relative au Sénat une loi qui lui est propre. Tel n'est pas le cas d'une loi dont les mêmes dispositions concernent les deux assemblées.* »¹⁴. C'est sur le fondement de ce commentaire, constamment repris par les tenants de la présente loi organique¹⁵, que l'on a prétendu que la prohibition du cumul de mandats parlementaires avec des fonctions exécutives locales pouvait se dispenser de l'accord du Sénat dans la mesure où une telle loi organique ne serait pas « relative au Sénat ».

L'examen de la jurisprudence du Conseil constitutionnel est donc décisif pour savoir si, en l'espèce, la loi organique visant à interdire le cumul du mandat de député et de sénateur

¹⁴ Commentaire de la décision n° 2011-628 DC - 12 avril 2011 (sur le site : http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2011628DCccc_628dc.pdf)

¹⁵ Voir rapport Borgel de la commission des lois de l'Assemblée nationale, *Interdiction du cumul de fonctions exécutives – locales avec le mandat parlementaire*, AN n° 1173-1174, Juillet 2013, note 4, p. 16.

avec des fonctions exécutives locales est ou non « relative au Sénat ». Nous soutiendrons ici que l'interprétation de la nouvelle jurisprudence du Conseil constitutionnel relativement à l'article 46 alinéa 4 de la Constitution conduit à juger que la présente loi organique régissant indifféremment les incompatibilités des députés et des sénateurs est une loi « relative au Sénat ».

16 – Cependant, cette nouvelle jurisprudence ne saurait être appréciée qu'à l'aune de l'ancienne résultant de la décision du 10 juillet 1985 qui, à propos de la loi organique relative à l'élection des députés, avait énoncé la définition suivante d'une loi organique relative au Sénat : « il faut entendre les dispositions législatives qui ont pour objet, dans les domaines réservés aux lois organiques, de poser, de modifier ou d'abroger des règles concernant le Sénat ou qui, sans se donner cet objet à titre principal, n'ont pas moins pour effet de poser, de modifier ou d'abroger des règles le concernant ; [...] en revanche, si une loi organique ne présente pas ces caractères, la seule circonstance que son application affecterait indirectement la situation du Sénat ou de ses membres ne saurait la faire regarder comme relative au Sénat » (85-195 DC du 10 juillet 1985). Une telle jurisprudence fixait deux critères alternatifs : l'un portant sur l'objet de la loi organique, l'autre sur l'effet d'une nouvelle loi organique. En l'espèce, elle avait d'ailleurs permis de censurer une interprétation trop extensive faite par les sénateurs de certaines dispositions de la loi organique qui ne nécessitait pas un accord du Sénat.

Une telle définition jurisprudentielle reprenait assez fidèlement la distinction établie par Georges Vedel, lors de la controverse de 1972 l'ayant opposé à Jean Foyer¹⁶, sur la différence existant entre l'objet de la loi et l'effet de la loi. L'éminent Doyen Vedel affirma, lors de cette querelle juridique, que l'article 46 alinéa 4 de la Constitution s'appliquait à une disposition débattue « *qui ne concerne pas exclusivement le Sénat, (mais) qui du moins lui est directement relative* », ajoutant alors que la « *Constitution n'en exige pas davantage pour tenir en échec, en matière de lois organiques, le droit du gouvernement de faire prévaloir la volonté, inspirée par lui, de l'Assemblée nationale* »¹⁷. Un ancien secrétaire du Conseil constitutionnel résumait d'un mot la portée de la décision du 10 juillet 1985 : elle « *renforçait les prérogatives du Sénat dans l'élaboration des lois organiques* »¹⁸

17 - Selon une telle jurisprudence, toute loi organique modifiant le régime des incompatibilités des parlementaires (députés et sénateurs) serait inévitablement une loi organique relative au Sénat dans la mesure où l'effet d'une législation – et non pas son objet principal – est de modifier le régime des incompatibilités des sénateurs. Il n'y avait aucun doute sur ce point. Preuve en est que le Professeur Jean-Claude Colliard raisonnait ainsi, en 1997, lorsqu'on lui demanda si l'on pouvait se passer du consentement du Sénat pour supprimer le cumul des mandats. Il répondit sans hésitation que « *l'article LO 297 [qui régit l'incompatibilité des sénateurs] est bien organique et bien relatif au Sénat, et donc pour le modifier, [...], il faut aussi l'accord de l'Assemblée du Luxembourg* »¹⁹. Ainsi, jugée à l'aune d'une jurisprudence de 1985, la présente loi organique serait immanquablement considérée comme « relative au Sénat ».

¹⁶ Il s'agissait de savoir laquelle des deux autorités (le Conseil constitutionnel, disaient les députés, le Bureau de l'Assemblée disaient les sénateurs) pouvait permettre à un parlementaire de déroger à l'interdiction du cumul avec une fonction de direction dans une entreprise économique.

¹⁷ « Le piège des incompatibilités » *Le Monde* du 21 déc. 1971.

¹⁸ B. Genevois, *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 1986, Vol. 1, p. 409.

¹⁹ *RDP*, 1997, p. 1574.

18 - Toutefois, le problème vient de ce que, comme on l'a signalé plus haut, la jurisprudence du Conseil constitutionnel aurait changé et aurait évolué dans un sens plus restrictif pour ce qui touche à la définition de ces « lois organiques relatives au Sénat ». On estime en effet qu'elle ne retiendrait plus qu'un seul critère, celui de l'objet principal de la loi organique, et qu'elle aurait abandonné le second critère alternatif visé en 1985, celui de l'effet de la loi.

19 - Avant de l'examiner, il est juste de relever que la difficulté de l'arbitrage juridictionnel est d'éviter les deux excès possibles d'interprétation de l'article 46 alinéa 4 de la Constitution, l'une trop extensive, l'autre trop restrictive, finement repérés par Jacques Larché dans un article qui a largement conditionné le débat juridique ultérieur²⁰.

20 - Il résulte de deux études²¹, très nourries, que, le Conseil constitutionnel aurait décidé d'infléchir sa jurisprudence en donnant un sens plus restreint à l'expression de lois organiques « *relatives au Sénat* ». Il ressort d'abord de plusieurs décisions survenues en 2009 et 2010 (2009-576 DC, 2009-579 DC, 2010-609 DC²²) que le Conseil Constitutionnel prend désormais soin de relever que les lois organiques ne sont pas relatives au Sénat pour en déduire l'applicabilité de l'art. 46 alinéa 3²³ et il le fait en utilisant un nouveau critère d'identification des lois régies par l'article 46 alinéa 4 de la Constitution. Il est à cet égard fréquemment fait référence au commentaire de sa décision du 9 avril 2009 : « *Comme dans sa décision du 3 mars 2009 sur la loi organique relative à la nomination des présidents des sociétés de l'audiovisuel public, il a relevé que, s'agissant d'une loi qui n'était pas relative au Sénat – chaque assemblée étant concernée par les mêmes dispositions –, la procédure avait répondu aux exigences des trois premiers alinéas de l'article 46* »²⁴. On a évoqué une « *longue marche jurisprudentielle* »²⁵ pour décrire cette inflexion donnée à l'ancienne jurisprudence de 1985 et ayant culminé dans la décision 2011-628 DC du 12 avril 2011, qui la parachèverait. L'importance de celle-ci ne saurait être méconnue car la loi organique contestée portait sur un sujet relativement voisin des incompatibilités des sénateurs : l'élection des députés et des sénateurs. C'est pourquoi d'ailleurs elle a été invoquée par le ministre de l'Intérieur (v. *supra*, n° 12). Dans cette décision, le Conseil a *implicitement* décidé que seules étaient relatives au Sénat les dispositions de cette loi organique portant sur les conditions d'âge et la définition des conditions d'éligibilité des sénateurs. Pour les autres dispositions *communes* aux députés et aux sénateurs, il a considéré qu'elles n'étaient pas relatives au Sénat et que donc l'article 46 alinéa 3 de la Constitution avait pu s'appliquer (2011-628 DC *cons.1*). C'est en raison de cette nouvelle décision que le commentaire aux Cahiers du Conseil a pu dégager la « règle » suivante : « *Le Conseil juge désormais constamment qu'est une loi relative au Sénat une loi qui lui est propre* », confirmant donc l'existence d'un critère de « *spécificité* » pour qu'une loi organique soit considérée comme « *relative au Sénat* ».

²⁰ AJDA, 1972, p. 134.

²¹ V. respectivement Alain Delcamp, « La notion de loi organique relative au Sénat : entre affirmation du bicamérisme et parlementarisme rationalisé », *RFDC*, 2011, n° 87, pp. 465-498 et Jean-Pierre Camby, « La loi organique relative au Sénat, *AJDA* N°3, , 28 janvier 2013, pp. 160-164

²² Respectivement pour les dates : du 3 mars 2009, du 9 avril 2009, et du 12 juillet 2010.

²³ Pour un exemple de formulation, « *la loi organique soumise à l'examen du Conseil constitutionnel a été prise sur le fondement des articles 34-1, 39, 44, 47 et 47-1 de la Constitution ; que cette loi, qui ne constitue pas une loi organique relative au Sénat, a été adoptée dans le respect des règles de procédure prévues par les trois premiers alinéas de l'article 46 de la Constitution.* » (*cons.1*) . 2009-579 DC du 9 avril 2009

²⁴ Commentaire aux *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n° 27, Dalloz, 2009, p. 130.

²⁵ J. P. Camby, *AJDA*, 2013 p. 164.

21 - On a pu ainsi résumer la nouvelle jurisprudence du Conseil, dans son dernier état — la décision du 12 avril 2011 (2011-628 DC) ayant été confirmée par celle du 16 mai 2013 (2013-668 DC) — comme imposant de lire l'expression « relative au Sénat » au sens de l'article 46 alinéa 4 comme «“concernant la place relative du Sénat par rapport à l'Assemblée“», donc la situation du Sénat au sein du Parlement ou celle des sénateurs, spécifiquement. »²⁶ Tel serait le nouveau critère qui peut être qualifié de « *condition de spécificité* » et que l'on peut ainsi résumer : est relative au Sénat une loi organique « spécifique » au Sénat, c'est-à-dire contenant des dispositions spécifiques à cette Chambre. Ne l'est pas une loi organique qui concerne de façon indifférenciée députés et sénateurs. De manière négative, il faudrait considérer qu'« une loi relative au Parlement n'est pas de ce seul fait relative au Sénat »²⁷.

Ainsi interprétée, une telle jurisprudence se situe en claire opposition à la doctrine antérieure aux années 2000, fermement établie, selon laquelle une interprétation trop restrictive de l'article 46 alinéa 4 serait contraire à la Constitution et à l'intention du Constituant. Dès 1972, Jacques Larché, président de la commission des lois du Sénat, s'élevait contre l'interprétation selon laquelle il faudrait considérer la « loi relative au Sénat » comme « toute loi qui concernerait le Sénat ou les sénateurs seuls ». Il ajoutait alors le commentaire suivant : « *Une telle interprétation, par son caractère restrictif, serait évidemment inadmissible, et permettrait une véritable fraude à la Constitution, en facilitant ce que l'on a voulu éviter : le vote par le Parlement d'une loi, modifiant la situation du Sénat contre la volonté de celui-ci* »²⁸.

22 - Quelle que soit la formulation utilisée pour décrire cette nouvelle jurisprudence du Conseil relative à l'article 46 alinéa 4, il est clair qu'elle a un résultat restrictif par rapport à la jurisprudence de 1985 et à la doctrine y afférant. Jugée à l'aune de ce critère, *ainsi interprété*, la présente loi organique ne serait pas « relative au Sénat » car elle ne contiendrait aucun élément spécifique aux sénateurs.

23 - Si cette inflexion jurisprudentielle donnée par le Conseil depuis les années 2007 a pu prospérer dans l'indifférence quasi générale de la doctrine universitaire, le fait est que l'examen de la présente loi organique signale la brûlante actualité de l'interprétation à donner à cet article 46 alinéa 4 de la Constitution. Cette actualité est attestée non seulement par le rapport de la commission Jospin, mais aussi par les déclarations du rapporteur à l'Assemblée nationale ou du ministre de l'Intérieur, lors des travaux parlementaires de la présente loi organique, s'appuyant sur la nouvelle jurisprudence du Conseil pour en déduire l'applicabilité de l'article 46 alinéa 3 et, conséquemment, l'inapplicabilité de l'article 46 alinéa 4 de la Constitution pour ce qui concerne la loi organique prohibant le cumul vertical des mandats (v. *supra*, n°8 et n° 10).

24 – Mais à la différence de ce que soutiennent les autorités précédemment citées, nous ne pensons pas que la plus récente jurisprudence du Conseil relativement à l'article 46 alinéa 4 conduise à le rendre inapplicable dans le cadre de la présente loi organique. En d'autres termes, selon l'interprétation que nous demandons au Conseil de faire sienne, sa récente jurisprudence relative à l'article 46 alinéa 4, dominée par la condition de spécificité,

²⁶ *Ibid.*, p. 160.

²⁷ *Ibid.*, p. 164.

²⁸ J. Larché, « Le Conseil Constitutionnel organe du pouvoir d'Etat », *AJDA*, 1972, p. 135.

n'empêche pas de considérer que la loi organique ici examinée est une loi organique relative au Sénat, de sorte que le consentement de ce dernier était requis en l'espèce.

25 - La jurisprudence du Conseil considère qu'une loi organique relative au Parlement et aux parlementaires n'est pas, *ipso facto*, une « loi organique relative au Sénat », dès lors qu'elle ne distingue pas la situation particulière du Sénat et traite de manière identique des questions communes aux deux assemblées. Or, c'est le cas – arguent le Gouvernement et le Ministre de l'Intérieur - de la loi organique incriminée qui concerne les incompatibilités parlementaires en général : elle ne serait donc pas, sous ce rapport, « relative au Sénat » en raison de l'inexistence de cette condition de « spécificité » désormais imposée par la nouvelle jurisprudence du Conseil constitutionnel (2009-576 DC du 3 mars 2009, 2009-579 DC du 9 avril 2009 et 2012-628 DC du 12 avril 2012). Pour qu'il y ait une loi organique relative au Sénat, il faut admettre, *a contrario*, qu'elle contiendrait des dispositions « différentes » (ou « spécifiques ») applicables aux sénateurs par rapport à celles régissant le statut des députés. Ainsi, ce critère alternatif (spécificité/identité), tiré de la nature des dispositions, changerait la nature juridique d'une loi organique relativement à sa procédure d'élaboration parlementaire.

On peut néanmoins démontrer que l'application de ce critère aboutit à considérer, ici aussi, que la présente loi organique est « relative au Sénat » contrairement à ce que prétendent le Gouvernement et le ministre de l'Intérieur. La raison profonde tient au *cas particulier* de l'incompatibilité du mandat *sénatorial* avec toute fonction exécutive locale.

26 - Il faut d'abord souligner qu'en droit, ce n'est pas parce que des dispositions s'appliquent de façon identique à des destinataires différents que l'on élimine automatiquement toute dissemblance ou toute spécificité. On le comprend mieux quand on examine le fondement de cette « nouvelle » jurisprudence qui est l'idée d'une égalité de traitement entre Assemblée nationale et Sénat. Autrement dit, dès lors que le Sénat serait traité à l'égal de l'Assemblée nationale, il ne pourrait prétendre à jouir d'une situation spécifique et il perdrait son privilège de consentir à la modification de son statut (et donc du statut des sénateurs). Mais on sait que l'égalité de traitement est susceptible d'interprétations variées tout comme l'égalité devant la loi. Il ne signifie pas nécessairement identité de traitement, car une telle égalité suppose qu'à situations égales, il faut un traitement égal, mais qu'inversement, un traitement différent découle de situations différentes. Or, juridiquement, le Sénat et l'Assemblée nationale ne sont pas, en ce qui concerne la représentation — élément-clé du statut des parlementaires —, dans une situation totalement identique. Tel est le sens profond de l'article 24 alinéa 4 de la Constitution examiné plus haut et qui confère au bicamérisme, tel qu'aménagé dans la Constitution de 1958, sa forme particulière.

27 – En effet, il est impossible d'interpréter l'article 46 alinéa 4 sans faire référence à l'article 24, alinéa 4 de la Constitution. De ce point de vue, *le fond lie la compétence*. Pour l'illustrer, il suffit de se référer à l'intervention de l'actuel Ministre de l'Intérieur devant la commission des lois du Sénat, le 10 septembre 2013. Il a commencé par affirmer — à tort selon nous — que l'article 24 alinéa 4 de la Constitution ne permettait pas une telle différenciation. Puis il a indiqué la raison profonde de cette interprétation restrictive : si l'on interprétait différemment l'article 24 alinéa 4 (comme autorisant une telle différenciation des incompatibilités), — a-t-il ajouté —, alors il faudrait utiliser la procédure de l'article 46 alinéa 4, ce dont le Gouvernement ne voulait à aucun prix²⁹. L'interprétation de l'article 24 alinéa 4

²⁹ « (...) Le droit actuel aligne le régime des sénateurs sur celui des députés en matière d'incompatibilités. Dans sa lettre comme dans son interprétation par le Conseil constitutionnel, l'article

de la Constitution est donc la condition préalable à toute discussion sur l'applicabilité de l'article 46 alinéa 4 de la Constitution.

Or, cet article 24 alinéa 4, qui donne pour mission particulière au Sénat d'assurer la représentation des collectivités territoriales, intervient pour déroger à ce nouveau critère jurisprudentiel de l'identité des dispositions. Il est certain que la spécificité du Sénat se trouve mise en cause par l'incompatibilité nouvelle visant les fonctions exécutives locales. En effet, comme on aura l'occasion de le démontrer plus longuement (*infra* II), c'est le principe même de la représentation des collectivités territoriales qui est remis en cause par l'ensemble de la présente loi organique. En interdisant aux sénateurs d'être simultanément des élus locaux exerçant des fonctions exécutives, la loi organique affecte la situation du Sénat en ce qu'elle a de spécifique : elle rompt le « *lien organique entre le Sénat et les collectivités territoriales dont il est l'émanation.* »³⁰ Ce lien a pu être ainsi résumé par un membre de la doctrine, pourtant très favorable au non-cumul des députés : « *La prise en compte des intérêts locaux est [...] inhérente à la fonction sénatoriale. Pour le sénateur, le mandat local est dans le mandat national* »³¹.

28 – Ainsi contraint, pour donner son entière signification à un article de procédure parlementaire (article 46 alinéa 4 de la Constitution), de faire un détour par l'interprétation à conférer à l'article 24 alinéa 4 de la Constitution, il convient de relier cette dernière à la position du Sénat dans l'édifice institutionnel de la Ve République. Autrement dit, on ne peut évaluer la « nouvelle » jurisprudence du Conseil constitutionnel relativement à la notion de loi organique « relative au Sénat » sans se référer d'une part, à l'intention du constituant et, d'autre part, au principe fondamental du bicamérisme. C'est, en effet, au regard du bicamérisme que les conséquences néfastes de la jurisprudence récente du Conseil — à la supposer bien établie — sont manifestes.

Or, on sait que l'intention du constituant fut d'instituer un bicamérisme qu'on peut qualifier d'inégalitaire, mais à la condition d'ajouter qu'il s'agit d'une inégalité *tempérée* ou mesurée. Inégalitaire car, comme on le sait, l'article 45 de la Constitution – véritable pilier de la constitution procédurale – accorde à la Chambre le pouvoir du dernier mot en cas de désaccord persistant entre les deux chambres du Parlement. Inégalitaire aussi, car la responsabilité du Gouvernement ne peut être engagée que devant l'Assemblée nationale et non pas devant le Sénat. Mais ce bicamérisme inégalitaire est également modéré car le constituant a prévu deux tempéraments majeurs que sont, d'une part, la procédure pour la révision de la Constitution (art. 89), en prévoyant un droit de veto du Sénat, dans la mesure où le projet ou la proposition de révision doit être « voté par les deux assemblées en termes identiques » (art 89 alinéa 2 de la Constitution) et, d'autre part, la procédure de l'article 46-4 pour les lois organiques relatives au Sénat.

24 de la Constitution ne justifie pas un traitement différencié pour les sénateurs. Le faire supposerait de faire évoluer le rôle du Sénat, sur le modèle du Bundesrat ou du Sénat espagnol... Ce n'est pas, je pense, ce que vous souhaitez. En outre, un traitement différencié des sénateurs conduirait à qualifier ce texte de loi organique relative au Sénat, ce qui suppose un vote conforme des deux assemblées. »
Audition devant la Commission des lois du Sénat, 10 sept. 2013 (<http://www.senat.fr/rap/112-832/112-8329.html>)

³⁰ Audition devant la Commission des lois du Sénat, 10 sept. 2013 (<http://www.senat.fr/compte-rendu-commissions/20130909/lois.html#toc3>)

³¹ J.-Cl. Masclet, « « Un remède homéopathique ? Les lois sur le cumul des mandats et des fonctions électives », *AJDA* 1985, p. 218.

29 - Il suffit de se référer aux travaux préparatoires de la Constitution de 1958 pour comprendre que l'intention du constituant était d'une grande netteté lorsqu'il a ajouté ce quatrième alinéa à l'article 46. René Cassin l'approuva en précisant que « dans la Constitution de 1946, on se méfiait des entreprises de l'Assemblée nationale contre le Conseil de la République »³². Il était évident que la rédaction de cet article visait à donner au Sénat un moyen de défense contre l'Assemblée nationale. Une telle interprétation est corroborée par le contenu de la lettre du 23 août 1965 adressée par Michel Debré, garde des Sceaux et principal artisan du projet de texte constitutionnel, au président du Conseil de la République, Gaston Monnerville. Il lui indiqua que, parmi les dispositions qui rétablissaient l'autorité du Sénat sous la future Ve République, figurait la disposition (le futur article 46 alinéa 4) exigeant l'accord du Sénat pour les lois organiques le concernant³³. C'était souligner l'importance pratique et symbolique que le constituant attribuait à cette disposition censée organiser les rapports entre les deux assemblées.

30 - Il y a, en effet, un lien intrinsèque entre les dispositions de l'article 46 alinéa 4 de la Constitution et la défense du bicamérisme, qui a été maintes fois relevé par la doctrine. Si cet article a été introduit dans la Constitution, c'était bien pour empêcher l'application des règles de la navette ordinaire et donc pour éviter, dans ce cas précis, le pouvoir du dernier mot de l'Assemblée nationale. Le dialogue est imposé par la Constitution et le but ultime de cet article 46 alinéa 4 est de prévenir l'abus de majorité de l'Assemblée nationale qui voudrait passer en force, contre l'opinion du Sénat, en matière de lois organiques concernant ce dernier.

Jugée à l'aune de cette observation, la récente jurisprudence du Conseil constitutionnel, si elle avait pour effet de conférer un sens trop restrictif à la portée de l'article 46 alinéa 4, apparaîtrait alors comme éminemment critiquable pour des raisons institutionnelles. Elle aurait, en effet, pour conséquence de réduire considérablement le domaine d'application de la loi « relative au Sénat » et donc d'amoindrir fortement le consentement du Sénat en matière de lois organiques.

31 - L'erreur du Gouvernement, qui a voulu imposer la prohibition du cumul vertical du mandat en faisant passer les sénateurs pour les défenseurs attardés d'un corporatisme désuet, est d'avoir méconnu le sens du bicamérisme sous la Ve République. Ce dernier vise certes à équilibrer les pouvoirs en usant de mécanismes permettant de contrebalancer l'éventuelle toute puissance de l'Assemblée nationale, et donc de la majorité présidentielle. Mais ce bicamérisme vise aussi à protéger l'autonomie des deux Chambres, et non seulement celle du Sénat. Ainsi, la question de l'interprétation à donner de l'article 46 alinéa 4 est inséparable du sens à donner au bicamérisme sous la Ve République. C'est à la lumière de ce principe qu'il faut aussi interpréter l'article 46 alinéa 4 et c'est également pour cette raison qu'on ne peut pas faire de celui-ci une interprétation trop restrictive qui anéantirait les pouvoirs que la Constitution a voulu donner au Sénat.

32 - Sur ce premier point, on conclura donc que l'existence même de l'article 24 alinéa 4 contribue à donner une toute autre interprétation à la jurisprudence du Conseil constitutionnel que celle donnée par le Gouvernement. *Dans ce cas d'espèce, qui est*

³² Comité national chargé de la publication des travaux préparatoires des institutions de la Ve République, *Document pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, vol III, La documentation Française, Paris, 1991, p. 142.

³³ *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 oct. 1958*, Vol. III, La Documentation française, Paris, 1991, p. 728.

l'extension du non-cumul vertical des mandats aux sénateurs, l'article 24 alinéa 4 de la Constitution ouvre une exception et autorise à dire que l'article 1^{er} de la présente loi organique ne s'applique pas identiquement aux membres des deux chambres. Il y a une spécificité sénatoriale que doit prendre en compte le droit constitutionnel et qui conduit à conclure que la présente loi organique est bien « relative au Sénat ».

33 - On peut aboutir à la même conclusion en raisonnant différemment, si l'on fait la distinction entre l'identité formelle des destinataires du droit et la différence matérielle de l'application de la règle de droit. En effet, en ce qui concerne les incompatibilités, qui est la matière de la présente loi organique, la question juridiquement décisive est celle de savoir quelle doit être la portée de ces nouvelles dispositions. Or, en tentant d'y répondre, l'interprète du droit retrouve le noyau de vérité contenu dans la jurisprudence de 1985, qui, comme on l'a vu plus haut, dissociait l'objet de la loi organique de son effet. Certes, le non-cumul fixé par la loi organique ne vise pas principalement le Sénat, car il concerne aussi les députés, mais son effet indirect sur les sénateurs a pour effet de les placer dans une situation très différente de celle des députés. Par conséquent, priver les sénateurs de la faculté d'exercer le mandat local le plus important (fonction exécutive), c'est porter *nécessairement* atteinte à leur statut de *façon bien plus importante que pour les députés*. Ce point essentiel sera plus longuement démontré lors de l'examen du fond de la présente loi organique (v. *infra*, n°39 et suiv.).

34 - Dans son étude précitée de 1972, Jacques Larché proposait de retenir comme critère plus restrictif de la loi organique relative au Sénat, celui selon lequel entreraient dans le cadre de l'article 46 alinéa 4 de la Constitution seules les lois qui modifient la situation d'une assemblée par rapport à l'autre, et non celles qui affectent de la même façon les pouvoirs de chaque assemblée. Plus exactement, « toute loi "concernant le Sénat" », nous paraît donc devoir être soumise à l'interrogation suivante : le projet modifie-t-il la situation actuelle d'une assemblée par rapport à l'autre, établit-elle des prérogatives ou une organisation particulière pour l'une ou l'autre des deux assemblées : alors elle doit être considérée comme "relative au Sénat" »³⁴. On a tenté de synthétiser la récente jurisprudence du Conseil par référence à cette étude doctrinale. Mais, en réalité, l'application de critère doctrinal qui aurait été reconnu par le Conseil constitutionnel, aboutit également à la conclusion selon laquelle il s'agit ici bien d'une loi « relative au Sénat ». En effet, en privant le Sénat de sénateurs qui seraient des maires, la présente loi organique modifie considérablement la situation du Sénat – son « organisation particulière » résultant de l'art. 24 alinéa 4 de la Constitution — par rapport à l'Assemblée nationale et l'affaiblit considérablement par rapport à elle. Encore une fois, le critère littéral des dispositions identiques ne peut rendre compte de la réalité juridique qui est celle de la différence de situation.

35 - Concluons ainsi sur ce point : l'apparente identité des dispositions de la présente loi organique cache, en réalité, des dissemblances majeures qui ressortent clairement si l'on prend en compte, non pas la lettre de la loi (aspect formel), mais sa finalité et la nature de ses destinataires. Un traitement égal entre l'Assemblée et le Sénat ne consiste pas nécessairement à uniformiser leur statut – ce que fait la présente loi organique — , mais à les différencier pour tenir compte de la spécificité sénatoriale reconnue par le texte constitutionnel.

³⁴ AJDA 1972, p. 136.

36 - Ainsi, contrairement à ce que prétend le Gouvernement, si l'on applique au cas présent la « nouvelle » jurisprudence du Conseil constitutionnel, qui viserait à traiter uniformément l'incompatibilité aux députés et aux sénateurs cela revient, en réalité, à traiter inégalement les parlementaires en raison de l'existence de l'article 24 alinéa 4 qui place les sénateurs dans une position particulière. Dès lors que cette inégalité de condition existe, on est en droit de conclure que la présente loi organique visant à interdire à *tout parlementaire* d'exercer en même temps des fonctions exécutives locales, affecte spécifiquement les sénateurs et donc le Sénat, en ce qu'elle réduit à néant sa mission de contribuer à la représentation des collectivités territoriales.

37 - Une telle interprétation de la jurisprudence du Conseil conduit à soutenir que le régime de l'incompatibilité des sénateurs fait partie des matières régies par l'article 46-4 de la Constitution et qu'il ne peut être modifié sans leur consentement, du moins tant qu'on légifère par voie organique.

On pourrait objecter que la loi est dite « relative au Sénat » et non pas aux sénateurs. Mais une telle distinction entre le Sénat - l'organe - et les sénateurs - les membres de cet organe collectif - n'a pas de réelle consistance. La question de l'incompatibilité des sénateurs entre dans la question plus large de la composition du Sénat, au même titre que la question de l'élection ou de l'éligibilité. Or, il est de tradition constante de considérer que le statut des sénateurs est inséparable de l'étude du Sénat. Une distinction trop rigide entre Sénat et sénateurs serait par trop artificielle pour être retenue comme un obstacle à l'application, en l'espèce, de l'article 46 alinéa 4.

38 - Résumons et concluons sur ce premier moyen d'inconstitutionnalité : la présente loi organique, en ce qu'elle modifie le régime des incompatibilités des sénateurs, est bien « *relative au Sénat* ». Toute autre interprétation reviendrait à admettre qu'il faudrait considérer comme « loi relative au Sénat » « toute loi qui concernerait le Sénat ou les sénateurs seuls ». Or, comme l'avait écrit Jacques Larché, « une telle interprétation, par son caractère restrictif, serait évidemment inadmissible, et permettrait une *véritable fraude à la Constitution* » (v. *supra*, n° 19). Dans son rôle de gardien de la Constitution, le Conseil ne pourra donc accepter l'interprétation que lui propose le Gouvernement et retiendra celle qu'on lui propose ici en vertu de laquelle l'article 46-4 aurait dû être appliqué. Conséquemment, l'adoption, dans le cas présent, de la voie procédurale de l'article 46-3 doit être considérée comme inconstitutionnelle. En raison de ce vice de procédure, l'article 1er de la présente loi organique doit être déclaré comme non conforme par le Conseil constitutionnel, en ce qu'il s'applique aux sénateurs.

B/ Le cas particulier de l'article 3 de la présente loi organique organisant le remplacement des sénateurs

39 - Cependant, si cette double argumentation n'avait pas convaincu le Conseil de l'inconstitutionnalité de la présente loi organique, ce dernier ne manquera pas de censurer un autre article de cette loi. En effet, la présente loi organique contient un article 3 qui règle le remplacement des parlementaires qui opteraient en faveur d'une fonction exécutive locale, abandonnant ainsi leur mandat parlementaire. Or, concernant cette disposition particulière de la loi organique, le statut des sénateurs est sur ce point - par construction dira-t-on - différent des députés, en raison de leurs modalités particulières d'élection. Pour en rendre compte, le législateur organique a dû différencier les deux cas lorsqu'il a traité de la question de

l'éventuel remplacement du parlementaire frappé par une incompatibilité et qui opérerait en faveur du mandat local. Ainsi, l'article 3 alinéa 3 du projet prévoit une disposition spécifique pour les sénateurs élus au scrutin majoritaire qui est différente des deux mesures prévues pour les députés aux alinéas I et II du même article. Par conséquent, sur ce point très précis du remplacement, l'élément du statut du sénateur est différent de celui du statut des députés. Si le Conseil appliquait sa « nouvelle » jurisprudence au cas présent, il serait obligé de considérer qu'on a ici affaire à une disposition « relative au Sénat », au sens de l'article 46-4 de la Constitution.

Or, cette disposition de l'article 3. III, qui figurait initialement dans le projet de loi organique adopté par l'Assemblée nationale, fut supprimée par le Sénat, comme il ressort clairement de la version du projet de loi adoptée le 12 septembre 2013 (projet de LO, n° 216, art. 3 III). Si elle figure pourtant dans le projet de loi organique définitivement adopté, c'est parce que l'Assemblée nationale l'a *imposée* aux Sénat. Une telle disposition n'a donc pas été votée en termes identiques par les deux chambres, contrairement à ce que prescrit l'article 46-4 de la Constitution. Par voie de conséquence, elle doit être annulée comme ayant été prise au terme d'une procédure non conforme à la Constitution.

II – La violation matérielle de la Constitution (art. 24 alinéa 4)

40 - Si, par extraordinaire, le Conseil constitutionnel ne considérait pas comme inconstitutionnelle la procédure utilisée en l'espèce, il n'en résulterait pas pour autant qu'il délivrera un brevet de constitutionnalité à la présente loi organique. En effet, sur le fond, cette réforme soulève certains problèmes constitutionnels d'importance inégale.

41 – Le premier problème concerne les électeurs. Il a parfois été invoqué, dans les débats parlementaires, l'argument selon lequel selon lequel une réforme aussi radicale des incompatibilités aurait pour effet de porter gravement atteinte à la liberté des électeurs. Certes, à la différence des inéligibilités, les incompatibilités n'empêchent pas les candidats de se présenter. Elles se bornent à leur imposer un droit d'option. Une telle réforme peut conduire à limiter, *de facto*, le droit fondamental des citoyens à choisir les candidats de leur choix³⁵, dans la mesure où les partis politiques décideront de ne plus investir de potentiels candidats déjà titulaires d'une fonction exécutive locale. Or, le Conseil constitutionnel vient de réaffirmer, d'une part, que l'incompatibilité parlementaire doit être interprétée comme une « restriction apportée à l'exercice de fonctions publiques » qui doit respecter les exigences posées par l'article 6 de la Déclaration de 1789 (principe de l'égalité admissibilité aux emplois publics), et d'autre part, que « la protection de la liberté de choix de l'électeur » fait partie des buts d'intérêt général pouvant justifier des incompatibilités » (2013-675 DC du 9 oct. 2013).

La nécessité d'interpréter restrictivement les incompatibilités éclaire la présente loi organique. Pour justifier une telle interdiction, qui porte atteinte à la liberté des sénateurs de cumuler leur mandat avec au moins une fonction exécutive locale et qui prive *de facto*, les électeurs de la faculté de choisir des élus locaux, le Gouvernement invoque des finalités d'ordre très général - la démocratisation, le renouvellement du personnel politique, la parité

³⁵ L'incompatibilité a un effet équivalent à celui de l'inéligibilité. « En pratique, on doit se demander si l'incompatibilité laisse un choix réel à l'élu » F. Ancel, *Les incompatibilités parlementaires sous la V^e République*, Paris, PUF, 1975, p. 13.

etc.— qui sont d’ailleurs réalisées partiellement par l’application de cette loi organique aux députés. L’atteinte au droit fondamental des électeurs de pouvoir choisir librement son sénateur n’est donc pas suffisamment justifiée par ces motifs d’intérêt général, de sorte que, pour cette raison, l’article 1^{er} de la loi organique devrait être censuré, car il méconnaît les exigences constitutionnelles garantissant la liberté de choix des électeurs.

42 - Mais surtout, la loi organique, en ce qu’elle interdit aux sénateurs de cumuler leur mandat avec les fonctions exécutives locales énumérées dans l’article 1^{er}, apparaît manifestement contraire à l’article 24 alinéa 4 de la Constitution (qui était l’article 24-3 avant la révision du 23 juillet 2008), aux termes duquel le « *Sénat (..) assure la représentation des collectivités territoriales* ». Cette formule reconnaît donc explicitement l’idée selon laquelle la Chambre sénatoriale a une mission spécifique qui est de représenter les collectivités territoriales. En ce sens, elle se distingue nécessairement de l’Assemblée nationale, à laquelle l’article 24 de la Constitution confie des fonctions communes aux deux chambres (légiférer, contrôler l’action du gouvernement et évaluer les politiques publiques, selon l’article 24 alinéa 1 de la Constitution). Il résulte des termes mêmes de l’article 24 de la Constitution que le Sénat a, en ce qui concerne ses missions, une mission *spéciale* - la représentation des collectivités territoriales — qui lui est donc propre et, qui de ce point de vue, la différencie inmanquablement de la Chambre populaire, l’Assemblée nationale.

43 - C’est cette mission spécifique du Sénat que son ancien président, Gaston Monnerville, n’a cessé de souligner dans maints discours publics. Par exemple, dans son discours au Sénat, lors de la séance du 5 octobre 1965, il déclarait :

« Le Sénat [...] est et veut rester la représentation nationale des collectivités locales. A cet égard, il perpétue une tradition (..) et “une tradition, ce n’est jamais qu’un progrès qui a réussi”.

Le Sénat, au sein du Parlement français, a vocation spéciale, on le sait pour la défense de ces collectivités. Si l’Assemblée nationale est le reflet de la démographie du pays, le Sénat est le reflet de sa terre et de sa géographie ; il estime que les collectivités locales, dont il est la représentation nationale, doivent être animées et aidées à l’extrême pour que soient “revitalisées” toutes les régions de France qui souffrent de l’excessive attraction des grandes métropoles. »³⁶

La formule de l’article 24 alinéa 4 de la Constitution, qui illustre cette mission spécifique, fait néanmoins l’objet de diverses interprétations, puisque les uns y voient l’amorce d’une représentation spécifique des « territoires » par le Sénat, de sorte que ce serait la reconnaissance d’un début de « fédéralisme municipal » (à l’image de ce dont rêvait Gambetta)³⁷ et les autres tendant à réduire sa portée en en considérant que le Sénat « représente » le peuple français dans son ensemble, au même titre que l’Assemblée nationale, et cela en vertu de la théorie selon laquelle un représentant au Parlement représente d’abord et avant tout « la Nation »³⁸. Plutôt que de trancher entre ces deux thèses, il vaut mieux examiner le sens qu’a donné à cet alinéa de l’article 24 le Conseil constitutionnel dans sa jurisprudence.

³⁶ Allocution, in J.O., *Débats, Sénat*, 1^{ère} session ord. De 1965-1966, annexe PV séance du 5 oct ; 1965, p. 3.

³⁷ J. P. Duprat, « Le Sénat et les collectivités territoriales », in *Le Sénat de la République. Les 50 ans d’une Assemblée bicentenaire*, Paris, Sénat, 2012, pp. 67-71.

³⁸ F. Robbe, *La représentation des collectivités locales par le Sénat*, Paris, LGDJ, 2000.

44 - On retiendra de celle-ci surtout sa grande décision 2000-431 du 6 juillet 2000 où le Conseil fut appelé à examiner si l'augmentation, dans les collèges électoraux sénatoriaux, du nombre de délégués supplémentaires, non élus mais désignés par les conseils municipaux des grandes communes, était constitutionnelle. C'est à cette occasion de ce projet de réforme, jugé d'ailleurs inconstitutionnel par le Conseil, que celui-ci a eu l'occasion de poser une règle fondamentale en matière d'élection des sénateurs :

« Considérant qu'il résulte des dispositions précitées de l'article 24 de la Constitution que le Sénat doit, dans la mesure où il assure la représentation des collectivités territoriales de la République, être élu par un corps électoral qui est lui-même l'émanation de ces collectivités ; que, par suite, ce corps électoral doit être essentiellement composé de membres des assemblées délibérantes des collectivités territoriales ; que toutes les catégories de collectivités territoriales doivent y être représentées ; qu'en outre, la représentation des communes doit refléter leur diversité ; qu'enfin, pour respecter le principe d'égalité devant le suffrage résultant de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et de l'article 3 de la Constitution, la représentation de chaque catégorie de collectivités territoriales et des différents types de communes doit tenir compte de la population qui y réside » (cons.5).

Alors que certains pouvaient douter de la « normativité » de l'article 24 alinéa 3 de la Constitution (devenu alinéa 4), cette décision démontre que le Conseil constitutionnel en a dégagé des implications constitutionnelles certaines. Certes, il avait déjà jugé, dans sa première décision sur le traité de Maastricht, que « l'organe délibérant d'une collectivité territoriale de la République ne peut procéder que d'une élection effectuée au suffrage universel ; que le Sénat doit, dans la mesure où il assure la représentation des collectivités territoriales de la République, être élu par un corps électoral qui est lui-même l'émanation de ces collectivités » (92-308 DC du 9 avril 1992). Dans cette dernière décision, il s'était fondé pour établir une telle règle non seulement sur l'article 24 (alinéa 3), mais aussi sur l'article 72 de la Constitution. Or, dans cette décision 2000-431 du 6 juillet 2000, c'est sur l'unique fondement de l'article 24 alinéa 3 que le Conseil constitutionnel déduit cette règle relative au corps électoral élisant les sénateurs. La normativité ainsi conférée à l'article 24 alinéa 3 permet au Conseil d'en tirer des conséquences juridiques très concrètes, notamment la règle selon laquelle le collège électoral devrait être très majoritairement composé d'élus locaux, ici désignés comme « membres des assemblées délibérantes des collectivités territoriales ». Comme ces élus sont, dans leur immense majorité, des conseillers municipaux, l'article 24 alinéa 3 de la Constitution est, dans cette décision, la traduction de cette formule classique, empruntée à Gambetta, selon laquelle le Sénat est le « **grand conseil des communes** ».

45 - Juridiquement, la décision du 6 juillet 2000 a une double signification capitale.

46 - D'une part, elle dément formellement l'idée selon laquelle le Sénat doit être une assemblée représentative de la population, puisqu'elle met l'accent sur la représentation des collectivités territoriales, et en particulier des communes. Il ressort de cette interprétation jurisprudentielle de l'article 24 de la Constitution que la « représentation des communes » au sein du collège électoral sénatorial « doit refléter leur diversité ». Le Conseil constitutionnel admet nécessairement donc que la représentation des communes fait partie des obligations constitutionnelles découlant de l'article 24. Et il fait davantage en privilégiant la représentation « corporative » des collectivités territoriales sur la représentation « individuelle » de chaque électeur.

47 - Deux faits importants l'attestent. Le premier est l'opposition qui se dessine entre la position de l'Assemblée nationale et du Conseil constitutionnel. En effet, les députés avaient justifié leur amendement visant à attribuer à chaque commune un délégué sénatorial par tranche de 300 habitants par la nécessité de « maintenir un lien étroit entre légitimité démocratique et représentativité »³⁹. Ainsi, les députés ne s'étaient pas fondés sur l'article 24 alinéa 3 de la Constitution, mais au contraire sur la légitimité démocratique associant l'élection à la représentativité sociale. En choisissant de se fonder uniquement sur l'article 24 de la Constitution, le Conseil constitutionnel écarte cette forme de légitimité, purement démocratique, pour lui préférer la forme de légitimité propre au Sénat, qui est issue de la représentation des collectivités territoriales. Par là même, il a estimé que la pure légitimité démocratique n'était pas la seule source de légitimité des sénateurs et du Sénat. Il a confirmé l'opinion émise dans le premier grand commentaire doctrinal relatif à la place du Sénat sous la Ve République : « *l'idée fondamentale de l'institution sénatoriale est la représentation des collectivités locales* »⁴⁰.

Ensuite, il existe un second indice probant découlant de la lecture de ce passage de la décision 2000-431 DC. Alors qu'on aurait pu faire jouer ensemble l'article 3 de la Constitution sur la souveraineté et l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, afin d'opposer au mode électoral sénatorial le principe de l'égalité du suffrage, le Conseil constitutionnel déjoue cet argument de la façon suivante. Le suffrage indirect, tel qu'il est organisé par les élections sénatoriales, est inégalitaire dans ses effets en raison de la sur-représentation des communes rurales. Mais, malgré cet argument socio-politique d'une grande importance, le Conseil constitutionnel rappelle que, en droit, le respect des bases démographiques n'est pas une nécessité absolue lorsqu'il s'agit du Sénat. C'est une différence majeure avec l'Assemblée nationale, à propos de laquelle il a été jugé sans aucune ambiguïté que cette Chambre « *devait être élue sur des bases essentiellement démographiques* », principe auquel le législateur ne pouvait apporter que des exceptions « dans une mesure limitée » (86-208 DC du 2 juillet 1986, cons. 21) et « *en fonction d'impératifs précis* » (86-28DC du 18 nov. 1986, cons.7). Tout au contraire, dans le cas du Sénat, le Conseil constitutionnel est beaucoup moins exigeant. Il se contente, si l'on peut dire, d'affirmer que « la représentation de chaque catégorie de collectivités territoriales et des différents types de communes *doit tenir compte* de la population qui y réside » (2000-431, cons.5). Mais, selon lui, le principe de la représentation démocratique, fondée sur des considérations démographiques (représentation en fonction du nombre d'habitants), doit céder le pas devant la représentation corporative des collectivités territoriales. Dans la décision du 6 juillet 2000, une telle représentation est considérée comme un « *simple tempérament* » au principe de la représentation de collectivités territoriales, ce que désigne l'expression de « *correctif démographique* » (2000-431, cons.6), utilisée pour justifier l'ajout des délégués supplémentaires.

48 - Une telle décision, que le Conseil constitutionnel n'a pas remis en cause depuis lors, est le plus clair démenti offert à la thèse défendue par la Commission Jospin — dont on sait qu'elle a servi de principale légitimation à la présente loi organique — qui voudrait identifier la représentation électorale à la représentativité sociologique. *Une telle thèse ne vaut pas, constitutionnellement parlant, pour le Sénat.*

³⁹ Rapport du député Marc Dolez (sur l'élection des sénateurs), JO, Doc, AN, XIème législature, n°2031.

⁴⁰ J. Roche, « Le Sénat de la République dans la Constitution de 1958 », RDP, 1959, p. 1157

49 - D'autre part, cette décision est capitale en ce qu'elle rappelle l'importance décisive des élus locaux dans le collège électoral. Il faut que les sénateurs continuent à être élus majoritairement, ou très majoritairement (« *essentiellement* », dit la décision 2000-431 cons. 5), par des élus locaux. C'est la raison pour laquelle l'introduction de délégués supplémentaires non élus au suffrage universel est censurée par le Conseil constitutionnel dans le cas où leur part serait déterminante dans le collège électoral sénatorial.

50 - La portée institutionnelle cette décision n'a pu manquer d'être perçue par des commentateurs avisés qui ont observé qu'« *en insistant sur son rôle de représentant des collectivités territoriales et en réduisant, pour lui seul, l'élément démographique de son électorat à une simple "correction" de l'élément territorial, il [le Conseil constitutionnel] fait apparaître [...] l'Assemblée nationale comme la seule chambre représentant le peuple, laissant au Sénat la représentation du territoire* »⁴¹. La critique de cette décision fait alors apparaître pourtant ce qui est son apport déterminant : l'article 24 alinéa 3 de la Constitution (désormais alinéa 4) consacre la spécificité sénatoriale.

51 - Depuis la décision du 6 juillet 2000, le droit positif a plutôt renforcé qu'atténué la normativité de la formule selon laquelle « *le Sénat [...] assure la représentation des collectivités territoriales* ». C'est ainsi qu'en vertu de la révision constitutionnelle de 2003, l'article 39 a été modifié pour conférer un droit de priorité au Sénat pour l'examen « des projets de loi ayant pour principal objet l'organisation des collectivités territoriales » (art 39 alinéa 2 *in fine*). Quelles que soient les critiques ayant pu être adressées à cette réforme à laquelle a consenti l'Assemblée nationale, elle témoigne du fait que le Sénat peut, non sans raison constitutionnelle, se présenter plus que jamais comme le défenseur des collectivités locales⁴². On peut désormais mieux répondre à la question initiale : la présente loi organique qui interdit aux sénateurs de cumuler leur mandat parlementaire avec leurs fonctions exécutives locales, donc avec des mandats locaux (maire, président de conseil général, etc.), viole-t-elle cet article de la Constitution (devenu art. 24 al 4) relatif à la représentation des collectivités locales ?

52 - Selon les partisans de la présente loi organique, cet article 24 alinéa 4 n'est pas un obstacle constitutionnel. Ainsi, selon les membres de la Commission Jospin, « *cet article n'implique pas que les sénateurs soient des élus locaux mais seulement qu'ils soient élus par un collège constitué essentiellement d'élus locaux.* » La preuve empirique de cette assertion tiendrait à ce qu'il n'y a pas d'obligation à être élu local pour être un membre du Sénat : « Aujourd'hui, 23% des sénateurs ne détiennent d'ailleurs que leur mandat de parlementaire. »⁴³. L'argument est repris dans le rapport de la commission des lois de l'Assemblée nationale⁴⁴. Autrement dit, selon une telle interprétation, l'article 24 alinéa 4 de la Constitution limiterait ses effets à la seule conséquence institutionnelle tirée par le Conseil constitutionnel dans sa décision de 2000, c'est-à-dire qu'il s'épuiserait dans la règle selon laquelle le corps électoral sénatorial doit être composé essentiellement d'élus locaux. C'est d'ailleurs cette thèse que le Ministre de l'Intérieur a repris devant le Sénat, lors de la discussion générale du 18 septembre, affirmant alors : « *Représenter les collectivités territoriales, vous le savez parfaitement, ce n'est pas nécessairement en diriger une. En droit,*

⁴¹ D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, 10^{ème} éd. Paris, Montchrestien, 2013, p. 410, n° 451.

⁴² F. Robbe, « Le Sénat défenseur des collectivités locales : histoire d'une "appropriation" », *Pouvoirs locaux*, N° 67, IV/ 2005 pp. 54 et s.

⁴³ *Rapport Jospin* [Pour un renouveau démocratique], p. 67.

⁴⁴ *Rapport Borgel*, précité, p. 27.

le Conseil constitutionnel a, me semble-t-il, déjà tranché cette question. Sa jurisprudence sur ce point est claire : la représentation des collectivités s'exerce par le collège électoral des sénateurs, composé "essentiellement" d'élus locaux, pas par l'exercice d'un mandat ou d'une fonction. »⁴⁵

53 - Une telle opinion n'est pas juridiquement convaincante. En effet, rien n'interdit au Conseil constitutionnel de tirer d'autres implications constitutionnelles de cet article 24 alinéa 4. C'est que nous lui invitons à faire au terme d'un raisonnement *a fortiori*.

Si le principe de la « représentation des collectivités territoriales » impose au législateur de composer le collège électoral sénatorial, en attribuant une part essentielle aux élus locaux, on doit à *plus forte raison* admettre, comme une sorte de conséquence logique, que cette même règle doit autoriser des élus locaux à siéger au sein du Sénat sans perdre leurs fonctions exécutives. Il ne s'agit pas ici de prétendre – ce qui serait absurde – que les sénateurs *doivent* nécessairement être des élus locaux, mais seulement de soutenir qu'ils *peuvent* l'être. Or, justement l'interdiction formulée par la présente loi organique leur interdit cette simple *faculté*. Par là même, elle prive non seulement les élus locaux chargés d'une fonction exécutive d'une liberté, celle de cumuler des mandats, mais aussi le Sénat de disposer en son sein d'élus locaux expérimentés.

54 - Mais surtout, le Gouvernement ne peut pas surmonter l'objection selon laquelle une telle interdiction de cumul revient à réduire à néant la formule de l'article 24 alinéa 4 selon lequel le Sénat « assure la représentation des collectivités territoriales ». En interdisant aux sénateurs d'exercer une fonction exécutive locale, et notamment celle de maire d'une commune, la réforme ici contestée remet en cause le rôle classique des sénateurs qui sont, sous la Ve République, des « notables expérimentés » et des « intercesseurs privilégiés ». En effet, « issu des collectivités locales, le Sénat s'en veut l'expression. Le privilège de l'intercession est revendiqué comme une mission spécifique »⁴⁶. Une telle mission spécifique découle de l'article 24 alinéa 4 de la Constitution et de la configuration particulière du Sénat sous la Ve République.

C'est ce qu'énonçait à sa manière le sénateur socialiste Jacques Carat lors de sa remarquable intervention à la séance du Sénat du 17 décembre 1985, lors du débat sur la première grande loi limitant le cumul des mandats. Il a justifié la pertinence d'une exception sénatoriale en matière de cumul des mandats, de cette manière :

« Mieux que dans sa permanence politique, c'est dans sa mairie le plus souvent, si modeste soit-elle, qu'il assume cette relation nécessaire. Pour lui, le mandat local, c'est l'apport vivifiant de l'enracinement. C'est pourquoi j'hésiterais, pour ma part, à prendre la position maximaliste qui interdirait absolument tout cumul des mandats et de fonctions électives, fût-ce de deux seulement.

Au surplus, il serait fâcheux que les assemblées locales et régionales soient entourées de telles cloisons étanches qu'aucune ne puisse profiter de l'expérience qu'un de ses membres a pu acquérir dans une autre.

C'est encore plus vrai pour le Parlement, et tout particulièrement pour le Sénat. Comment pourrait-il être valablement l'émanation des collectivités locales si les élus

⁴⁵ Compte-rendu intégral des débats du Sénat, 18 sept ; 2013, http://www.senat.fr/seances/s201309/s20130918/s20130918_mono.html#Niv1_SOM4

⁴⁶ J. Mastias, « Le Sénat de la V^e République » in J. Mastias, J. Grangé, *Les secondes Chambres du Parlement en Europe occidentale*, Paris, Economica, 1987, p. 246

qu'elles se sont choisies pour les représenter, ne pouvaient en même temps, siéger dans notre assemblée ? Nos institutions fixent donc elles-mêmes la mesure à garder. »⁴⁷

La logique institutionnelle établie par la Constituante de 1958, telle qu'elle est d'ailleurs prolongée par la jurisprudence du Conseil constitutionnel, s'oppose à ce qu'on remette en cause, — du moins par une loi organique —, cet édifice de la représentation « organique » des collectivités territoriales par le Sénat. Ainsi, si l'article 1^{er} du projet de loi organique qui interdit le cumul indifféremment aux députés et aux sénateurs était adopté, il aurait pour effet de vider de son sens l'article 24 alinéa 4 de la Constitution, d'en détruire tout l'effet utile que le Conseil constitutionnel lui a déjà donné dans sa décision du 6 juillet 2000.

55– Si l'on devait illustrer les effets inévitablement dysfonctionnels de la prohibition du cumul des sénateurs avec des fonctions exécutives locales, il suffirait de mentionner le projet caressé d'instituer un Haut Conseil des territoires pour compenser les effets de la disparition des sénateurs-maires. Ce point a été rappelé avec justesse par Jacques Mézard lors de sa dernière intervention au Sénat, le 15 janvier 2014⁴⁸. Il citait notamment les propos de M. Dussopt, rapporteur à l'Assemblée nationale du projet de loi de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles, qui se confiait ainsi à la *Gazette des communes* : « *Les sénateurs parlent d'un "Sénat bis". Ils n'intègrent pas la perspective de non-cumul. Mais le jour où le non-cumul sera appliqué, il faudra un lieu de concertation entre le Gouvernement et les responsables des principaux exécutifs locaux.* »⁴⁹ N'était-ce pas reconnaître, paradoxalement, que la fin du cumul des sénateurs va mettre fin à leur rôle de médiateur entre les collectivités locales et la représentation nationale ? « Quel aveu ! », ajoutait d'ailleurs Jacques Mézard.

56 - Enfin, un dernier argument – peut-être le plus fort — qui doit conduire le Conseil à juger cette loi organique contraire à l'article 24 alinéa 4 de la Constitution est celui tiré de la nature de l'institution sénatoriale considérée comme un pilier du *bicamérisme* français (v. *supra*, I, n° et s.). En effet, il est impossible de se borner à faire une lecture purement exégétique de l'article 24 alinéa 4 de la Constitution. Une telle disposition, qui s'insère dans l'article de la Constitution consacrant le bicamérisme (alinéa 2 : Il [« Le Parlement comprend l'Assemblée nationale et le Sénat »]), a pour principale signification de justifier le type de bicamérisme qui existe en France. Il n'a rien de commun avec un bicamérisme de type fédéral puisque le Sénat n'est pas une Chambre fédérale censée représenter des Etats et ayant des prérogatives très particulières et une composition particulière. Il suffit de songer au *Bundesrat* allemand où les représentants des Länder sont non pas élus, mais nommés par leurs gouvernements (art 51 LF). En lui attribuant le soin d'assurer la représentation des collectivités territoriales, l'article 24 alinéa 4 de la Constitution confère un rôle particulier au Sénat au sein du Parlement. La présence d'élus locaux au sein du Sénat est donc un moyen parmi d'autres, mais un moyen essentiel, de concrétiser les virtualités contenues dans cette formule de la Constitution.

57 - Les arguments en faveur de ce bicamérisme inégalitaire mais tempéré, sont innombrables. Ils ont, d'ailleurs, été défendus avec brio par l'auteur qu'on présente dans les débats parlementaires comme le principal inspirateur de la présente réforme : le Professeur

⁴⁷ JO, Débats Parlementaires, Sénat, séance du 17 déc. 1985, p. 4113.

⁴⁸ Sénat, Compte-rendu analytique officiel du 15 janvier 2014, [http://www.senat.fr/cra/s20140115/s20140115_2.html]

⁴⁹ « Métropoles : Olivier Dussopt passe le texte du Sénat à la loupe », La Gazette.fr, du 29.10. 2013 (<http://www.lagazettedescommunes.com/203751/metropoles-olivier-dussopt-passe-le-texte-du-senat-a-la-loupe/>]

Guy Carcassonne. Le ministre de l'Intérieur, qui défendait le projet de loi devant le Parlement, s'y est même référé comme à une sorte d'oracle à laquelle il fallait prêter une vérité absolue en matière constitutionnelle⁵⁰. Or, l'éminent constitutionnaliste n'a, certes, cessé de dénoncer le cumul des mandats, ... *mais pour les députés uniquement*. Il n'a jamais envisagé l'idée d'une réforme trop radicale qui étendrait aux sénateurs le non-cumul. Bien au contraire. Il a envisagé comme un fait acquis un tel cumul dans son commentaire de la Constitution⁵¹, mais il l'a justifié de manière très intéressante dans un long entretien donné à la revue *Pouvoirs locaux*, où il attribue à l'Assemblée nationale le soin de représenter « le peuple » et au Sénat le « territoire », et où surtout il envisage une modernisation démocratique du Parlement. Dans la troisième hypothèse qu'il dessine, et qu'il présente comme l'hypothèse minimaliste, il propose, pour réformer l'Assemblée nationale, de supprimer le cumul des mandats, et il en déduit que « par transitivité », une telle réforme conduirait mécaniquement à une réforme du Sénat qui en tirerait profit, en attirant à lui « *beaucoup d'élus de grandes collectivités* » en y voyant apparaître « *une nouvelle génération d'élus actifs, dans la force de l'âge, en pleine maturité politique* »⁵². Une telle réforme obéissait à une logique institutionnelle qui était la suivante : libérons les députés de tout mandat local, mais laissons le Sénat conserver le cumul car « *il est indispensable que la voix des collectivités locales puisse se faire entendre* »⁵³ — cette voix des collectivités locales que l'article 24 alinéa 4 de la Constitution est là justement pour préserver.

58 - Telle était l'architecture d'une réforme équilibrée qui aurait conservé le bicamérisme tel qu'il est dessiné par l'actuel article 24 de la Constitution et qui fait droit à une spécificité sénatoriale. Mais le Gouvernement n'a pas eu la prudence de suivre, sur ce point décisif, son principal « inspirateur ». Il n'a pas eu davantage la bonne idée de prendre en considération l'opinion d'autres constitutionnalistes qui l'ont alerté sur la nécessité d'associer la réforme du cumul des mandats à une réforme institutionnelle du Sénat, et qui ont fondé leur critique de la solution proposée par le rapport Jospin en objectant qu'une telle réforme – dont la loi organique est l'aboutissement — avait pour grave inconvénient de présupposer que le Sénat devait être le simple « *doublon de l'Assemblée nationale* »⁵⁴. Or le bicamérisme prévu par l'article 24 alinéa 4 se fonde sur l'idée inverse selon laquelle le Sénat ne doit pas représenter seulement le peuple, mais aussi le territoire, de façon à représenter de manière harmonieuse. On a pu dire, non sans justesse, que cette représentation assurée par le Sénat « *représente le peuple territorialisé* », c'est-à-dire « *un peuple appréhendé différemment, selon sa localisation dans les territoires* »⁵⁵.

59 - Parce que l'article 1^{er} du projet de loi organique porte atteinte au droit d'un sénateur d'être simultanément détenteur d'une fonction exécutive locale, il porte atteinte à l'article 24 alinéa 4 de la Constitution en empêchant que la représentation des collectivités

⁵⁰ Assemblée nationale, XI^{ème} législature, session extraordinaire de 2012-2013, Compte rendu intégral, Deuxième séance du mercredi 3 juillet 2013.

⁵¹ « **Autant donc, le cumul au Sénat** (qui lui d'ailleurs, n'est pas une singularité française) **peut se justifier**, autant le moment est venu depuis longtemps de considérer que représenter le peuple, pour être un mandat à pleine dignité, un mandat à pleine efficacité, est un mandat à plein temps. » *La Constitution*, Paris, Seuil, 2013, 11^{ème} éd, n° 86, p. 151

⁵² G. Carcassonne « Pour un Bundesrat français... » in *Pouvoirs locaux*, N° 67, IV/ 2005 p. 107

⁵³ *Ibid.* p. 108.

⁵⁴ D. Rousseau, Audition du 17 septembre 2013 devant la commission des lois du Sénat (<http://www.senat.fr/rap/112-832/112-83210.html>). Voir son opinion séparée dans le rapport de la Commission Jospin, *Pour un renouveau démocratique*, La Documentation française, 2013, p. 119.

⁵⁵ J. -P. Duprat, « Le Sénat et les collectivités territoriales », *précité*, p. 68

territoriales trouve une concrétisation matérielle par la présence des élus locaux les plus importants (ceux détenant des fonctions exécutives locales) au sein du Sénat. Pour cette raison, il doit être déclaré contraire à la Constitution.

III — La spécificité des incompatibilités relatives aux sénateurs ou l'inévitable différenciation entre les parlementaires

60 - En considérant comme contraires à la Constitution les dispositions de la loi organique, en tant qu'elle n'exclut, dans aucune de ses dispositions, les sénateurs de son champ d'application, le Conseil constitutionnel reconnaît, implicitement mais nécessairement, que le régime des incompatibilités des sénateurs serait distinct de celui des députés. Les premiers ne seraient pas soumis au strict régime d'incompatibilité auquel seraient astreints les seconds. Ce serait la première fois dans l'histoire de la Ve République que le régime des incompatibilités ne serait plus uniforme entre les deux Chambres. La question se pose évidemment de savoir si une telle différenciation entre les députés et les sénateurs – conséquence nécessaire de l'annulation que nous vous demandons de prononcer – est conforme à la Constitution.

On invoque parfois l'argument selon lequel le statut des parlementaires devrait être unique dès lors l'article 25 de la Constitution ne prévoit pas de régime différent pour les incompatibilités des sénateurs. Il est aussi prétendu que l'article L.O. 297 du Code électoral ne faisant qu'assimiler le statut de l'incompatibilité des sénateurs à celui de l'incompatibilité des députés, longuement détaillée dans les articles L.O. 137 et suivants du Code électoral, renforcerait cette idée d'une nécessaire homogénéité

61 - En réalité, rien ne s'oppose à une telle différenciation comme le montre une brève analyse exégétique de l'article 25 C. aboutit à la même conclusion. Son premier alinéa prend soin de viser « *chaque assemblée* ». En outre et surtout, en renvoyant dans le même membre de phrase, à la loi organique le soin de fixer les « conditions d'éligibilité, le régime des inéligibilités et des incompatibilités », il met sur le même plan ces conditions et ces deux régimes. Or, comme on le sait, les conditions d'éligibilité varient fortement d'une chambre à l'autre, ce qui laisse supposer qu'il est tout à fait conforme à la Constitution qu'une telle différence de statut soit entérinée par la loi organique. On ne voit pas pourquoi ce qui est permis pour l'éligibilité – à savoir une différenciation – ne serait pas permis pour les incompatibilités. On ajoutera que cet article 25 de la Constitution n'est rien d'autre qu'un article de renvoi à la procédure de la loi organique ; il ne contient pas de dispositions substantielles. Il n'impose pas en tout cas une uniformité de statut pour ce qui concerne les incompatibilités entre sénateurs et députés. Enfin, les dispositions nécessairement communes aux membres du Parlement figurent aux articles 26 et 27 de la Constitution. En revanche, les dispositions qui figurent aux articles 24 et 25 peuvent être propres soit aux députés soit aux sénateurs.

Cette idée de différencier les deux statuts fut même perçue comme une évidence par Jean Foyer, ancien garde des Sceaux et parlementaire, lorsqu'il intervint, en décembre 1972 dans la controverse sur les incompatibilités pour justifier la dualité d'autorisations prévue par l'amendement transactionnel. Afin de justifier cette différence, il fit notamment référence au fait que « la lettre de l'article 25, alinéa premier, de la Constitution semble envisager la promulgation de deux lois organiques distinctes en matière d'éligibilité et d'incompatibilités.

Il n'est en rien choquant que le régime applicable aux membres de l'une des Assemblées soit distinct et différent de celui de l'autre »⁵⁶.

62 - C'est le cas pour les inéligibilités. Très tôt, le Conseil constitutionnel a reconnu la possibilité constitutionnelle de différencier, dans ce cas précis, les députés des sénateurs. Il a en effet jugé que « si l'article L.O. 296 du Code électoral pose le principe de l'identité des conditions d'éligibilité et des inéligibilités entre les députés et les sénateurs, à l'exception de la condition d'âge, cette disposition générale ne prévaut pas contre les dispositions spéciales ayant également le caractère de loi organique qui y dérogent » (85-195 DC du 10 juillet 1985, cons. 15). Dès lors que l'identité des règles relatives à l'inéligibilité n'est pas requise pour les parlementaires, rien n'empêche une telle solution pour le cas des incompatibilités. Une loi organique pourrait donc déroger à la règle de l'identité en prévoyant certaines règles spécifiques pour les sénateurs.

63 – La spécificité sénatoriale a fait d'ailleurs l'objet d'une récente reconnaissance dans la loi n° 2013-702 du 2 août 2013 relative à l'élection des sénateurs. On y trouve une disposition (art. 10) selon laquelle, au nom de la parité, les sénateurs élus au scrutin majoritaire devront impérativement avoir un suppléant de sexe opposé. Cette disposition désormais inscrite dans le Code électoral (art. L 299) est une différence statutaire évidente entre les sénateurs et les députés élus au scrutin majoritaire et elle illustre la faculté qu'a le législateur de différencier le régime d'éligibilité des sénateurs et de leurs suppléants.

64 - D'autre part, la lecture d'autres articles de la Constitution permet d'inférer la possible différenciation entre députés et sénateurs en matière d'incompatibilité. L'article 24 de la Constitution, précédemment invoqué, rappelle qu'il y a des disparités entre le Sénat et l'Assemblée nationale touchant aussi bien à la définition du suffrage qu'au caractère de la représentation, à la possibilité de dissolution, à la durée des mandats ou encore au mode de scrutin. De ce point de vue, la nécessaire représentation des collectivités territoriales commanderait, en raison de cette mission propre du Sénat, une autre disparité en matière d'incompatibilité. C'est ce que reconnaissait l'auteur du commentaire des lois du 30 décembre 1985 relatives à la limitation du cumul des mandats : « Le lien [entre le sénateur et les intérêts territoriaux] est statutaire et ses effets sont la raison d'être de son institution. Cette symbiose peut conforter la singularité de la seconde chambre à quoi s'attache l'intérêt de la navette législative. Il eût donc été parfaitement justifié de traiter différemment le mandat de sénateur et celui de député »⁵⁷, comme c'est le cas en Belgique ou en Espagne.

65 - Il ressort de cette brève exégèse de la Constitution de l'article 25 de la Constitution de 1958 qu'il est constitutionnellement possible de différencier le régime des députés de celui des sénateurs sur des points précis et notamment pour le régime des incompatibilités. Le gouvernement ne pourrait donc se fonder sur l'article 25 de la Constitution pour justifier le régime homogène d'incompatibilité prévue par la présente loi organique.

B) Les risques contenus dans une possible annulation

66 - Si le Conseil décidait d'annuler l'article 1^{er} de la présente loi organique et décidait donc que le non-cumul ne s'appliquait pas aux sénateurs, il en résulterait une situation

⁵⁶ *Le Monde* du 29 décembre 1971.

⁵⁷ J.-C. Masclet, *AJDA*, 1986, p. 218.

historiquement nouvelle dans l'histoire de la Ve République, dans la mesure où les parlementaires n'auraient pas le même régime d'incompatibilité.

Une telle situation n'est pas sans provoquer des craintes, y compris de la part des sénateurs qui sont hostiles à la réforme ou qui étaient hostiles à de trop nombreuses limitations du cumul. Ils peuvent imaginer que la différence de statut entre les députés et les sénateurs ferait de ces derniers des « super-parlementaires » dotés d'un privilège qui manquerait, par construction, aux députés. Loin de renforcer le Sénat, une telle situation pourrait le fragiliser car sa légitimité démocratique étant moins forte, il serait moins à « parité » avec l'Assemblée nationale qu'il ne l'est aujourd'hui. C'est ce risque que les auteurs du présent mémoire assument, en contestant ici la constitutionnalité de la présente loi organique.

67 - L'autre crainte exprimée par de nombreux acteurs ou observateurs est que l'annulation de la présente loi organique pour ce qui concerne la partie concernant les sénateurs aurait pour effet de modifier la perception qu'on devrait avoir du Sénat. Il ne serait plus une chambre « généraliste », se situant à égalité avec l'Assemblée, mais une chambre plus particulièrement destinée à défendre les intérêts locaux. Ce serait, a-t-on lu, un « lobby des intérêts locaux ». Cet argument repose sur une confusion qu'a su dissiper l'actuel sénateur maire de Lyon, M. Collomb. Ce n'est pas parce qu'il est un élu local qu'un sénateur n'agira dans sa fonction parlementaire qu'en tant que mandataire des intérêts de sa commune, de son département ou de sa région, ne serait-ce que parce que la plupart des affaires nationales traitées par le Parlement n'intéressent presque jamais « sa » collectivité territoriale. En revanche, le fait d'être un élu local lui permet d'être au contact quotidien des problèmes rencontrés par ses concitoyens et lui permet d'avoir une expérience et connaissance qui peut être utilement valorisée dans l'exercice de son mandat parlementaire⁵⁸.

68 - Bref, les craintes largement exagérées qu'on a brandies pour refuser une différenciation des incompatibilités entre députés et sénateurs ne devraient pas empêcher le Conseil constitutionnel d'envisager avec sérénité la censure de la présente loi organique, en ce qu'elle étend indûment, c'est-à-dire inconstitutionnellement, la prohibition absolue de tout cumul vertical des mandats aux sénateurs.

Conclusion

69 - La question du cumul des mandats par les parlementaires est, en droit constitutionnel, traduite par des dispositions sur les incompatibilités. Mais derrière ces questions immanquablement techniques de droit constitutionnel surgit la question majeure du bicamérisme sous la Ve République, c'est-à-dire, en l'occurrence, la protection du Sénat comme institution particulière dans l'actuel régime politique.

70 - La déclaration d'inconstitutionnalité que nous avons l'honneur de demander au Conseil constitutionnel se fonde sur des arguments juridiques très solides, - qu'il ne convient pas ici de rappeler -, se rapportant tant à la procédure (violation de l'article 46 alinéa 4) qu'au fond (violation de l'art. 24 alinéa 4). Mais ces arguments ne doivent pas faire oublier la focalisation excessive que le gouvernement a voulu effectuer sur le cumul dit « vertical » des mandats. On a pu, à juste titre, relever lors des débats parlementaires que le Gouvernement a

⁵⁸ *Marianne*, n° 858 du 28 septembre 2013

refusé de condamner d'autres formes de cumul bien plus critiquables (avec les fonctions d'avocats d'affaires, par exemple). On se permettra de relever également que le Gouvernement n'a pas remis en cause des cumuls qui sont devenus anachroniques, comme celui existant entre le mandat parlementaire et le statut de professeur d'Université. On ne manquera pas de souligner le fait que le Conseil constitutionnel ne semble pas hostile à l'idée même du cumul puisqu'il a, au terme d'une interprétation particulièrement audacieuse, très récemment étendu ce privilège des professeurs d'université aux maîtres de conférences⁵⁹.

Il est une dernière considération qui mérite d'être faite : l'annulation ici demandée de la présente loi organique aurait aussi pour intérêt de rappeler à l'actuel Gouvernement les dangers qu'il y a, pour chaque pouvoir, d'abuser de sa position majoritaire. Or, on a pu écrire à propos de la chambre Haute : « *Sachant [...] que le Sénat dispose aussi d'un droit de veto sur la révision constitutionnelle (..) ; il est bon qu'il soit protégé contre toute agression, pas contre toute évolution* »⁶⁰. En ne voulant pas exclure le Sénat de sa réforme prohibant le cumul des mandats, le Gouvernement s'est donc rendu coupable d'une « agression ». Il a sciemment estimé que le Sénat n'avait pas son mot à dire et que la majorité des députés aurait le droit d'imposer à la majorité des sénateurs son opinion. Le ministre de l'Intérieur l'a dit avec un cynisme assuré : « Avec 300 voix pour à l'Assemblée nationale, personne ne peut douter du caractère *inéluçtable* de l'application de ce projet de loi »⁶¹. Mais il est des cas où la Constitution est justement invoquée pour empêcher les abus de pouvoir de la majorité politique. C'est ce que nous demandons solennellement au Conseil constitutionnel de faire, en jouant le rôle de gardien de la Constitution qui lui est attribué, ce qui le conduira à censurer la loi organique ici discutée :

- en déclarant l'article 1^{er} de la loi organique contraire à la Constitution en ce que s'appliquant aux sénateurs, il a été adopté en violation de la procédure parlementaire prévue à l'article 46 alinéa 4 de la Constitution ;
- en déclarant, au cas où ce premier moyen de procédure ne serait pas accueilli, l'article 1^{er} du projet de loi organique comme étant contraire, quant au fond, à la liberté des électeurs et à l'article 24 alinéa 4 de la Constitution ;
- très subsidiairement, si aucun de ces moyens ne convainquait le Conseil, de déclarer l'article 3 de la présente loi organique comme étant contraire à la Constitution en ce qu'il n'a pas été adopté selon la procédure prévue à l'article 46 alinéa 4 de la Constitution.

Fait à Paris, le 23 janvier 2014.

⁵⁹ Décision CC n°2013-30 I du 13 décembre 2013 (*Situation de Mme Sophie Dion au regard du régime des incompatibilités parlementaires*),

⁶⁰ G. Carcassonne, *La Constitution*, p. 224, n° 309.

⁶¹ Audition du 10 septembre 2013 devant la Commission des lois du Sénat (<http://www.senat.fr/rap/112-832/112-8329.html>)