



HAL
open science

”LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL, ORGANE À VOCATION IMPARTIALE MAIS À NOMINATION POLITIQUE: FATALITÉ OU SIMPLE VOLONTÉ POLITIQUE? ESQUISSE D’UNE INSTITUTION PUBLIQUE DE MOINS EN MOINS POLITISÉE.”

Irénée-Gildas Mazi

► **To cite this version:**

Irénée-Gildas Mazi. ”LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL, ORGANE À VOCATION IMPARTIALE MAIS À NOMINATION POLITIQUE: FATALITÉ OU SIMPLE VOLONTÉ POLITIQUE? ESQUISSE D’UNE INSTITUTION PUBLIQUE DE MOINS EN MOINS POLITISÉE.”. Politeia [Les Cahiers de l’Association française des auditeurs de l’Académie internationale de droit constitutionnel], 2015, 27, pp.575-596. hal-03607871v2

HAL Id: hal-03607871

<https://hal.science/hal-03607871v2>

Submitted on 24 Mar 2022

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

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

IN REVUE POLITEIA, PRINTEMPS 2015, N° 27, P. 575-597.

« LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL, ORGANE A
VOCATION IMPARTIALE MAIS À NOMINATION
POLITIQUE : FATALITE OU SIMPLE VOLONTE
POLITIQUE ?

Esquisse d'une institution publique de moins en moins politisée.»

Par Irénée-Gildas MAZI

*Docteur en droit public
Consultant dans un Cabinet de Conseil
Chercheur associé au Centre de Droit International (CDI)
Université Jean Moulin – Lyon III (EA 4185).*

SOMMAIRE

- I. – UN RECENT PAS VERS LA DEPOLITISATION ORGANIQUE DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL ?**
 - A. – *Le contrôle parlementaire des compétences des personnalités nommées en vue d'intégrer le Conseil constitutionnel***
 - B. – *La fin prospective des membres de droit du Conseil constitutionnel***
- II. – UN POSSIBLE RENFORCEMENT DE LA NEUTRALITE COMPOSANTE DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL A L'EGARD DU POLITIQUE ?**
 - A. – *L'indispensable disparition des membres nommés par les politiques***
 - 1. – *L'anachronisme de la nomination des membres du Conseil constitutionnel eu égard au contrôle a posteriori***
 - 2. – *L'invocation d'un cas d'espèce susceptible de justifier la suppression des membres nommés***
 - B. – *L'instauration des membres élus au Conseil constitutionnel***
 - 1. – *Le choix judicieux d'une élection des juristes***
 - 2. – *Les critères de sélection des juristes-candidats***
 - 3. – *Le choix du corps électoral***

À ses origines, axé principalement sur la régulation de « l'activité normative des pouvoirs publics »,¹ laissant de ce fait trop souvent de marbre, le Conseil constitutionnel, de nos jours enthousiasmant, est le « palladium »² juridictionnel des droits et libertés fondamentaux. S'il s'avère, en effet, que le Conseil constitutionnel a, jadis, été essentiellement l'institution d'analyse du système politique, il est tout aussi vrai qu'il est, par la suite, devenu l'organe par lequel la politique a été « saisie par le droit »,³ grâce particulièrement à la juridictionnalisation de la vie politique, avec pour corollaire l'existence du contentieux constitutionnel.

En 1987, le Conseil constitutionnel fut admis à la famille des cours et tribunaux constitutionnels européens, au titre d'une juridiction constitutionnelle, ce qui, de l'avis général des constitutionnalistes, atteste du changement de sa nature, et ce depuis les années 1970, même s'il a conservé sa dénomination de « Conseil ». Si, formellement, il n'est pas très aisé de qualifier le Conseil constitutionnel de « juridiction »,⁴ fonctionnellement, sa nature juridictionnelle ne laisse quasiment plus de doute. La décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971 constitue, faut-il encore le relever, l'acte fondateur d'une « justice constitutionnelle nouvelle »⁵ en France, tournée vers, à la fois, la protection des droits et libertés fondamentaux et la régulation de la vie politique. Depuis cette jurisprudence *Liberté d'association*,⁶ droit constitutionnel va en effet de pair avec garantie des libertés publiques et des droits individuels. En plus, la révision constitutionnelle du 29 octobre 1974 a accordé, à une minorité parlementaire (plus précisément à soixante députés ou à soixante sénateurs), le droit de saisir l'organe constitutionnel au point que, par sa saisine, il n'est guère de grandes lois qui ne soient soumises au contrôle de constitutionnalité. La période 1971-1974 a manifestement constitué le début d'une véritable « révolution » juridique et politique dans l'histoire constitutionnelle française. Le juge constitutionnel a, ce faisant, dû développer, par la suite, bien des techniques juridiques, aux fins d'affiner son contrôle. Parmi ces techniques juridiques, il y a lieu de citer, entre autres, les réserves d'interprétation,⁷ ou l'erreur manifeste

¹ Voir L. FAVOREU, « Le Conseil constitutionnel régulateur de l'activité normative des pouvoirs publics », *RDP*, 1967, p.5.

² O. JOUANJAN, « Modèles et représentations de la justice constitutionnelle en France : un bilan critique », <http://www.juspoliticum.com/Modeles-et-representations-de-la.html>. Site consulté le 10 avril 2015.

³ L. FAVOREU, *La politique saisie par le droit : alternances, cohabitation et Conseil constitutionnel*, Paris, Economica, 1988, 153 p.

⁴ Il est en effet composé de « membres » et surtout de « membres de droit », et non de « juges » ; le Conseil constitutionnel n'est, en outre, pas classé à la tête d'une hiérarchie de juridictions.

⁵ P. JAN, « Le Conseil constitutionnel », *Pouvoirs*, 2001, n° 99, p.71.

⁶ Par laquelle le Conseil constitutionnel, statuant pour la première fois sur le fond, a reconnu la valeur juridique du Préambule de la Constitution de 1958 et, par suite, élargi le bloc de constitutionnalité à ce Préambule, lequel renvoie à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, ainsi qu'au Préambule de la Constitution de 1946. Depuis la révision constitutionnelle du 1^{er} mars 2005, le bloc de constitutionnalité comprend également la Charte de l'environnement, annexée à la Constitution. Voir *Rec.* p.9.

⁷ Décision n° 81-127 DC des 19-20 janvier 1981, *Sécurité et liberté*, *Rec.* p.15. Les réserves d'interprétation permettent au juge constitutionnel de déclarer une loi conforme à la Constitution en l'assortissant de réserves dont le respect conditionne la constitutionnalité de la loi.

d'appréciation,⁸ ou encore la liberté d'appréciation des moyens soulevés dans une requête.⁹ Mieux encore, la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 sur la modernisation des institutions de la V^e République a instauré notamment le contrôle de constitutionnalité des lois déjà promulguées, *via* la question prioritaire de constitutionnalité (QPC) susceptible d'être posée par tous justiciables, devant les juges ordinaires, en vertu de l'article 61-1 de la Constitution.

De ces constatations, il résulte substantiellement que les attributions du Conseil constitutionnel se trouvent étendues, lesquelles peuvent être principalement énoncées comme suit :

Il est, d'abord, le juge de la constitutionnalité des normes nationales et internationales, soit directement après leur vote mais avant leur promulgation, sur la saisine de seules autorités compétentes (contrôle *a priori*), soit à l'occasion de l'application des normes nationales, et seulement de ces dernières, dans le cadre d'un procès en cours, initié par tous justiciables (contrôle *a posteriori*) ;

Le Conseil constitutionnel est, ensuite, juge électoral des scrutins présidentiel et législatifs (des députés et des sénateurs, en cas de contestation), conformément aux articles 58 et 59 de la Constitution ;

Il est, enfin, en sa qualité d'autorité constitutionnelle, amené à prendre des décisions ou à émettre des avis, une fois consulté sur la mise en place de pouvoirs exceptionnels, désormais très encadrés, de l'article 16 de la Constitution et/ou sur l'éventuel empêchement du président de la République en vertu de l'article 7 de la Constitution.

Toutefois, il y a lieu de se demander si toutes ces avancées du Conseil constitutionnel, manifestement plus fonctionnelles qu'organiques, constituent, de nos jours, des réformes suffisantes en vue, non seulement de l'effectivité d'une justice constitutionnelle, mais aussi de délégitimer les critiques sur son mode de recrutement. Est-ce à dire que, tel qu'il est composé, l'organe constitutionnel est à même d'être dépourvu de suspicions partisanses ? N'est-il pas possible et même nécessaire, compte tenu de l'étendue de ses fonctions juridictionnelles, de renforcer *a maxima* la neutralité composante du Conseil constitutionnel à l'égard de politiques ?

Il est vrai que, sans chercher à établir la place du Conseil constitutionnel dans l'administration de la justice,¹⁰ il reste beaucoup à relever sur les fonctions juridic-

⁸ Concept utilisé pour la première fois dans la décision n° 82-132 DC du 16 janvier 1982, *Loi de naturalisation*, Rec. p.18, puis dans la décision n° 82-139 DC du 11 février 1982, *Loi de naturalisation II*, Rec. p.31.

⁹ Ne se sentant pas lié par ces moyens, le Conseil constitutionnel pourrait procéder de sa propre initiative, en soulevant d'office certains moyens, à l'examen de dispositions dont l'inconstitutionnalité n'a pas été contestée. Il sied, par ailleurs, de souligner que le juge constitutionnel a, maintes fois, eu l'occasion de considérer qu'il était dépourvu de « *pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement* » (Décision n° 75-54 DC du 15 janvier 1975, *IVG*, Rec. p.19, Cons. 1), et qu'il ne saurait « *substituer sa propre appréciation à celle du législateur* » (DC 81-127, *Sécurité et liberté*, précitée).

¹⁰ Question bien plus grave que celle de sa composition, à en croire l'éminent auteur François BORELLA. Voir son article : « La situation actuelle du droit constitutionnel », *RFDC*, 2012/1, p.10.

tionnelles de cette institution, et particulièrement sur l'absence de contrôle des actes de gouvernement, ou l'absence de rédaction et de publicité des opinions individuelles, dissidentes et concordantes, contrairement à la majorité d'autres juridictions constitutionnelles européennes (Espagne, Italie, Allemagne, etc.). Mais, l'organisation, et plus précisément la composition du Conseil constitutionnel constitue l'objet essentiel de ce texte. Ainsi, au « dis-moi qui tu fréquentes, et je te dirai qui tu es » d'inspiration platonicienne, force nous est-il d'y corrélérer : « dis-moi qui tu es, et je te dirai de quoi tu es capable ».

Et pourtant, il conviendra, tout d'abord, de se demander si le mouvement vers la dépolitisation organique du Conseil constitutionnel semble être, de jour en jour, en marche (I), avant de s'interroger sur un possible renforcement, notamment au niveau de sa neutralité composante vis-à-vis de politiques (II).

I. – UN RECENT PAS VERS LA DEPOLITISATION ORGANIQUE DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL ?

Certes, depuis peu, les parlementaires des deux chambres exercent, *via* des commissions *ad hoc*, un contrôle sur les compétences présumées et/ou avérées des personnalités nommées en vue d'intégrer le Conseil constitutionnel (A). Mais, en même temps, la fin des membres de droit et à vie reste programmée, donc non encore effective (B). L'institution, garante de la constitutionnalité des normes nationales et internationales, va-t-elle ainsi vers sa dépolitisation organique complète ?

A. – Le contrôle parlementaire des compétences des personnalités nommées en vue d'intégrer le Conseil constitutionnel

Textuellement, aucune condition de compétence en matière juridique n'est exigée par la Constitution en vigueur pour pouvoir être nommé membre du Conseil constitutionnel. Mais en pratique, le contrôle fait par les commissions de chaque assemblée parlementaire, chargées des lois constitutionnelles porte généralement sur les compétences en droit, et particulièrement en droit public, des nommés-auditionnés. En effet, aux termes du dernier alinéa de l'article 13 de la Constitution, tel qu'issu de la révision constitutionnelle de 2008, le pouvoir de nomination du président de la République sur certains emplois ou fonctions fera préalablement l'objet d'un avis public des commissions compétentes de deux chambres parlementaires. Or, conformément à l'article 56 de la même Constitution, le président de la République, le président de l'Assemblée nationale et le président du Sénat nomment, chacun, trois membres du Conseil constitutionnel, à raison d'un toutes les trois années, et ce pour une durée non renouvelable de neuf ans. Toutefois, en cas de nomination en remplacement d'un conseiller en cours de mandat à moins de trois ans du terme de celui-ci, le conseiller remplaçant peut être désigné à nouveau pour un mandat complet.

De la combinaison de ces deux dispositions constitutionnelles, il ressort substantiellement qu'outre le devoir d'auditionner les nommés-candidats, les deux commissions parlementaires chargées des lois constitutionnelles ont le droit de s'opposer aux nominations du président de la République, du président du Sénat et/ou du président de l'Assemblée nationale. Ainsi, ces nominations ne sauraient-

elles être effectives, si l'addition des votes négatifs dans chaque commission *ad hoc* représentait au moins trois cinquièmes des suffrages exprimés au sein de deux commissions *ad hoc*, étant toutefois précisé que les nominations effectuées par le président de chaque chambre parlementaire sont soumises au seul avis public de la commission permanente compétente de la chambre concernée.

En outre, bien que cela soit un pas en avant, le contrôle parlementaire des compétences juridiques des personnalités nommées pour intégrer le Conseil constitutionnel a une portée limitée : il ne fait qu'atténuer le caractère partisan, et non politique, de la composition de cette institution. Car désormais, avec le système de nomination et des avis préalables des commissions parlementaires *ad hoc*, les membres effectivement nommés au Conseil constitutionnel peuvent utilement se prévaloir d'avoir bénéficié de l'accord, ou à tout le moins de l'absence d'opposition requise de la majorité des partis politiques représentés au Parlement¹¹. En même temps, la procédure nomination-contrôle ne pallie en rien le caractère politique de la composition du Conseil constitutionnel, dans la mesure justement où les nominations sont proposées par les politiques¹² et soumises à l'avis public des politiques.¹³

De surcroît, le président du Conseil constitutionnel reste forcément désigné par le président de la République,¹⁴ et dispose d'une voix prépondérante en cas de partage, en sus de désigner les rapporteurs. Même le mode de renouvellement des membres nommés du Conseil constitutionnel, en règle générale par tiers tous les trois ans,¹⁵ nous semble avoir pour objet et but inavoués d'adapter au mieux les mouvements d'opinions politiques, en son sein. Le doyen Georges VEDEL, spécialiste renommé du droit public et membre de l'institution de 1980 à 1989, déclara, certes, à propos : « *La couleur politique du Conseil est une invention journalistique : ses membres ne renient pas leurs opinions politiques mais ils appliquent les textes.* »¹⁶

Nonobstant, la contestation politique de la légitimité du Conseil constitutionnel reste d'actualité, voire croissante. Cette contestation politique semble, sans nul doute, être due, pour partie, à la nomination politique et discrétionnaire de l'essentiel de conseillers constitutionnels, pour une autre et grande partie conséquence de la première, à l'attitude du personnel politique vis-à-vis de l'institution, à savoir la dénonciation du caractère politique des décisions constitutionnelles, notamment lorsque celles-ci sont défavorables au Gouvernement en place, quelle qu'en soit sa couleur politique. Et, cela constitue un paradoxe, quand on sait qu'à

¹¹ On relèvera que les commissions, tant de l'Assemblée nationale que du Sénat, chargées des lois constitutionnelles, sont composées proportionnellement par la diversité partisane au Parlement.

¹² En l'occurrence, les présidents de la République, de l'Assemblée nationale et du Sénat.

¹³ À savoir, les parlementaires membres des commissions chargées des lois constitutionnelles de chaque chambre.

¹⁴ Pratiquement parmi les trois membres que celui-ci a nommés, même si, théoriquement, il peut en aller autrement.

¹⁵ Sur les neuf membres nommés actuels, trois ont été désignés en 2007, trois en 2010 et trois en 2013. Un nouveau trio sera nommé en 2016.

¹⁶ Voir *Le Point* n° 1328, février 1988.

l'origine, le Conseil constitutionnel a été institué pour être un « *chien de garde de l'Exécutif* », selon l'expression doctrinale consacrée : il avait pour principale mission de garantir la séparation des pouvoirs entre le Gouvernement et le Parlement, aux fins du maintien d'un « parlementarisme rationalisé ». Pourtant, au fil de révisions constitutionnelles, et particulièrement celles de 1974 et de 2008, le Parlement a vu ses pouvoirs revalorisés. Il n'est donc point indispensable d'être un constitutionnaliste chevronné pour s'apercevoir qu'en France, sans être dans un régime complètement présidentiel, ni avoir mis fin au parlementarisme rationalisé, si le pouvoir exécutif reste fort, et son chef, le président de la République, y joue un rôle prééminent, le Conseil constitutionnel, quant à lui, paraît devenir de plus en plus un rempart contre la déviation de l'Exécutif, ou, en cas de cohabitation, contre celle de la majorité politique gouvernementale, au point que le Secrétaire général du Gouvernement est devenu pratiquement l'avocat attitré de la défense, par-devers le Conseil, des lois récemment adoptées.

Il résulte clairement de ce qui précède qu'il faut un véritable « *devoir d'ingratitude* » à l'égard d'autorités de nomination, pour que les membres nommés du Conseil constitutionnel assurent efficacement la vocation impartiale de cette institution, même si leur statut¹⁷ les y aide en partie. En effet, irrévocables, l'ensemble de membres du Conseil constitutionnel bénéficie d'une certaine indépendance financière, en percevant une indemnité égale aux traitements les plus élevés de la fonction publique, laquelle indemnité serait toutefois réduite de moitié en cas de poursuite d'une activité professionnelle compatible. Comportant, en outre, une obligation de réserve, leur fonction est incompatible, d'une part, avec l'exercice de tout mandat électoral européen, ou national, ou encore local, ainsi que toute activité politique non conciliable avec l'exigence de l'indépendance juridictionnelle, et, d'autre part, avec les mêmes activités professionnelles interdites aux parlementaires comme les fonctions de direction au sein d'entreprises publiques et privées. Globalement, les conseillers constitutionnels doivent s'abstenir de tout ce qui peut compromettre l'indépendance et la dignité de leur fonction, et particulièrement de toute prise de position publique concernant des sujets susceptibles de faire l'objet d'une décision de l'institution, le non-respect des obligations statutaires entraînant la démission d'office. Cependant, la procédure de cette démission reste problématique, le cas tristement célèbre de « l'affaire Dumas » mis en examen et resté président du Conseil constitutionnel, étant un exemple patent.

Somme toute, le contrôle effectué par les parlementaires sur les éventuelles compétences juridiques des personnalités nommées en vue de rejoindre le Conseil constitutionnel demeure un contrôle politique sur les suspicions partisans et politiques. Alors même qu'il est formellement un atténuateur de la suspicion partisane, ce contrôle parlementaire constitue, au fond, un amplificateur du caractère politique de l'institution qui plus est compte, en son sein, des membres de droit et à vie. Mais, pour combien de temps encore ? Ce passé, composé avec le présent et le futur proche, a-t-il encore un avenir ?

¹⁷ Voir notamment l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel (*JORF* du 9 novembre 1958, p.10129) et le décret n° 59-1292 du 13 novembre 1959 sur les obligations du Conseil constitutionnel (*JORF* du 15 novembre 1959, p.10818).

B. – *La fin prospective des membres de droit du Conseil constitutionnel*

En sus de neuf membres désignés, le Conseil constitutionnel comprend des membres de droit et à vie, à savoir les anciens présidents de la République. Ces derniers, par voie de conséquence, deviennent *ad vitam aeternam* membres de l'institution sur l'unique fondement d'avoir exercé, quelle qu'en soit la durée, les fonctions de président de la République.¹⁸ Ils échappent, d'ailleurs, au contrôle parlementaire des compétences en droit en général, et particulièrement en droit public, lesquelles compétences juridiques leur sont irréfragablement présumées acquises, et ce quels que soient leurs cursus et profil professionnel antérieurs. Point n'est besoin d'insister sur le fait établi que cette catégorie de membres du Conseil constitutionnel est, sinon une « bizarrerie », du moins une « exception française », au vu d'autres juridictions constitutionnelles existant dans des démocraties constitutionnelles et libérales.¹⁹

Dans l'esprit des rédacteurs²⁰ de la Constitution de 1958, l'idée des membres de droit à vie du Conseil constitutionnel aurait consisté à prolonger le rôle de garant de la Constitution, dévolu au chef de l'État. Curieusement, le Général-Président l'ayant inspirée n'y a cependant lui-même jamais siégé après son départ du pouvoir en avril 1969. Au fond, il y a plutôt lieu de penser que le statut de membre de droit à vie a été institué pour assurer aux anciens présidents de la République une retraite dorée, ou, à tout le moins, pour leur donner une fonction « digne de leur rang ». Contrairement aux membres nommés du Conseil constitutionnel, les membres de droit n'ont pas l'obligation de prêter serment devant le président de la République, bien qu'ils jouissent quasiment de mêmes droits : comme les premiers, les seconds participent aux débats, ont une voix délibérative, peuvent être théoriquement désignés comme rapporteurs,²¹ et surtout bénéficient également d'une indemnité correspondant aux traitements les plus élevés de la fonction publique, laquelle indemnité se cumule avec celle prévue, depuis 1955, pour tous les anciens présidents de la République, d'un montant équivalent.

¹⁸ Comme l'a si bien formulé Marie-France VERDIEU, « [l]'exercice de la seconde fonction est conditionné à l'exercice de la première de telle sorte que la fonction subséquente de membre de vie est consubstantielle à l'exercice préalable de la fonction présidentielle ». Voir son article intitulé : « Les anciens présidents de la République, membres de droit du Conseil constitutionnel : l'aporie d'un statut anachronique. Le passé a-t-il encore un avenir ? », in *Le pouvoir, mythes et réalité, Mélanges en hommage à Henry Roussillon*, Toulouse, Presses de l'Université de Toulouse 1 Capitole, 2014, p.706.

¹⁹ Démocraties constitutionnelles et libérales dont le socle est, par ailleurs, constitué, nous semble-t-il, par l'instauration d'un État de droit, le respect des droits humains et de l'alternance démocratique. De nos jours, quel qu'ait été le degré de sa transparence, l'élection à elle seule ne saurait suffire, du moins dans une démocratie libérale, pour parler de légitimité démocratique. La démocratie, au XXI^e siècle, nous semble inhérente à l'instauration d'un État de droit et au respect des droits de l'Homme : Démocratie, État de droit et Droits humains sont devenus, à notre avis, des entités trinitaires.

²⁰ Pour ne pas mentionner de l'auteur, donc du peuple français.

²¹ Sauf en matière de contentieux relatif aux élections législatives, conformément aux articles 8 et 36 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958. Ce qui ne les empêche pas de participer aux délibérations y afférentes.

Il faut aussi souligner qu'un membre à vie du Conseil constitutionnel peut renoncer ou arrêter d'y siéger, mais conserve de droit sa place. De ce fait, en prenant en considération les trois anciens chefs de l'État encore en vie de la V^e République, l'institution compte au total douze membres, tous ne siégeant cependant pas.²² De nos jours, seul l'ancien Président, Valéry GISCARD D'ESTAING, après renonciation puis empêchement, siége au Conseil constitutionnel, en tant que membre de droit, et ce depuis avril 2004, date à partir de laquelle il ne détient plus de mandats électoraux. On notera donc qu'une suspension d'office ou, mieux, une mise en congé temporaire pourrait éventuellement concerner un membre de droit de l'institution, dans l'hypothèse où celui-ci perdait ses droits civils et politiques ; que, par suite, seul le trépas pourrait mettre un terme définitif au statut de membre de droit à vie.

En outre, le statut de membre de droit à vie est, de loin, à la fois, la plus insignifiante et la plus politisée de toutes les singularités qui caractérisent la composition du Conseil constitutionnel. Il s'agit, en effet, de citoyens français qui, ayant été manifestement les politiques les plus importants de la République, iront siéger à vie à côté, momentanément, de personnalités qu'ils ont eux-mêmes nommées, généralement pour prendre des décisions, non pas politiques (ce qui pourrait se comprendre), mais juridictionnelles, c'est-à-dire des décisions censées être impartiales. À en croire, par exemple, le témoignage écrit d'un ancien président du Conseil constitutionnel,²³ Vincent AURIOL, alors ancien président de la République, en sa qualité de membre de droit au sein de l'institution, « *n'avait pas renoncé à jouer un rôle politique et ne s'en cachait guère* ». Dans ces conditions de proximité quasi quotidienne, rien n'interdisant statutairement les conseillers constitutionnels de partager leurs points de vue sur un dossier, même le « *devoir d'ingratitude* » ne fonctionnerait guère efficacement.

Ainsi donc, avec la révision constitutionnelle de 2008, et notamment l'entrée en vigueur, le 1^{er} mars 2010, pour le Conseil constitutionnel, du contrôle de constitutionnalité des lois déjà promulguées à la suite d'une saisine de tout justiciable *via* les juridictions ordinaires,²⁴ la fin du statut de membre de droit à vie s'impose

²² En mars 2011, l'ancien Président, Jacques CHIRAC, a suspendu sa participation au Conseil, à cause de problèmes de santé, attestés par des spécialistes, et demandé à ce que ses indemnités soient suspendues. Il sera, par la suite, mis en examen et condamné pour « *abus de confiance* », « *prise illégale d'intérêts* » et « *détournement de fonds publics* », lorsqu'il était maire de la ville de Paris. Voir *Le Figaro*, 15 décembre 2011.

En 2013, l'ancien Président, Nicolas SARKOZY, annoncera, à son tour, la fin de sa participation au Conseil, suite à l'invalidation de ses comptes de campagne présidentielle de 2012. Voir *Le Nouvel Observateur*, 05 juillet 2013.

²³ L. NOËL, *De Gaulle et les débuts de la V^e République*, Paris, Plon, Coll. espoir, 1976, p.118.

²⁴ En effet, en application de l'article 61-1 de la Constitution, tel qu'issu de la révision constitutionnelle de 2008, tout justiciable peut, depuis le 1^{er} mars 2010, soutenir, à l'occasion d'une instance devant une juridiction administrative ou judiciaire, « *qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit* ». Une fois les conditions prévues par les articles 23-1 à 23-3 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 remplies, la question prioritaire de constitutionnalité doit être transmise au Conseil constitutionnel par le Conseil d'État ou la Cour de cassation, saisis directement ou sur renvoi par des juridictions administratives ou judiciaires. La transmission au Conseil constitu-

naturellement. Les justiciables délurés le réclament, le bon sens le conseille, et les politiques ne doivent pas continuer de s'en effrayer. D'ailleurs, en sus de la majorité de spécialistes du droit public,²⁵ deux équipes de réflexion sur la modernisation des institutions de la V^e République, l'une de 2007, dite Comité BALLADUR,²⁶ et l'autre de 2012, dite Commission JOSPIN,²⁷ ont eu, depuis peu, à préconiser la suppression du statut de membre de droit à vie,²⁸ au motif bien fondé que la présence d'anciens présidents de la République alimente de manière récurrente la critique de politisation de l'institution :

« *L'appartenance, de droit, du Conseil constitutionnel de ceux qui ont été les plus hauts responsables politiques du pays introduit, en effet, par elle-même, une forme de confusion entre fonctions juridictionnelles et fonctions politiques, qui ne paraît pas souhaitable* », disposait le rapport de la Commission JOSPIN, dans sa proposition n° 32.²⁹ La présence des responsables politiques ne correspond manifestement plus à l'évolution de l'institution, garante de la constitutionnalité des normes. C'est pourquoi, les futurs anciens présidents de la République pourraient ne plus siéger au Conseil constitutionnel, à compter de la fin du présent quinquennat. L'actuel chef de l'État a, en effet, publiquement rappelé, en janvier 2014, sa 47^e proposition de campagne présidentielle de 2012, selon laquelle il entendait mettre fin au statut de membre de droit de l'institution,³⁰ étant précisé qu'une telle réforme nécessite forcément une révision constitutionnelle. Comme la majorité des lois, cette réforme annoncée ne disposerait que pour l'avenir, elle n'aurait donc pas d'effet rétroactif.³¹

tionnel est soumise à trois conditions cumulatives visées par l'article 23-2 de l'ordonnance susmentionnée, à savoir :

- a) D'abord, la disposition contestée doit être applicable au litige ou à la procédure, ou constituer le fondement des poursuites ;
- b) Ensuite, elle ne doit pas avoir déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement des circonstances ;
- c) Enfin, la question ne doit pas être dépourvue de caractère sérieux.

²⁵ Voir notamment A.-M. LE POURHIET, « Le Conseil constitutionnel et sa réforme », *LPA*, n° spécial 138, 2008, p.69. Certains auteurs, à l'instar de Marie-France VERDIEU, ont relevé, avec raison, une « *aporie d'un statut anachronique* », avant de souhaiter *in fine* la suppression du statut de membre viager de droit au Conseil constitutionnel. Voir son article précité, *op.cit.*, p.701 et p.722.

²⁶ E. BALLADUR, *Une V^e République plus démocratique – Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la V^e République*, Paris, La Documentation française / Fayard, Octobre 2007, 181p.

²⁷ L. JOSPIN, *Pour un renouveau démocratique : rapport de la Commission de rénovation et de déontologie de la vie publique*, Paris, La Documentation française, Novembre 2012, 131p.

²⁸ Comme le Conseil d'État dans un avis sur la révision constitutionnelle, qui lui a été demandé en 2008 : CE, avis n° 381-429 du 17 avril 2008, *EDCE*, n°60, *Rapport public 2009*, p.65.

²⁹ L. JOSPIN, rapport précité, *op. cit.*, p.102.

³⁰ On n'est pas sans savoir qu'il s'agit d'une promesse politique.

³¹ Si la réforme n'empêchait pas les actuels anciens présidents de la République de demeurer membres viagers du Conseil constitutionnel, elle limiterait voire mettrait tout de même un

Enfin, si, théoriquement, le chef de l'État peut désigner comme président du Conseil constitutionnel tout membre, y compris un membre de droit, ce dernier étant membre à vie, combien de fois peut-il être nommé président de l'institution ? On voit donc bien qu'il reste des questions autour d'une possible amélioration de l'institution, garante de la constitutionnalité des normes.

II. – UN POSSIBLE RENFORCEMENT DE LA NEUTRALITE COMPOSANTE DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL A L'EGARD DU POLITIQUE ?

Au début du XXI^e siècle, il appert en France d'asseoir, de façon permanente, l'effectivité de la justice constitutionnelle, laquelle justice qu'exerce principalement le Conseil constitutionnel. À l'heure où, suite notamment à la constitutionnalisation des branches du droit, l'on parle plus du contentieux constitutionnel que de l'institution constitutionnelle organique elle-même, avec pour rançon de la gloire l'appropriation par les juges ordinaires de la jurisprudence constitutionnelle, il n'est pas moins judicieux que de laisser intégrer exclusivement des juristes chevronnés au Conseil constitutionnel. C'est pourquoi, au sein de cette institution, la suppression des membres nommés par les politiques nous paraît aussi essentielle (A) ; elle aura pour conséquence inhérente l'instauration des membres élus audit Conseil (B).

A. – *L'indispensable disparition des membres nommés par les politiques*

Sera d'abord analysée, ici, l'inadéquation temporelle de la nomination des membres du Conseil constitutionnel avec la nouvelle fonction juridictionnelle attribuée à ce dernier (1). Cet anachronisme sera ensuite empiriquement démontré à partir d'une décision jugée par le Conseil constitutionnel (2).

1. – *L'anachronisme de la nomination des membres du Conseil constitutionnel eu égard au contrôle a posteriori*

Il est d'une pratique coutumière fâcheuse que des membres de la majorité politique au pouvoir, contrariés par une décision constitutionnelle, manifestent publiquement leur irritation, même si souvent de façon éphémère, à l'égard du Conseil constitutionnel, au fond, à cause particulièrement du mode de recrutement de ses membres. Il est, ce faisant, nécessaire voire fondamental que le Conseil constitutionnel assume, de façon tant organique que fonctionnelle, sa nature juridictionnelle. La réalité actuelle de sa composition fait que l'institution, garante de la constitutionnalité des normes, demeure un organe mi-politique, mi-juridictionnel. Ainsi, trouve-t-on encore, au sein de cette institution, deux grandes catégories de conseillers, à savoir les « politiques » et les « juristes », étant cependant nuancé

terme à l'augmentation de leur nombre. Car, comme l'a si bien souligné Céline HODARA, le passage du septennat au quinquennat, la limitation des mandats du président de la République à deux consécutifs, l'augmentation de l'espérance de vie « sont autant d'éléments qui renforcent la préoccupation de la classe politique et de la Communauté scientifique quant à la composition et à la morphologie du Conseil constitutionnel ». C. HODARA, « Les anciens présidents de la République, membres de droit du Conseil constitutionnel. Retour sur le regain d'une controverse ancienne », in *Le pouvoir, mythes et réalité, Mélanges en hommage à Henry Roussillon*, Toulouse, Presses de l'Université de Toulouse 1 Capitole, 2014, p. 926.

que les premiers peuvent parfois être les seconds, et inversement : d'où des juristes politisés, à l'opposé de juristes issus de la société civile. Par cette grande distinction, il sied plutôt d'entendre, d'une part, les conseillers ayant eu une formation juridique conséquente et une incontestable longue carrière en tant que juriste, et, d'autre part, les autres. Alors même que les conseillers-juristes mettent en avant l'entendement selon lequel le Conseil constitutionnel est un pouvoir juridictionnel avec la judicature qui s'ensuit, les conseillers-politiques estiment, quant à eux, qu'il n'est pas une « Cour constitutionnelle », étant nécessairement ajouté qu'en l'état, les deux conceptions du Conseil constitutionnel sont acceptables. C'est pourquoi, d'innombrables spécialistes du droit public, auxquels nous nous associons par la présente et modeste contribution, préconisent que le Conseil constitutionnel soit réformé profondément, aux fins, pensons-nous, de ne devenir qu'une juridiction, mais alors une juridiction intégrale, c'est-à-dire organiquement comme fonctionnellement.

On relèvera utilement que quand il intervient en qualité d'autorité constitutionnelle ou, mieux, dans un processus situé en dehors de tout contentieux, le Conseil constitutionnel prend des décisions ou rend des avis qui ne sauraient être des actes juridictionnels. Les politiques ne se cachent, d'ailleurs, guère du caractère politique de l'institution. En guise d'illustration, peu après sa nomination officielle, en février 2010, par le président de l'Assemblée nationale alors en poste, un futur conseiller constitutionnel, connu du grand public en tant qu'ancien commissaire européen et ancien ministre, mais aussi ancien élu national et local, déclara avec conviction et sincérité : « *Nous sommes trois législateurs qui connaissons la musique du Parlement. (...) Les juristes considèrent un peu que le droit est une fin en soi, tandis que les législateurs sont mieux à même de le ramener à sa dimension de moyen. (...) Ce serait une erreur de transformer le Conseil en une Cour constitutionnelle.* »³²

Pourtant, avec l'entrée en vigueur du contrôle de constitutionnalité des lois déjà promulguées, il semble évident que la présence d'anciens parlementaires parmi les membres du Conseil constitutionnel augmente inexorablement le risque de violation du sacro-saint principe de séparation des pouvoirs. Il relève, en effet, d'une jurisprudence abondante et constante du Conseil constitutionnel³³ que sont garantis

³² Voir les déclarations de l'ancien membre du Conseil constitutionnel, Jacques BARROT (récemment remplacé par Lionel JOSPIN, suite à son décès), à propos du trio des nommés au Conseil constitutionnel qu'il forma en 2010 avec Michel CHARASSE désigné par le président du Sénat et Hubert HAENEL désigné par le président de la République, dans *Le Monde* du 25 février 2010.

³³ Voir notamment : Décision n° 2006-545 DC du 28 décembre 2006, *Loi pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié et portant diverses dispositions d'ordre économique et social*, Rec. p.138, Cons. 24 ; Décision n° 2011-199 QPC du 25 novembre 2011, *Discipline des Vétérinaires*, Rec. p.555, Cons. 11 ; Décision n° 2012-250 QPC du 8 juin 2012, *Composition de la commission centrale d'aide sociale*, Rec. p.281, Cons. 3 ; Décision n° 2014-696 DC du 7 août 2014, *Loi relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales*, JORF n° 0189 du 17 août 2014, p.13659, texte n° 2, Cons. 20.

par les dispositions de l'article 16 de la Déclaration de 1789,³⁴ « *les principes d'indépendance et d'impartialité, indissociables de l'exercice des fonctions juridictionnelles* ». Or, en permettant aux juges constitutionnels de délibérer sur le contrôle de constitutionnalité des lois déjà en vigueur, pour lesquelles ils ont contribué à l'élaboration lorsque ces juges ont été parlementaires, ils deviennent à la fois juges et parties et, par suite, portent atteinte au principe, à valeur constitutionnelle, de séparation des pouvoirs. La décision constitutionnelle qui en résulte sera alors, en principe, entachée d'irrégularité pour vice de procédure. Un cas jugé par le Conseil constitutionnel nous semble corroborer cette argumentation.

2. – *L'invocation d'un cas d'espèce susceptible de justifier la suppression des membres nommés*

La décision n° 2010-25 QPC du 16 septembre 2010, dite *Fichier empreintes génétiques*,³⁵ est un cas saillant de l'incompatibilité entre le contrôle de constitutionnalité des lois déjà promulguées et la présence, parmi les juges constitutionnels, d'anciens parlementaires. On relèvera brièvement les faits et le fond de l'affaire, avant de s'attarder sur ce qui nous intéresse vraiment, à savoir la compétence des juges.

a) En application de l'article 61-1 de la Constitution, le Conseil constitutionnel a été saisi, le 17 juin 2010, par la Chambre répressive de la Cour de cassation³⁶ d'une question prioritaire de constitutionnalité posée par un syndicaliste martiniquais, relative à la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit des articles 706-54, 706-55 et 706-56 du Code de procédure pénale, ainsi que de l'article 29 de la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003, lesquels instituent le fichier national automatisé des empreintes génétiques (FNAEG).

Sur le fond, le Conseil constitutionnel a considéré que les dispositions contestées ne portaient pas atteinte au « principe de rigueur nécessaire » en matière pénale, tel qu'issu de l'article 9 de la Déclaration de 1789. Il a, toutefois, émis deux réserves d'interprétation,³⁷ afférentes au prélèvement et à l'enregistrement d'empreintes génétiques, à savoir, d'une part, que le prélèvement des empreintes génétiques devait être limité aux personnes soupçonnées d'avoir commis un crime ou un délit visé par l'article 706-55 du Code de procédure pénale ; d'autre part, que la durée de conservation de ces empreintes au fichier national devait être proportionnée « *à la nature et à la gravité des infractions concernées, tout en adaptant ces modalités aux spécificités de la délinquance des mineurs* ». Sous ces réserves, le Conseil constitutionnel a donc validé la constitutionnalité de la condamnation à un an de prison de personnes, comme le requérant, refusant de se soumettre à un prélèvement ADN, délit réformé par la loi du 18 mars 2003 sur la sécurité intérieure.

³⁴ Selon lequel : « *Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution.* »

³⁵ *JORF* n° 0216 du 17 septembre 2010, p.16847.

³⁶ Dans son arrêt n° 12071 du 11 juin 2010 (09-88-083) - QPC.

³⁷ Décision n° 2010-25 QPC du 16 septembre 2010, *Fichier empreintes génétiques*, *Rec.* p.220, Cons. 18 et 19.

b) Sans vouloir s'attarder à cerner le fond de l'affaire, maintes fois analysé et commenté par d'éminents auteurs, le choix de cette décision constitutionnelle, pour corroborer notre propos, se justifie essentiellement par la composition des membres de sa formation, conformément à un extrait de son dispositif : « *Délibéré par le Conseil constitutionnel dans sa séance du 16 septembre 2010, où siégeaient : M. Jean-Louis DEBRE, Président, M. Jacques BARROT, M^{me} Claire BAZY-MALAUURIE, MM. Guy CANIVET, Michel CHARASSE, Renaud DENOIX DE SAINT MARC, M^{me} Jacqueline DE GUILLENCHMIDT, MM. Hubert HAENEL et Pierre STEINMETZ.* »³⁸

En effet, il ressort des archives des instances parlementaires, consultables par tout public,³⁹ que sur les neuf membres de la formation de cette décision, cinq ont déjà eu à se prononcer ouvertement sur les prélèvements ADN, notamment dans le cadre de leurs anciennes fonctions législatives ou exécutives.⁴⁰ Or, on ne soulignera jamais assez que les membres du Conseil constitutionnel ont statutairement⁴¹ interdiction absolue de prendre publiquement position « *sur les questions (...) susceptibles de faire l'objet de décisions de la part du Conseil* ».

c) Il est vrai que les alinéas 1^{er} et 2 de l'article 4 du règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité⁴² prévoient respectivement la possibilité, pour un membre du Conseil constitutionnel, non seulement de se déporter, mais également d'être récusé ; ce qui, théoriquement, semble garantir une impartialité objective. Dans l'affaire *Fichier empreintes génétiques*, faute de déport (ce qui est regrettable), il appartenait au requérant de demander la récusation de cinq membres concernés, la récusation ayant pour objet notamment de contester l'impartialité objective et/ou subjective d'un ou de plusieurs juges bien identifiés. Cela, hélas, n'a pas eu lieu, et pour cause, alors même que l'article 4 du règlement intérieur du 4 février 2010, ne mentionne aucune cause propre à justifier la récusation d'un juge constitutionnel, son dernier alinéa stipule que « *[l]e seul fait qu'un membre du Conseil constitutionnel a participé à l'élaboration de la disposition législative faisant l'objet de la*

³⁸ Il n'est pas intempestif de signaler ici et maintenant que c'est à Roland DUMAS, en sa qualité de président du Conseil constitutionnel, que l'on doit la publication des noms des juges constitutionnels ayant siégé aux séances de délibération. Ainsi, la décision n° 95-177 L du 08 juin 1995 (*Rec.*, p.211), est-elle la première à avoir mentionné, dans son dispositif, les noms des membres de l'institution ayant participé à une délibération.

³⁹ Pour l'analyse scientifique du scrutin n° 51 du Sénat, séance du mardi 19 novembre 2002, et du scrutin n° 114 de l'Assemblée nationale, séance du 28 janvier 2003, voir particulièrement : www.senat.fr/srutin/s02-030.html; www.assemblee-nationale.fr/12/srutins/jo0114.asp Sites consultés le 10 avril 2015.

⁴⁰ En novembre 2002, les anciens sénateurs Michel CHARASSE et Hubert HAENEL ont voté, le premier contre, et le second pour la loi sur la sécurité intérieure, laquelle incluait le volet fichier des empreintes génétiques. De même, l'ancien député Jacques BARROT a voté cette loi en janvier 2003, pendant que Jean-Louis DEBRE, alors président de l'Assemblée nationale, a organisé les débats ayant conduit au vote de cette même loi. Quant à Pierre STEINMETZ, ancien directeur de cabinet du Premier ministre de l'époque, Jean-Pierre RAFFARIN, il a participé à l'élaboration de la loi.

⁴¹ Voir article 7 de l'Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel et article 2 du Décret n° 59-1292 du 13 novembre 1959 sur les obligations du Conseil constitutionnel.

⁴² CC, décision du 4 février 2010, *JORF* n° 041 du 18 février 2010, p.2986.

question de constitutionnalité ne constitue pas en lui-même une cause de la récusation », étant en outre observé que l'élaboration d'une disposition législative peut concerner les membres tant de l'Exécutif que du Parlement. Ainsi, sur le fondement de cette disposition réglementaire et procédurale, le Conseil constitutionnel a-t-il traité classiquement l'affaire et surtout validé tout le dispositif, y compris la composition de l'ensemble de membres de la formation de la décision, alors même que s'y posait une problématique afférente à l'impartialité objective de cinq de ses membres. L'alinéa 4 de l'article 4 du règlement intérieur susmentionné semble, d'une certaine manière, réduire à néant les garanties prévues aux alinéas 1^{er} et 2 du même article.

L'institution, garante de la constitutionnalité des normes, s'est, pour cela, semble-t-il, inspirée de l'arrêt *Morel c. France* dans lequel la Cour de Strasbourg a estimé : « (...) [L]e simple fait, pour un juge, d'avoir déjà pris des décisions avant le procès ne peut passer pour justifier en soi des appréhensions relativement à son impartialité. Ce qui compte est l'étendue des mesures adoptées par le juge avant le procès. »⁴³

À entendre, en effet, le Secrétariat général du Conseil constitutionnel, « [c]ette jurisprudence tend à retenir que le seul fait d'avoir participé à l'élaboration de la norme contestée ne constitue pas en soi une cause de récusation. Il ne devrait en aller autrement que si les actes accomplis impliquent que leur auteur a porté une appréciation sur la constitutionnalité de cette norme ».⁴⁴

Par ce que l'on pourrait qualifier de raccourci étrange, le Conseil constitutionnel a donc assimilé la situation d'un juge ayant déjà, dans une affaire, pris des actes juridictionnels en tant que juge-commissaire avant de participer en qualité de président de chambre au procès de la même affaire,⁴⁵ à la situation, différente, d'un membre du Parlement ou de l'Exécutif ayant participé à l'élaboration d'une loi qu'il est ultérieurement amené à apprécier, en tant que membre du pouvoir juridictionnel, si l'on doit s'écarter ou non du libellé de cette loi⁴⁶. On est ainsi en face d'une disposition réglementaire et d'une assimilation curieuses, pensons-nous, et qui, au demeurant, semblent être incompatibles avec le droit conventionnel européen des droits de l'homme. En France, aussi longtemps que la loi déferée par-devers lui n'a pu susciter de litige, pour n'avoir encore produit aucun effet, le Conseil constitutionnel ne s'est prononcé qu'*ex ante*⁴⁷ et, partant, a échappé au contrôle du juge de Strasbourg. Or, avec l'entrée en vigueur de la révision constitutionnelle de 2008, et en vertu de l'article 61-1 de la Constitution, la question prioritaire de constitutionnalité est d'abord posée « devant les juridictions relevant du Conseil d'État ou de la Cour de cassation », et, par conséquent, la décision de constitutionnalité qui en résulte peut être déterminante pour des droits et obligations de

⁴³ Cour EDH, arrêt du 6 juin 2000, *Morel c. France*, Req. n° 34130/96, Rec. 2000-VI, § 45.

⁴⁴ Voir M. GUILLAUME, « Le règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalités », *LPA*, n° 38, 2010, spécialement les 7^è et 8^è pages de son article.

⁴⁵ *Affaire Morel c. France*, Cour EDH, *op. cit.*, Rec. 2000-VI.

⁴⁶ Tel a été le cas dans l'*affaire Fichier empreintes génétiques* à l'étude, *op. cit.*, Rec. p.220.

⁴⁷ Voir J-E SCHOETTL, « Ma cinquantaine rue de Montpensier », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 25 (Dossier : 50^è anniversaire), 2009, p.47.

caractère administratif, pénal, ou civil. Ainsi, comme l'a clairement estimé la Cour européenne des droits de l'homme dans un arrêt non moins important, « *une procédure relève de l'article 6 § 1, même si elle se déroule devant une juridiction constitutionnelle, si son issue est déterminante pour des droits et obligations de caractère civil* ». ⁴⁸

Cette jurisprudence européenne s'applique aussi bien aux recours directs exercés par les justiciables auprès de la juridiction constitutionnelle qu'aux saisines sur renvoi. ⁴⁹ Ce faisant, le Conseil constitutionnel est, depuis le 1^{er} mars 2010, soumis au respect des principes du procès équitable, tels que garantis par l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme. Dans l'affaire *Fichier empreintes génétiques*, en cas de saisine (aujourd'hui tardive) ⁵⁰ du juge de Strasbourg, l'institution, garante de la constitutionnalité des normes, emportait des risques sérieux et réels d'être désavouée. Au vu, en effet, de sa jurisprudence traditionnelle et constante sur l'impartialité des juges, la Cour européenne des droits de l'homme considère : « *Toute participation directe à l'adoption de textes législatifs ou réglementaires peut suffire à jeter le doute sur l'impartialité judiciaire [ou mieux juridictionnelle] d'une personne amenée ultérieurement à trancher un différend sur le point de savoir s'il existe des motifs justifiant que l'on s'écarte du libellé des textes législatifs ou réglementaires en question.* » ⁵¹

À cet égard, la partialité objective de cinq juges constitutionnels, dans l'affaire à l'étude, et, par suite, la transgression du principe fondamental de séparation des pouvoirs nous paraissent fort probables.

d) Jusqu'à cette décision n° 2010-25 QPC du 16 septembre 2010, aucun membre du Conseil constitutionnel n'avait eu à se prononcer sur un texte législatif ou réglementaire pour lequel il avait, de près ou de loin, contribué à l'élaboration, et pour cause, l'institution, garante de la constitutionnalité des normes, n'exerçait qu'un contrôle *a priori*, donc abstrait. D'ailleurs, dans deux autres affaires jugées le même jour, formellement similaires à l'affaire *Fichier empreintes génétiques*, où il a été saisi par quatre départements ⁵² mettant en cause l'insuffisante compensation financière des compétences confiées aux départements en matière sociale, ⁵³ le Conseil constitutionnel s'est vu, le 17 mai 2011, pour la première fois, récuser six

⁴⁸ Cour EDH, arrêt du 16 septembre 1996, *Süssmann c. Allemagne*, Req. n° 20024/92, *Rec.* 1996-IV, § 41.

⁴⁹ Cour EDH, arrêt du 26 juin 1993, *Ruiz-Mateos c. Espagne*, Req. n° 12952/87, Série A, n° 262, § 59.

⁵⁰ Le délai de six mois pour saisir le juge de Strasbourg ayant depuis longtemps été dépassé ; en même temps, une saisine difficilement fructueuse, puisque le requérant n'avait formulé aucune demande de récusation. Car, le juge de Strasbourg, dans l'arrêt *Bulut c. Autriche*, a considéré qu'un « *requérant ne saurait prétendre avoir eu des motifs légitimes de douter de l'impartialité du tribunal qui l'a jugé alors qu'il pouvait en récuser la composition mais s'en est abstenu* » (Cour EDH, arrêt du 22 février 1996, Req. n° 17358/90, § 34).

⁵¹ Cour EDH, arrêt du 8 février 2000, *McGonnell c. Royaume-Uni*, Req. n° 28488/95, § 55.

⁵² En réalité dix-huit départements, si l'on y ajoute les intervenants des questions prioritaires de constitutionnalité. Voir notamment CC, décision n° 2011-142/145 QPC du 30 juin 2011, *Rec.* p.323 et décision n° 2011-143 QPC du 30 juin 2011, *Rec.* p.308.

⁵³ Précisément en matière de revenu de solidarité active (RSA), de prestation de compensation de handicap (PCH) et d'allocation personnalisée d'autonomie (APA).

de ses onze membres,⁵⁴ au motif qu'ils ne répondaient pas aux conditions d'impartialité requises par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Dans un courrier, en date du 26 mai 2011, adressé à l'avocat du requérant, le Secrétariat général du Conseil constitutionnel a notifié que deux des juges incriminés ne participeront pas à la décision du Conseil concernant ces questions prioritaires de constitutionnalité.⁵⁵ Ce qui constitue, de notre point de vue, un aveu implicite de l'incompatibilité de l'alinéa 4 de l'article 4 du règlement intérieur du 4 février 2010 avec l'article 6 § 1 de la CEDH et, conséquemment, une prise en considération de l'exigence conventionnelle d'impartialité des juges constitutionnels.

Il résulte globalement de ce qui précède que l'application de l'article 61-1 de la Constitution, tel qu'issu de la révision constitutionnelle de 2008, ayant institué le contrôle de constitutionnalité des lois *a posteriori*, révèle aisément les limites, voire l'incompatibilité et l'anachronisme de l'article 56 de la même Constitution, lequel nécessite fortement d'être réécrit ; cela devrait conduire à la disparition des membres nommés comme des membres de droit, et, partant, à l'instauration des élections en vue d'intégrer le Conseil constitutionnel.

B. – L'instauration des membres élus au Conseil constitutionnel

Plusieurs raisons peuvent justifier l'élection des personnalités susceptibles d'intégrer le Conseil constitutionnel (1). Encore, faut-il que les critères pour être candidats (2) soient clairs et nets, aussi bien pour ces personnalités que pour leurs électeurs (3).

1. – Le choix judicieux d'une élection des juristes

Il semble évident que réussir à nommer la personne qu'il faut à la place qu'il faut relève de l'art et non de la science, et, partant, toute nomination ne peut être qu'un choix discrétionnaire. Pire, la nomination est, trop souvent, sujette à suspicion partisane, notamment lorsqu'elle émane d'une autorité politique. Or, les institutions publiques à vocation impartiale, comme le Conseil constitutionnel, sont censées prendre des décisions justes et équitables, c'est-à-dire ici dépourvues en principe de suspicion partisane. Par conséquent, pour s'approcher de cette perfec-

⁵⁴ Dans l'hypothèse où les six juges constitutionnels récusés étaient déclarés incompatibles ou s'étaient déportés, par qui auraient-ils pu être remplacés ? Et, le quorum statutaire de sept membres minimum aurait-il été atteint pour rendre une décision valide ?

⁵⁵ Il s'agissait de MM. Jacques BARROT et Michel CHARASSE, deux anciens parlementaires ayant participé au vote des textes, comme dans l'affaire Fichier empreintes génétiques, alors même que, s'agissant de MM. Jean-Louis DEBRE, ancien président de l'Assemblée nationale, Hubert HAENEL, ancien sénateur et Pierre STEINMETZ, ancien directeur de cabinet du Premier ministre, le Conseil constitutionnel a estimé que « *les motifs invoqués [c'est-à-dire les mêmes que pour les deux autres membres écartés] à l'appui de la demande de récusation n'étaient pas de nature à faire obstacle à leur participation* ». Ce qui n'a, à raison, pas convaincu nombre de commentateurs et d'auteurs. Pour Céline HODARA, par exemple, il s'est agi d'une « *justification des plus sommaires ne permettant pas de comprendre* » pour quelles raisons les juges constitutionnels, anciens parlementaires ayant participé à l'élaboration de la même loi, « *n'ont pas été soumis au même traitement* », et ce d'autant plus que « *la récusation ou la non-récusation d'un de ses membres n'est pas justifiée par le Conseil constitutionnel* ». Voir son article précité, *op. cit.*, p.924-925.

tion, il nous semble vivement recommandable que le Conseil constitutionnel soit entièrement composé de membres élus. L'élection, à elle seule, sortira le système constitutionnel français de la singularité, désormais essentiellement organique, dans laquelle il se trouve, en comparaison d'autres démocraties constitutionnelles et libérales européennes dans lesquelles, généralement, les membres de la juridiction constitutionnelle sont finalement élus par le Parlement. Même certaines Républiques de l'Europe centrale et orientale, jadis démocraties populaires et dirigées, proches des Républiques soviétiques, aujourd'hui démocraties constitutionnelles et libérales, ont institué l'élection des juges constitutionnels. Ainsi, par exemple, l'article 5 de la loi hongroise de 1989 sur la Cour constitutionnelle prévoit-il que « *Les membres de la Cour constitutionnelle sont élus par le Parlement...* » Pareillement, l'article 147 § 3 de la Constitution du 12 juillet 1991 de la République de Bulgarie dispose que « *Sont élus juges à la Cour constitutionnelle des juristes...* »⁵⁶

Il est, en outre, vrai que l'indépendance et l'impartialité des juges en général, et particulièrement des juges constitutionnels, ne sont pas forcément conditionnées par leur élection. Affirmer le contraire serait penser que la justice, en France et partout ailleurs où les juges ne sont pas élus, est dépendante et partielle, ce qui ne refléterait pas toute la réalité. Toutefois, l'élection est un palladium à côté de garanties comme les qualités morales et les compétences formatives et professionnelles. Aux fins d'aboutir à une dépolitisation organique de l'institution, garante de la constitutionnalité des normes, et notamment d'écarter des suspicions d'affiliation partisane à l'égard de candidats, il nous semble primordial d'exclure toute proposition gouvernementale, parlementaire, associative, ou syndicale : les candidatures devraient être libres, volontaires et individuelles.

Depuis sa création en 1959, le Conseil constitutionnel a été composé de personnalités désignées parmi les avocats, les professeurs de droit, mais surtout parmi les membres ou anciens membres du Conseil d'État, de la Cour de cassation, de la Cour des comptes, des juridictions européennes. On notera aussi un nombre important d'anciens parlementaires ou de personnalités aux profils professionnels éclectiques, ayant travaillé au sein d'assemblées parlementaires, particulièrement parmi les membres nommés par les présidents de ces assemblées. Cette diversité des expériences formatives et professionnelles a été délibérément construite, et a constitué, semble-t-il, un « équilibre » entre ceux qui créent le droit et ceux qui le disent, ce qui nous semble passable dans une conception où le Conseil constitutionnel est considéré comme un organe mi-politique, mi-juridictionnel.

Or, depuis, le 1^{er} mars 2010, que le Conseil constitutionnel, saisissable par tous justiciables, peut contrôler la constitutionnalité des lois, non plus seulement *a priori*, mais encore et surtout *a posteriori*, le conseiller constitutionnel devient de plus en plus juge constitutionnel. Point n'est, en outre, besoin de relever qu'exercer de

⁵⁶ Pour de plus amples analyses sur ces textes, voir notamment C. GREWE et H. OBERDOFF, *Les Constitutions des États de l'Union européenne*, Paris, La documentation française, 1999, Coll. Retour aux textes, 511 p. ; M. FROMENT, « La justice constitutionnelle en France ou l'exception française », in *Le nouveau constitutionnalisme, Mélanges offerts en l'honneur de Gérard CONAC*, Paris, Economica, 2001, p.167-183.

fonctions juridictionnelles implique d'interpréter et d'appliquer le droit positif et, partant, de disposer préalablement de bases solides de connaissances juridiques. N'est-ce pas l'éminent auteur et théoricien du droit, Hans Kelsen, qui soulignait sans ambages qu'il « est de la plus grande importance d'accorder dans la composition de la juridiction constitutionnelle, une place adéquate aux juristes de profession »?⁵⁷ Le Conseil constitutionnel, lui-même, a déjà eu l'occasion de poser substantiellement ce principe, particulièrement dans sa décision n° 2003-466 du 20 février 2003, *Loi organique relative aux juges de proximité*, lorsqu'il a estimé que « les connaissances juridiques constituent une condition nécessaire à l'exercice de fonctions judiciaires [ou mieux juridictionnelles] ».⁵⁸ Aussi, le Conseil constitutionnel a-t-il exigé, dans cette même décision, qu'il revenait au législateur organique de préciser « le niveau de connaissances ou d'expérience juridiques auquel doivent répondre les candidats à ces fonctions, de manière à satisfaire aux conditions de capacité qui découlent de l'article 6 de la Déclaration de 1789 ».⁵⁹

Ainsi, dans une conception, qui est aussi la nôtre, où le Conseil constitutionnel ne serait plus qu'un organe juridictionnel, est-il convenable que ses juges soient tous des juristes.⁶⁰ Mais, quels juristes, peut-on se demander.

2. – Les critères de sélection des juristes-candidats

Les juristes-candidats aux élections des juges constitutionnels devraient offrir des gages d'abord de moralité, comparables à ceux exigés pour devenir juge ordinaire, puis de compétences juridiques incontestables de par, à la fois, leur formation d'études supérieures et leur expérience professionnelle. Il devrait s'agir de juristes français, éminents et chevronnés, issus de la société civile, et non politisés : ceux qui n'ont jamais adhéré à un parti politique, ni à une association politique, ou en ont officiellement démissionné depuis au moins trois mandats présidentiels. Pendant cette dernière durée, ils n'ont participé à aucun Gouvernement, ni n'ont sollicité aucun mandat politique d'élu local, national ou européen, même pas en indépendant, ni, non plus, n'ont pas travaillé pour le compte de partis comme d'associations politiques.

Considérant qu'en pratique, depuis environ une décennie, les personnalités nommées au Conseil constitutionnel sont généralement des juristes choisis parmi les magistrats de l'ordre administratif et/ou de l'ordre judiciaire, les avocats, ou les professeurs de droit, il nous semble judicieux de préconiser l'élection des « juges

⁵⁷ H. Kelsen, « La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle) », *RDJ*, 1928, p.227.

⁵⁸ *Rec.* p.156, Cons. 12.

⁵⁹ *Ibid.*, Cons. 13.

⁶⁰ On ne saurait en principe être juge, si l'on n'a pas de formation juridique adéquate, quand bien même le juge statue sur des domaines divers et variés. Il peut (ou mieux doit) faire appel aux expertises susceptibles de l'aider à comprendre, dans un dossier, les difficultés techniques non juridiques ; mais, c'est lui qui décide en droit, après en avoir délibéré. Sinon, les médecins spécialistes et autres techniciens experts pouvaient juger les litiges, c'est-à-dire les apprécier en droit. Or, telle n'est pas la réalité de la pratique juridictionnelle, du moins en France.

de la loi »⁶¹ parmi ces trois corps de métier des juristes, étant observé que parmi notamment les magistrats et avocats, on compte des personnalités aux formations et parcours professionnels fructueusement éclectiques (Sciences politiques, ENA, etc.). S'agissant, en premier lieu, de magistrats-juges, leur aptitude à exercer des fonctions juridictionnelles au quotidien ne soulevant aucun doute, trois membres du Conseil constitutionnel devraient être élus parmi les juges professionnels ayant au moins vingt ans d'expérience professionnelle sans discontinuité, sauf pour des raisons médicales, membres en exercice ou à la retraite de plus hautes juridictions de l'ordre administratif ou de l'ordre judiciaire. Les candidatures seraient à déposer, pour les juges administratifs au secrétariat du Conseil d'État, pour les juges judiciaires au secrétariat du Conseil supérieur de la magistrature, lesquels vérifieraient les conditions de leur recevabilité, avant de les transmettre au ministère de l'Intérieur, chargé de l'organisation des élections.

S'agissant, en deuxième lieu, d'avocats, déjà auxiliaires de justice, et, partant, familiers de l'exercice de fonctions juridictionnelles, même s'il faut relever une nuance entre dire le droit et le défendre, ils devraient disposer également d'une expérience professionnelle d'au moins vingt ans depuis leur prestation de serment. Il est de notre préférence que les candidatures soient réservées aux avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation et à ceux spécialisés en droit public, en droit pénal, en droit financier et fiscal, en droit social, en droit de l'environnement et en droit européen. La diversité de profils juridiques des avocats est nécessaire, à condition que ces derniers aient un minimum de connaissances en libertés publiques. Car, bien évidemment, les questions soumises aux juges de la loi relèvent de plusieurs branches du droit : droit des collectivités territoriales, droit pénal des affaires, droit fiscal, droit social... Les candidatures devraient être déposées au Secrétariat du Conseil national des barreaux de France (CNBF), lequel, une fois validées, les transmettrait au ministère concerné, aux fins de faire élire trois avocats.

S'agissant, en troisième et dernier lieu, d'enseignants de droit, ils devraient être professeurs d'université depuis au moins dix ans pour pouvoir postuler au poste de juge constitutionnel. La différence de la durée exigée des expériences professionnelles se justifie, en considération d'âges moyens pour occuper les fonctions de professeur de droit, d'avocat et de juge professionnel. Certes, en droit, les universitaires sont plus théoriciens que praticiens. Mais, ils ont déjà démontré, démontrent et démontreront, sans nul doute, davantage leurs compétences afférentes au maniement d'instruments du travail juridictionnel, notamment dans les instances juridictionnelles internationales : juges à la Cour européenne des droits de l'homme, au Tribunal international du droit de la mer, à la Cour pénale internationale, etc., ou défenseurs de intérêts juridiques de tel ou tel autre État souverain devant la Cour internationale de Justice, ou un tribunal arbitral, et ce sans que leurs fonctions soient généralement remises en cause. Pour exercer ces fonctions de juges constitutionnels, nous avons une préférence, mais non exclusive, pour les spécialistes du

⁶¹ C'est l'expression qu'a choisie Léo HAMON, par ailleurs premier commentateur des décisions du Conseil constitutionnel, pour désigner les juges constitutionnels. Voir son ouvrage justement intitulé : *Les juges de la loi. Naissance et Rôle d'un contre-pouvoir, le Conseil constitutionnel*, Paris, Fayard, 1987, 300 p.

droit public. Encore, faut-il qu'ils se déclarent candidats. C'est pourquoi, nous préconisons le dépôt des candidatures au secrétariat de la Section 02 du Conseil national des universités (CNU) ou, mieux, au Groupe 1 du CNU, lequel, comme les autres organes de dépôt, après avoir validé leur recevabilité, les transmettrait au ministère *ad hoc*, aux fins d'organiser l'élection de trois membres du Conseil constitutionnel.

Mais, qui pour les élire ?

3. – *Le choix du corps électoral*

Aux risques d'un manque de légitimité démocratique, les juges constitutionnels ne sauraient être élus, directement et uniquement, par les membres de trois grandes catégories de juristes sus-évoquées, c'est-à-dire des juges, des avocats et des enseignants de droit. En effet, le contrôle de constitutionnalité des lois *a priori* comme *a posteriori*, effectué par un organe, soit-il entièrement juridictionnel, non élu par le peuple ou ses représentants, nous semble contraire à l'esprit de l'article 2 de la Constitution de 1958, lequel institue le « *gouvernement du peuple, par le peuple et pour le peuple* ». On pourrait alors se poser la question de savoir si l'actuel système constitutionnel français est conforme à cette légitimité démocratique. Paradoxalement, on devrait répondre par l'affirmative, car, même en l'absence d'un véritable vote, les membres du Conseil constitutionnel sont plutôt nommés par les plus hautes autorités de l'État, élus et représentants du peuple, donc indirectement par le peuple. Cela est cohérent dans une démocratie représentative, et conduit à penser que les électeurs des juges constitutionnels devraient être des élus du peuple.

Or, on sait qu'il est plusieurs catégories d'élus du peuple. C'est pourquoi, il nous paraît plus intéressant de faire élire les membres du Conseil constitutionnel au suffrage universel indirect, par un collège d'élus locaux plutôt que par les élus nationaux. Le choix d'élus territoriaux en lieu et place de parlementaires s'explique par le fait d'expérience quotidienne que, parce qu'élus à la majorité proportionnelle, il y a beaucoup plus d'élus indépendants et d'élus issus de la diversité, notamment socioprofessionnelle, de la société parmi les conseillers municipaux, généraux et régionaux que parmi les députés et sénateurs. Les élections seront à organiser dans les mêmes lieux et conditions que lors des élections sénatoriales pour lesquelles ce collège d'élus locaux constitue les seuls électeurs. Toutefois, les candidats seront élus au scrutin uninominal à la majorité simple, et non à la proportionnelle, en retenant les trois premiers dans chacun de trois corps spécialisés de juristes. Avec les conseillers municipaux, généraux et régionaux, il est, par ailleurs, sûr que la participation sera suffisamment élevée, le vote étant obligatoire, sous peine de sanction financière. Enfin, une fois élus, les juges constitutionnels, lors de leur entrée en fonction, prêteront serment devant le Parlement réuni en Congrès.

Quant aux électeurs de la présidence du Conseil constitutionnel, il sied de soutenir que le Président de l'institution devrait être élu par ses pairs, au scrutin également uninominal à la majorité simple, pour un mandat de trois ans renouvelable deux fois. Dans cette hypothèse, il conserverait sa voix prépondérante en cas de partage égal de voix. Par contre, ses prérogatives de désigner les juges-rapporteurs devraient lui être retirées. Car, dès lors que les compétences requises de l'ensemble

de juges constitutionnels seront manifestes, l'attribution des dossiers à ces juges ou le choix des rapporteurs pourra aisément s'effectuer sur une base chronologique et par ordre alphabétique. La séance d'élection présidentielle pourrait être présidée par le doyen ou la doyenne d'âge du Conseil constitutionnel, non-candidat à la présidence de l'institution. De même, en cas d'égalité de voix entre candidats à la présidence de l'institution, le doyen ou la doyenne d'âge d'entre eux pourrait être considéré comme élu.

*
* *

Au terme de cette étude, il sied d'inférer que le caractère politico-juridictionnel du Conseil constitutionnel, loin d'être une fatalité, relève plutôt de la volonté politique. Bien que l'élargissement de sa saisine, en 1974, à une minorité parlementaire, puis, en 2008, à tous les citoyens par le biais de la question prioritaire de constitutionnalité, et, par suite, le fait qu'il juge les lois *a posteriori* et non plus seulement *a priori*, ait conforté fonctionnellement sa nature juridictionnelle, le Conseil constitutionnel demeure, jusqu'à ce jour, une institution organiquement politisée. C'est la principale raison pour laquelle nous nous associons, humblement par la présente contribution, aux efforts de tous ceux qui militent, de quelque manière que ce soit, pour une réforme plus conséquente, notamment sur le mode de recrutement et la composition du Conseil constitutionnel, et ce aux fins de dépolitiser au maximum cet organe-cœur de la justice constitutionnelle. Pour l'heure, les justiciables délurés ont l'espoir, sans pour autant tomber dans l'espérance, d'une révision constitutionnelle imminente sur la fin prospective des membres de droit et à vie de l'institution, garante de la constitutionnalité des normes. Pourtant, il est possible voire nécessaire, comme il a été démontré, d'aller encore plus loin, en supprimant la nomination des membres et, partant, en instituant des élections pour des candidats libres dans des corps spécialisés de juristes, parmi les juges professionnels, les professeurs de droit et les avocats, tous chevronnés ; cela diminuerait inévitablement le sentiment d'organe politisé qu'ont les citoyens vis-à-vis du Conseil constitutionnel, à cause particulièrement d'une suspicion légitime d'affiliation partisane sur les désignations politiques discrétionnaires. Le Conseil constitutionnel gagnerait ainsi, davantage, à la fois, en efficacité juridique (même si, bien souvent, cette efficacité y est, au vu de la qualité et de la rapidité de ses décisions) et en crédibilité politique et publique (ce qui n'est pas négligeable).

De tout ce qui précède, il résulte clairement que la majeure partie des remèdes prescrits relève de la *lex ferenda* et, par voie de conséquence, nécessite une révision constitutionnelle profonde. Enfin, les critiques envers le Conseil constitutionnel ne cesseront pas, sauf si cette institution publique n'intéresse guère personne, ce qui serait déplorable.