

Patrick Wachsmann

SUR LA COMPOSITION DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL

Le 1^{er} mars 2010 est entrée en vigueur une réforme attendue depuis longtemps par ceux qui souhaitent que la protection des libertés constitutionnellement garanties contre les lois qui y porteraient atteinte puisse aussi s'exercer à l'égard des lois en vigueur et d'une manière qui n'exclue ni les titulaires des droits et libertés ni les juridictions dites ordinaires du « procès fait à la loi » quant à sa conformité à la Constitution. Cette innovation, réalisée, après deux échecs successifs, par la révision constitutionnelle de juillet 2008 ne va pas sans timidités ni sans précautions, en particulier avec l'institution d'un filtrage des questions soumises au Conseil constitutionnel, en toute hypothèse par le Conseil d'État ou la Cour de cassation. Du moins cette réforme permet-elle à la France de s'apparenter avec plus de vraisemblance qu'auparavant aux États qui connaissent une juridiction constitutionnelle et en font un instrument de protection des libertés. La rupture était nette par rapport à la tradition républicaine française, fondée sur le refus d'admettre qu'un organe quelconque puisse faire obstacle, fût-ce au nom de la Constitution, à la libre volonté des représentants élus du peuple. La pratique d'un contrôle préventif de constitutionnalité des lois, à la seule initiative d'autorités politiques limitativement désignées par la Constitution (article 61 de la Constitution de 1958) avait certes débouché sur une jurisprudence relativement abondante du Conseil constitutionnel, mais les conséquences, pour les justiciables et pour les juridictions ordinaires, en restaient, à tous égards, *abstraites*, faute précisément du moindre accès des uns et des autres à un débat qui ne pouvait concerner que les lois non encore en vigueur, durant le bref intervalle de temps qui sépare l'adoption définitive du texte de sa promulgation par le président de la République.

L'explication essentielle de l'extension enfin réalisée de l'office du juge constitutionnel pourrait bien être, par un de ces paradoxes dont l'histoire des libertés offre maint exemple, une réaction nationaliste à l'expansion prise par ce que l'on appelle désormais couramment le « contrôle de la conventionnalité des lois », exercé sur les lois promulguées par les juges judiciaire (depuis 1975) et administratif (depuis 1989) au regard des traités internationaux garantissant

les droits et libertés, au premier chef la Convention européenne des droits de l'homme à laquelle la France est partie depuis 1974. La possibilité de contester devant tout juge français la conformité des lois aux exigences de ces traités rendait difficilement explicable l'impossibilité de soutenir que ces lois étaient contraires aux dispositions de la Constitution, alors même que bon nombre des droits et libertés font l'objet d'une consécration à la fois constitutionnelle et conventionnelle. L'affirmation de la supériorité, dans l'ordre interne, de la Constitution¹ s'accommodait mal de la moindre protection procurée par cette dernière aux droits et libertés². De sorte que l'institution de la possibilité de soulever à l'encontre d'une loi promulguée une question de constitutionnalité ne s'accompagne pas par hasard de l'affirmation de cette question comme *prioritaire*³ – prioritaire dans l'ordre d'examen des questions de constitutionnalité et de conventionnalité par le juge judiciaire ou administratif.

Les revues juridiques, les colloques scientifiques, les séminaires destinés aux avocats ne cessent de scruter tous les aspects de cette réforme, abondamment vantée par ses promoteurs, en particulier le président de la République, qui tint à en marquer l'importance en parlant, le 1^{er} mars 2010, jour même où entrait en vigueur la nouvelle procédure, d'« une véritable révolution juridique »⁴. Mais à braquer aussi exclusivement le projecteur sur cette innovation procédurale, ne perd-on pas de vue ce qui aurait dû en constituer un préalable, c'est à savoir la composition de l'instance désormais investie de cette nouvelle et importante responsabilité ? On relèvera que dans les années 1970, la gauche souhaitait la transformation du Conseil constitutionnel en Cour constitutionnelle⁵, ce qui supposait un tout autre mode de désignation des membres de cette instance. Sur ce point comme sur beaucoup d'autres, la conversion de la gauche aux institutions actuelles a été totale : à aucun moment, les projets de révision élaborés alors que François Mitterrand était président de la République ne se sont occupés de cette question. L'importance de cette dernière ne saurait pourtant être mésestimée, tant elle conditionne la possibilité même pour l'institution de s'acquitter des missions qu'on lui confie. Or, les trois nominations de membres du Conseil

1. Elle est appuyée, dans la jurisprudence récente du Conseil d'État (Ass., 30 octobre 1998, *Sarran et Levacher et autres, Rec.*, p. 369), reprise par la Cour de cassation (Assemblée plénière, 2 juin 2000, *Mlle Fraisse, Bull. Ass. pl.*, p. 7).

2. V. en ce sens les remarques critiques de Denys de Béchillon, « De quelques incidences du contrôle de la conventionnalité internationale des lois par le juge ordinaire », *RFD adm.*, 1998, p. 225.

3. On parle désormais de « question prioritaire de constitutionnalité », en vertu de la loi organique du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution.

4. *Le Monde*, 3 mars 2010.

5. V. ainsi la proposition de loi constitutionnelle n° 2856, déposée par G. Defferre le 20 décembre 1970 à l'Assemblée nationale, tendant à la création d'une Cour suprême constitutionnelle.

constitutionnel faites en février 2010 ont illustré d'une manière préoccupante les faiblesses du système actuel, de sorte qu'il nous paraît indispensable d'insister sur ces graves carences, auxquelles il devient urgent de remédier.

Rappel des règles régissant la composition du Conseil constitutionnel

L'article 56 de la Constitution dispose que « Le Conseil constitutionnel comprend neuf membres, dont le mandat dure neuf ans et n'est pas renouvelable. Le Conseil constitutionnel se renouvelle par tiers tous les trois ans. Trois des membres sont nommés par le Président de la République, trois par le Président de l'Assemblée nationale, trois par le Président du Sénat (...) En sus des neuf membres prévus ci-dessus, font de droit partie à vie du Conseil constitutionnel les anciens Présidents de la République. » Le Conseil est ainsi composé de deux catégories bien distinctes de membres : ceux qui sont nommés et les membres de droit en vertu de la Constitution. Il comprend ainsi $9 + x$ membres⁶, selon les effectifs, nécessairement variables, de la dernière catégorie. L'article 63 de la Constitution prévoit qu'« Une loi organique détermine les règles d'organisation et de fonctionnement du Conseil constitutionnel (...) ». Or, il est singulier que ce texte ne pose pas la moindre condition de fond à laquelle devraient répondre les personnes nommées au Conseil : partout ailleurs en Europe, la Constitution et/ou la loi organique applicable subordonne à des conditions strictes de capacité la nomination aux fonctions de juge constitutionnel. Il faut certes se souvenir que Hans Kelsen, qui fut à l'origine de la création en Autriche, en 1920, d'une cour constitutionnelle ensuite largement imitée, de l'Italie et l'Allemagne aux pays d'Europe centrale et orientale libérés du joug du parti unique, en passant par l'Espagne et le Portugal, avait précisément imaginé une juridiction spéciale chargée de contrôler le législateur au regard des dispositions de la Constitution parce qu'il se défiait du conservatisme des juges ordinaires et craignait qu'ils n'utilisent leurs pouvoirs pour s'opposer aux réformes voulues par la majorité issue des élections. Une telle préoccupation interdisait de reprendre purement et simplement la solution résultant de l'arrêt *Marbury v. Madison* rendu en 1803 par la Cour suprême des États-Unis d'Amérique et confiant à tout juge, en tant que tel, la mission de vérifier la conformité à la Constitution des lois invoquées devant lui. Mais de cette spécificité de la cour constitutionnelle, il ne saurait nullement résulter que ses membres n'aient pas

6. De sorte qu'est mathématiquement inexacte la formule constitutionnelle selon laquelle « Le Conseil constitutionnel se renouvelle par tiers tous les trois ans. » : ce renouvellement par tiers ne peut concerner que les seuls membres nommés.

à satisfaire à des conditions de compétence en matière juridique. Autrement dit, il ne s'agira pas ici de critiquer le mode de désignation adopté en France en raison de la « politisation » qu'il induit. Ce reproche serait vain et l'on pourra toujours lui opposer que les juridictions étrangères n'y échappent en aucune manière⁷. Ce qui est hautement critiquable, en revanche, c'est l'absence de mention de la moindre condition de compétence juridique des membres du Conseil constitutionnel et l'ampleur des pouvoirs conférés aux trois présidents. Comme le résume Jean-Marie Denquin : « le droit comparé montre qu'il n'est jamais possible de couper tout lien entre les dirigeants, démocratiquement donc politiquement élus, et le mode de désignation des juges constitutionnels. Le mieux que l'on puisse attendre est un système qui exige, sinon un consensus des acteurs politiques, du moins l'accord de plusieurs tendances (élection par les assemblées à la majorité des deux tiers par exemple) et un choix limité à des juristes qualifiés »⁸. Le cas français est ici, on l'a dit, singulier et cette singularité pose de manière aiguë la question de savoir quelle est la conception de l'institution qu'elle traduit.

Les premières nominations et la « stupeur » qu'elles provoquent

Le 20 février 1959, les trois présidents (Charles de Gaulle, Jacques Chaban-Delmas, Gaston Monnerville) désignèrent les neuf membres initiaux du Conseil constitutionnel qui devaient rejoindre, au sein de la nouvelle institution, les anciens présidents de la République, Vincent Auriol et René Coty. Charles Eisenmann, qui avait consacré sa thèse, en 1928, à la justice constitutionnelle et à la Haute-Cour constitutionnelle d'Autriche, commenta cette première vague de nominations dans les colonnes du *Monde* du 5 mars 1959, par un article intitulé « Palindromes ou stupeur ? ». Le premier terme se rapportait au président de la Haute-Instance nommé par de Gaulle, Léon Noël, dont le lecteur se convaincra aisément que le nom peut, en effet, se lire aussi bien de droite à gauche que de gauche à droite. La stupeur, quant à elle, visait le caractère pour le moins surprenant de certains choix et l'absence, au sein du Conseil, de certaines compétences dont il n'eût pas été anormal qu'il s'assurât le concours

7. C'est ce que s'était employé à faire Louis Favoreu, à partir de son étude « Le Conseil constitutionnel régulateur de l'activité normative des pouvoirs publics », *Revue du droit public*, 1967, p. 5. V. aussi, du même auteur, *Les cours constitutionnelles*, PUF, Que sais-je ?, n° 2293.

8. « Justice constitutionnelle et justice politique », in Constance Grewe, Olivier Jouanjan, Éric Maulin, Patrick Wachsmann (dir.), *La notion de « justice constitutionnelle »*, Actes du colloque de Strasbourg de janvier 2004, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2005, p. 75.

– celles de professeurs de droit public, par exemple. Léon Noël lui-même était d’abord perçu par de Gaulle comme un diplomate : la lettre qu’il lui adresse pour lui annoncer sa nomination commence par : « Monsieur l’Ambassadeur »⁹, qualité qui éclipsait celles de docteur en droit et de membre du Conseil d’État dont pouvait également se prévaloir l’intéressé. Pour les autres membres du Conseil, si on retrouve des noms connus (Georges Pompidou, qui offre la singularité de siéger au Conseil avant d’accéder aux fonctions qui lui ouvraient la qualité de membre de droit dont il ne put user du fait de sa mort, survenue avant l’achèvement de son mandat, Louis Pasteur-Vallery-Radot), ce n’est pas leurs compétences en matière juridique qui leur ont valu la célébrité. Léon Noël lui-même relève dans son livre de souvenirs que le Conseil « comptait, au début, à côté de quelques personnalités, qui ne songeaient point à se prévaloir d’une compétence quelconque en pareille matière, plusieurs juristes éprouvés, mais aucun n’était un spécialiste en droit public. »¹⁰ S’exprimant en privé, Léon Noël eut même des propos plus durs encore pour certains de ses collègues, n’hésitant pas à parler, à propos de l’un d’eux, d’« un avocat affairiste de très piètre réputation »¹¹. Les choix opérés indiquaient, on ne peut plus clairement, que l’institution n’était pas conçue comme une juridiction chargée d’imposer au Parlement le respect du droit, mais bien comme un organe destiné à relayer les *desiderata* de l’exécutif. Ni l’authenticité du dévouement à leur mission de la plupart des membres du Conseil, ni la volonté affichée du président Noël de tenir l’institution au-dessus du terrain politique (mais il ne parvenait pas réellement à dissocier sa conception de l’intérêt général de sa foi en de Gaulle...), ni même des nominations subséquentes plus soucieuses d’adéquation avec les fonctions dévolues au Conseil (René Cassin, professeur de droit privé, puis vice-président du Conseil d’État, en 1960, Marcel Waline, éminent professeur de droit public, en 1962) ne pourront rien changer à ce constat. Dans *Le coup d’État permanent*, François Mitterrand aura pour le Conseil constitutionnel quelques-unes de ces formules méprisantes dont il usait avec tant de virtuosité : « le Conseil constitutionnel a réussi la gageure d’ajouter au discrédit des institutions dont leurs promoteurs assuraient qu’il serait le fleuron », « Cour suprême de musée Grévin, chapeau dérisoire d’une dérisoire démocratie, il n’est

9. Cité in Léon Noël, *De Gaulle et les débuts de la V^e République*, Plon, coll. espoir, 1976, p. 20. Lui remettant, quelques jours auparavant, les insignes de grand-officier de la Légion d’honneur, de Gaulle l’avait pareillement désigné : « Ambassadeur Léon Noël, au nom de la France, nous vous élevons à la dignité, etc. » (*ibid.*, p. 17).

10. *Op. cit.*, p. 36.

11. Article de Yves Beauvois, auteur d’une thèse consacrée à Léon Noël, publié dans *Commentaire*, n° 116, 2006/2007, p. 945, cité in Dominique Schnapper, *Une sociologue au Conseil constitutionnel*, Gallimard, nrf essais, 2010, p. 56.

aujourd'hui défendu par personne », « il n'a jamais eu d'autre utilité que de servir de garçon de course au général de Gaulle chaque fois que ce dernier a cru bon de l'employer à cet usage »¹². Le trait était cruel, mais on ne pouvait lui opposer la jurisprudence du Conseil constitutionnel, celle-ci restant invariablement soucieuse de ne constituer en rien une gêne pour le pouvoir¹³.

L'émancipation du Conseil constitutionnel

Les circonstances ayant conduit au prononcé de la décision historique du 16 juillet 1971 sur la liberté d'association ont été maintes fois retracées¹⁴. Vient au premier plan le souci du second président nommé par de Gaulle, Gaston Palewski, d'assurer la pérennité d'une institution qui risquait d'être vouée à la marginalité, ne serait-ce qu'en raison du fait que la stabilité de la majorité parlementaire acquise au gouvernement (et, plus encore, au président de la République) rend parfaitement vaine cette frontière entre la loi et le règlement que le Conseil avait d'abord eu pour mission de faire respecter par le Parlement. Ont pu s'y ajouter d'autres éléments : une claire hostilité de Palewski, ancien directeur de cabinet de de Gaulle, envers Pompidou, coupable d'avoir précipité la chute du général en accréditant l'hypothèse qu'il pourrait lui succéder à l'Élysée¹⁵, voire une déception de n'avoir pas été élevé à la dignité de grand-croix de la Légion d'honneur. Toujours est-il que les travaux préparatoires, aujourd'hui disponibles¹⁶, confirment l'engagement personnel de Palewski en faveur de la décision finalement rendue, alors que le rapporteur,

12. L'ouvrage est paru en 1964. Nous citons d'après la réimpression de 1993, UGE, 10-18, p. 162.

13. Comme l'a écrit pudiquement Simone Veil (« Mes années au Conseil constitutionnel », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 25, 2008, p. 30) : « de Gaulle n'était pas porté sur les contre-pouvoirs ».

14. On renvoie au récit, non dépourvu d'ironie, de Pierre Avril, *Les conventions de la Constitution*, PUF, coll. Léviathan, 1997, p. 4.

15. Il aurait déclaré au président du Sénat, Alain Poher, qui le consultait par téléphone pour savoir comment serait accueillie une saisine visant la loi sur la liberté d'association : « Il faut faire comprendre à Pompidou qu'il n'est pas de Gaulle, lui donner une leçon, le rappeler à l'ordre » (Alain Poher, *Trois fois président*, Plon 1993, cité par P. Avril, *op. cit.*, p. 4).

Plus profondément, on peut relever que la fascination exercée par de Gaulle était telle que le contrôle de constitutionnalité ne pouvait se développer alors qu'il exerçait ses fonctions. Palewski n'hésitait pas à écrire : « il me semblait absurde d'expliquer à l'auteur de la Constitution de quelle manière celle-ci devait être appliquée » (*Mémoires d'action*, Plon, 1988, cité par P. Avril, *op. cit.*, p. 4). Il convient de rappeler que « l'auteur de la Constitution » est réputé être le peuple français qui l'a adoptée par referendum...

16. B. Mathieu et a. (dir.), *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 2009, p. 207.

François Goguel, estimait que la loi déferée était conforme à la Constitution. Le titre du *Monde* du lendemain traduisait clairement la dimension politique de la décision : le Conseil constitutionnel, y était-il indiqué, « donne un coup d'arrêt au pouvoir ». Ériger les libertés consacrées par la Constitution en obstacles à la volonté, jusque là toute-puissante, du législateur, c'était surtout introduire dans l'ordre juridique français une hiérarchie effective des normes qui cessait de culminer au niveau législatif. La présence, au sein du Conseil, de François Luchaire, professeur de droit public qu'avait nommé en 1965 le président du Sénat, ne fut certes pas sans poids à cet égard¹⁷.

La pérennité du rôle dont la décision de 1971 avait investi l'institution fut ensuite assurée par la révision constitutionnelle de 1974, à l'initiative de Valéry Giscard d'Estaing, ouvrant à 60 député ou 60 sénateurs la possibilité de saisir le Conseil constitutionnel aux fins de lui faire constater l'inconstitutionnalité d'une loi non encore promulguée, ce que seuls pouvaient faire jusque là le président de la République, ceux de l'Assemblée nationale et du Sénat ainsi que le premier ministre. La banalisation progressive de la saisine, dite « parlementaire », la formation, tout au long du septennat de M. Giscard d'Estaing, d'une jurisprudence du Conseil, la nomination, en 1980, du doyen Vedel, spécialiste unanimement reconnu du droit public, puis celle de Robert Badinter, en 1986, à la tête de l'institution achevèrent de transformer l'image du Conseil constitutionnel, promu cour constitutionnelle après avoir été relégué au rang de garçon de course¹⁸... Cette image s'imposait, non seulement auprès de la classe politique (pour laquelle elle ne se brouillait que le temps nécessaire pour digérer un désaveu infligé par le Conseil – l'autre camp était cependant là pour célébrer alors les vertus du droit...), mais également dans la doctrine universitaire, notamment dans les travaux de « l'école d'Aix », et singulièrement ceux de son chef, Louis Favoreu, inlassable dans son entreprise apologétique, n'hésitant pas à construire un « modèle français »¹⁹ du contrôle de constitutionnalité des lois. Pourtant, les trains de nominations voyaient invariablement se succéder hommes politiques en fin de carrière et sénateurs

17. Lors des délibérations précédant la décision du 16 juillet 1971, il précise ainsi qu'il s'agit pour le Conseil de sa « tâche de défenseur des libertés » (*Les grandes délibérations...*, *op. cit.*, p. 215).

18. À l'initiative du président Badinter, le Conseil constitutionnel devint membre de la Conférence des cours constitutionnelles européennes.

19. Modèle peu imité, en toute occurrence, et seulement par des régimes dont le libéralisme est pour le moins suspect. Il suscita l'ironie décapante d'Olivier Jouanjan, qui le rebaptisa « modèle franco-syldavo-africano-khmer » (« Sur quelques aspects d'un vaste débat : le Conseil supérieur de la Constitution syldave est-il une « cour constitutionnelle » ? », *L'Architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Economica, 2006, p. 551). V. aussi, du même auteur, « Modèles et représentations de la justice constitutionnelle en France. Un bilan critique », *Jus politicum*, n° 1, 2009, p. 93.

à récompenser (les deux catégories pouvant se rejoindre), quelques juristes incontestables venant opportunément saupoudrer l'ensemble pour lui donner un minimum de crédibilité, de même que quelques figures féminines devaient entretenir l'illusion que notre pays pratiquait la parité. « L'esprit de faveur, d'amitié, de complaisance » qu'avait dénoncé Eisenmann en 1959 n'a guère cessé de souffler en l'occurrence, parfois complété par des éléments amusants (mais peu dignes)²⁰ ou surprenants²¹

Le caractère particulièrement critiquable de ce système tient au caractère totalement discrétionnaire des choix faits par les trois autorités chargées des nominations, encore renforcé par le fait que chacun des trois présidents décidait solitairement²² jusqu'à l'entrée en vigueur – d'ailleurs anticipée lors du train de nomination de 2010, la loi organique pertinente n'ayant pas été adoptée en temps utile – de la révision de 2008. Cette absence de toute discussion publique quant au choix des candidats²³ accentuait encore l'autoritarisme marqué de la solution française. En instituant l'exigence d'un avis public de la commission compétente de chaque assemblée pour les nominations faites par le président de la République, de la commission compétente de l'assemblée concernée pour les nominations incombant au président de l'Assemblée nationale et à celui du Sénat, la réforme introduit au moins un peu de transparence. L'impossibilité de procéder à la nomination envisagée en cas d'opposition exprimée par les trois cinquièmes au moins des suffrages exprimés²⁴, en revanche, est une innovation bien trop timide : c'est l'exigence d'une approbation de la nomination qui aurait réellement changé les choses²⁵. On n'est pas sûr, au demeurant, que

20. Victor Chatenay fut nommé au Conseil pour le consoler d'une confusion dont il avait été victime, lors de l'annonce de la composition du gouvernement, avec Pierre Chatenet (qui deviendra lui-même ensuite membre du Conseil constitutionnel)... (Pierre Avril et Jean Gicquel, *Le Conseil constitutionnel*, 5^e éd., Montchrestien, Clefs, 2005, p. 24).

21. Georges Abadie, préfet, raconte avoir été reçu par François Mitterrand, qui lui dit envisager de le nommer « pour sa pratique approfondie des problèmes de terrain et de la province » (« Satisfaction, non sans questions... », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 25, 2008, p. 11). Le président l'interrogea aussi sur ses compétences juridiques...

22. Comme le relève Olivier Jouanjan, « le système français est le seul qui, à ma connaissance, exclut absolument toute participation des chambres au processus de désignation des juges constitutionnels » (« Le Conseil constitutionnel est-il une institution libérale ? », *Droits*, n° 43, 2006, p. 73).

23. Olivier Jouanjan, *ibid.*

24. Pour les nominations envisagées par le président de la République, le calcul s'opère en additionnant les votes négatifs exprimés au sein des deux commissions. Pour celles relevant des présidents des assemblées, il s'agira des votes émis au sein de la commission de l'assemblée concernée.

25. Comme en témoigne un lapsus de M. Sarkozy, présentant à tort la réforme comme obligeant

les auditions en question débouchent sur beaucoup d'oppositions aux choix proposés, alors surtout que ceux-ci portent le plus souvent sur des personnalités issues du monde politique, qui se retrouveront particulièrement à l'aise dans le milieu auquel elles appartiennent.

Les choix faits en 2007 contenaient cependant comme une promesse de vertu possible : si la rumeur assure que le choix comme président de M. Jean-Louis Debré par M. Chirac brouilla ce dernier avec le président précédent, M. Pierre Mazeaud qui estimait son successeur indigne de ces hautes fonctions, l'arrivée au Conseil du vice-président du Conseil d'État et du premier président de la Cour de cassation²⁶ offraient des gages d'une compétence juridique incontestable. Mais l'ensemble des nominations faites en 2010 marque une régression spectaculaire et fournit une illustration de toutes les faiblesses du dispositif constitutionnel en la matière.

2010 : la méconnaissance de l'article 61-1 de la Constitution

Les récentes nominations au Conseil constitutionnel ne laissent aucune place au palindrome (on n'a pas tous les jours un Léon Noël sous la main...), mais suscitent une stupeur toujours intacte – pour reprendre les termes précités de Charles Eisenmann. Les amateurs de havanes et les candidats à diverses sinécures sénatoriales trouveront certes plus de motifs que les juristes et les citoyens de se réjouir des choix faits par les trois autorités désignées par l'article 56 de la Constitution. Celles-ci semblent avoir oublié que dix-huit mois auparavant, elles faisaient adopter ou adoptaient une révision constitutionnelle élargissant les compétences du Conseil en en faisant, avec précaution il est vrai, un gardien des libertés par rapport aux lois promulguées. Le président de l'Assemblée nationale aurait dû s'en souvenir d'autant plus qu'il apporta sa voix à la révision, rompant en cela avec l'usage (la convention de la Constitution, diraient de bons auteurs) interdisant au président du Congrès de prendre part au vote²⁷.

à recueillir une majorité des trois cinquièmes pour pouvoir procéder aux nominations...

26. Avec toutefois cette singularité qu'il fut nommé au Conseil par celui qui, au même moment, s'appropriait à y siéger, ce dernier troquant, grâce à Jacques Chirac, la présidence de l'Assemblée nationale pour celle du Conseil constitutionnel. On est ici face à un phénomène inédit de cooptation, à quelques jours près.

27. 539 parlementaires votèrent pour l'adoption, alors que la majorité requise était de 538. On fit abondamment grief à Jack Lang de son vote positif, contraire à la position arrêtée par son parti. C'est oublier que les parlementaires non seulement peuvent, mais doivent se déterminer selon leur conscience, spécialement pour des textes de cette importance. Signalons par ailleurs que M. Charasse s'est abstenu, ce qui revient en l'espèce à voter contre le texte.

L'absence de juristes expérimentés (on n'ose même plus évoquer l'idée obscène que des professeurs de droit, *a fortiori* de droit public, puissent y figurer...) dans la liste sacrifie-t-elle aux exigences de l'égale représentation des sexes ? Pas même, puisque le refus du président du Sénat de déférer au souhait de l'Élysée qu'il nommât Michel Charasse (on voudrait pourtant se réjouir de cette indépendance affirmée par le président d'une assemblée parlementaire²⁸) obligea Nicolas Sarkozy à se charger de le faire, condamnant ainsi les candidates dont le nom circulait encore.

Les déclarations de Jacques Barrot, nommé par le président de l'Assemblée nationale, sont éloquentes quant aux dispositions des nouveaux membres. « 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. »²⁹. Aucun excès de rigueur juridique n'est, on le voit, à craindre de sa part. Nous voilà rassurés ! Il aurait pu alors se dispenser d'ajouter : « Ce serait une erreur de transformer le Conseil en une cour constitutionnelle ». La confusion est désormais impossible... sauf peut-être aux yeux de ceux de nos collègues qui s'obstineraient à confondre leurs rêves avec la réalité.

Tout cela n'est évidemment pas anodin. À utiliser les nominations au Conseil constitutionnel pour assurer à certains hommes politiques des fins de carrière prestigieuses, prime au ralliement comprise, on révèle jusqu'à la caricature l'incompatibilité absolue entre l'article 56 de la Constitution et une authentique justice constitutionnelle. Jusqu'à la caricature : on avoue avoir cru à une rumeur malveillante lorsqu'on commença d'évoquer dans les médias le trio Charasse, Barrot, Haenel, tant leur champ de compétences était étranger aux « droits et libertés que la Constitution garantit ». Il est grave que cette mise au point quant à la manière dont les plus hautes autorités de l'État perçoivent le Conseil constitutionnel intervienne précisément quelques jours avant l'entrée en vigueur de l'article 61-1. Aurait-on voulu prendre à contre-pied la réforme que l'on ne s'y serait guère pris autrement. Les récriminations de Figaro sont décidément toujours d'actualité au pays de Beaumarchais : « il fallait un calculateur, ce fut un danseur qui l'obtint » (*Le Mariage de Figaro*, V, 3). Si le « modèle français » en la matière existe, c'est en tant qu'il substitue les danseurs aux juges...

28. Mme Lenoir, nommée par le président de l'Assemblée nationale, indique ainsi que ce choix fut « fortement inspiré par le président de la République, François Mitterrand » (« 1992-2001 : souvenirs d'une femme au Conseil constitutionnel », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 25, 2008, p. 15.

29. *Le Monde*, 25 février 2010.

Car M. Charasse a beau avoir joué auprès de François Mitterrand le rôle de conseiller chargé « des questions constitutionnelles et électorales »³⁰, il apparaît avant tout comme bien introduit dans divers milieux, ce qui lui permet de jouer les intermédiaires utiles³¹, réputé pour ses talents comiques, d'un goût apparemment point toujours très relevé³², et rompu dans l'invention de solutions astucieuses destinées à sortir de situations de crise³³. Toutes ces qualités, et sa prédilection pour les solutions « à la hussarde », le désignaient-elles réellement pour siéger au sein d'un Conseil constitutionnel destiné à assurer la protection des libertés publiques ? Il est permis d'en douter. La carrière de Jacques Barrot, parlementaire, ministre, membre de la Commission européenne, celle de Hubert Haenel, certes magistrat et conseiller d'État, mais ayant eu fort peu d'occasions d'exercer effectivement des fonctions de caractère juridictionnel, ses fonctions politiques l'ayant accaparé, n'ont pas non plus de lien évident avec la mission désormais dévolue au Conseil, même compte tenu de la réputation de juriste attachée au second³⁴. La récente nomination de Mme Bazy-Malaurie, président de chambre à la Cour des comptes, n'est pas davantage accordée à ce que requiert la question prioritaire de constitutionnalité, sauf à confondre les finances publiques avec les libertés publiques – les premières, au demeurant, ne manquaient pas de bons connaisseurs parmi les membres en fonctions du Conseil.

30. Pierre Favier et Michel Martin-Roland, *La Décennie Mitterrand, t. 1 Les ruptures*, Seuil, 1990, p. 63.

31. Y compris auprès du Conseil constitutionnel dont il aurait approché des membres pour évaluer les risques d'une déclaration d'inconstitutionnalité de l'Acte unique (P. Favier et M. Martin-Roland, *La décennie Mitterrand, t. 2 Les épreuves*, Seuil, 1991, p. 556).

32. On lui attribue ainsi des propos extrêmement grossiers lors de la nomination à Matignon de Mme Cresson (P. Favier et M. Martin-Roland, *La décennie Mitterrand, t. 3 Les défis*, Seuil, 1996, p. 573).

33. Il aurait ainsi mis au point avec le président de la République l'idée d'un « référendum sur le référendum », c'est-à-dire du projet de révision de la Constitution destiné à permettre l'organisation d'un éventuel référendum sur l'école afin de dénouer la grave crise liée à la « loi Savary » (P. Favier et M. Martin-Roland, *La décennie Mitterrand, t. 2, op. cit.*, p. 144).

34. Le cas de M. Charasse et celui de M. Haenel conduisent à suggérer une étude sur le thème suivant : à quelles conditions un homme politique est-il labellisé « juriste » dans le milieu qui est le sien ? En toute hypothèse, l'écart qui sépare les fonctions législative et juridictionnelle devrait être pris en compte : voter, amender, voire rédiger des textes juridiques, ce n'est pas une activité de même nature que celle consistant à apprécier la conformité de ces textes à des normes de valeur supérieure. Notons aussi que Marcel Rudloff, qui présentait un profil à beaucoup d'égards comparable à celui de M. Haenel, exerçait pleinement, parallèlement à ses fonctions sénatoriales et d'élu local, la carrière d'avocat.

Une cour constitutionnelle est composée de juges

Ce truisme tient tout simplement à la nature de la tâche : confronter aux dispositions de la Constitution celles des lois « ordinaires », c'est juger³⁵, c'est-à-dire décider de l'existence ou non d'un rapport de conformité entre deux textes, sur le fondement d'une argumentation juridique que la motivation de la décision doit expliciter. On rougit de rappeler cette évidence que porter de tels jugements requiert un savoir technique, la maîtrise de méthodes argumentatives, une culture spécifique qui ne peuvent s'acquérir avec l'aisance voulue qu'au terme d'un apprentissage nécessairement assez long – il en va ici de même que pour toute branche de la connaissance humaine, de la médecine à la sociologie et de la théologie à l'astronomie. S'il est judicieux de compléter ce savoir, ces techniques et cette culture par des éclairages que donnent d'autres disciplines et pratiques, encore faut-il hiérarchiser les choses et ne pas confondre l'accessoire et le principal. Être un médecin cultivé est certes une qualité, mais c'est d'abord la maîtrise de la médecine que les patients attendent de l'intéressé. Autrement dit, les politiciens, les médecins ou les sociologues ne sont pas à exclure absolument de l'instance qui nous occupe, mais à condition de concevoir leur rôle comme auxiliaire par rapport à ce que le jargon contemporain aime à appeler le « cœur du métier », qui est juger. On accorde que la dimension politique du rôle du Conseil constitutionnel peut justifier que les politiciens puissent exprimer leur point de vue en son sein (telle est la solution retenue pour la Cour constitutionnelle belge, composée paritairément de politiques et de juristes), que la voix d'un sociologue peut s'y faire entendre légitimement pour, là aussi, faire percevoir certains enjeux, tandis que la présence, en dehors de l'examen, guère fréquent, des lois sur la bioéthique, d'un médecin n'est pas justifiée par la nature des litiges soumis à cette instance. Témoignant, dans un ouvrage remarquable³⁶, de ce qu'a été son expérience au sein du Conseil, Mme Dominique Schnapper, sociologue, directrice d'études à l'École des hautes études en sciences sociales, indique avoir dû travailler beaucoup pour acquérir la familiarité nécessaire avec les concepts utilisés dans l'exercice par le Conseil

35. Le livre de Léo Hamon consacré au Conseil constitutionnel s'intitule précisément *Les juges de la loi* (Fayard, 1987). V. aussi la définition de Michel Fromont : « la notion de justice constitutionnelle ne peut être qu'une notion matérielle : elle ne peut que désigner une activité ou, si l'on veut, une fonction exercée en la forme juridictionnelle par un organe indépendant ayant le caractère d'une juridiction » (*La justice constitutionnelle dans le monde*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 1996, p. 2).

36. L'utilisation abondante qu'on fera de ce livre tient non seulement à sa qualité, mais aussi au fait qu'il constitue un témoignage précieux, parce qu'extrêmement franc et complet, sur la pratique du Conseil constitutionnel, sous le signe de ce que son auteur appelle la « participation observante ».

de ses attributions³⁷. Tout en rendant hommage à ses éminentes qualités, on doute cependant qu'elle ait pu acquérir une aisance dans le maniement des instruments du travail juridictionnel comparable à celle dont pourrait se prévaloir un juriste, même non spécialisé auparavant dans le contentieux constitutionnel.

La spécificité de la tâche juridictionnelle qui incombe au Conseil constitutionnel est d'ailleurs telle qu'elle appelle de préférence la participation de juristes de droit public, parce que l'histoire juridique de la France sépare radicalement le droit qui a trait à l'État et à la puissance publique du droit privé et parce que la question des rapports entre norme supérieure et norme inférieure se pose plus fréquemment dans l'ordre du droit public, notamment dans le cadre du recours pour excès de pouvoir qui conduit les juridictions administratives à apprécier la légalité des actes administratifs. La question s'est posée dès l'entrée en fonction du Conseil constitutionnel, puisque son premier président, Léon Noël, relevait que l'institution « comptait, au début, à côté de quelques personnalités, qui ne songeaient point à se prévaloir d'une compétence quelconque en pareille matière, plusieurs juristes éprouvés, mais aucun n'était un spécialiste de droit public. Le président Patin, criminaliste réputé, n'était accoutumé ni au maniement des principes du droit public, ni aux procédés de rédaction en usage dans ce domaine. Le président Coty et l'ancien ministre Gilbert-Jules, tous deux anciens avocats, étaient des « civilistes ». Le Conseil d'État, sa jurisprudence et jusqu'à son langage éveillaient les susceptibilités de la plupart, au point qu'il convenait d'éviter de s'y référer. »³⁸ À l'époque où ces lignes furent écrites, rappelons-le, le Conseil n'avait pas encore le rôle qui est le sien aujourd'hui – pourtant rien n'a changé ou presque dans la manière dont s'effectuent les choix des membres qui le composent : la tâche juridictionnelle continue d'être tenue pour susceptible d'être exercée par n'importe qui, sans égard à son parcours professionnel antérieur, ce qui témoigne ou d'un mépris du droit ou d'une ignorance profonde de ce qu'il est (ou, peut-être, des deux à la fois).

37. Elle rapporte d'ailleurs que, témoin de son zèle, l'un de ses collègues lui lança : « Vous travaillez trop, cela vient tout seul » (*Une sociologue au Conseil constitutionnel, op. cit.*, p. 166).

38. Léon Noël, *De Gaulle et les débuts de la V^e République, op. cit.*, p. 36.

L'expérience des États autres que la France

Si l'on considère la composition des cours constitutionnelles que connaissent les États membres du Conseil de l'Europe³⁹, la singularité du cas français éclate. Tous les États connaissant une cour constitutionnelle, à l'exception partielle de la Belgique, exigent que l'intégralité de ses membres justifient d'une compétence juridique de haut niveau, à laquelle s'ajoutent parfois explicitement des conditions d'intégrité morale. Selon l'article 147 de la loi constitutionnelle fédérale autrichienne du 1^{er} octobre 1920, modifiée, tous les membres de la Cour constitutionnelle « doivent avoir terminé leurs études de droit et sciences politiques et avoir une expérience d'au moins dix ans dans une profession pour laquelle ces études sont requises », la moitié de la Cour devant être choisie « parmi les juges, les fonctionnaires de l'Administration et les professeurs d'université enseignant une discipline juridique ». L'article 3, § 2, de la loi allemande du 12 mars 1951 sur la Cour constitutionnelle fédérale dispose, quant à lui, que les juges « doivent posséder la capacité d'exercer une fonction dans la magistrature, conformément à la loi allemande sur le statut de la magistrature », c'est-à-dire, précise Christian Autexier⁴⁰, « avoir accompli des études juridiques complètes sanctionnées par le deuxième examen d'État, et satisfaire aux conditions d'éligibilité au Bundestag », l'auteur indiquant que ces exigences procèdent d'un « souci de la recherche de la qualité et de l'expérience juridiques des membres de la Cour »⁴¹. C'est le texte même de la Constitution de la République italienne du 27 décembre 1947 qui énonce, dans son article 135, que « Les juges de la Cour constitutionnelle sont choisis parmi les magistrats, même à la retraite, des juridictions supérieures ordinaires et administratives, les professeurs d'université titulaires de chaires de droit et les avocats ayant au moins vingt ans d'exercice. », tandis que l'article 159, § 2, de la Constitution du Royaume d'Espagne du 27 décembre 1978 indique : « Les membres du Tribunal constitutionnel devront être nommés parmi des magistrats et des procureurs, des professeurs d'université, des fonctionnaires publics et des avocats ; ils devront tous être des juristes aux compétences reconnues et exerçant leur profession depuis plus de quinze ans. » On pourrait continuer les citations : du Portugal⁴² à la Russie, en passant

39. Nous citons les textes à partir des sources suivantes, avec parfois de légères modifications de traduction : *Les Constitutions des États de l'Union européenne* par Constance Grewe et Henri Oberdorff, La Documentation française, 1999 et *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle. Édition spéciale. Textes de base*, 3 vol. édités par la Commission de Venise. Conseil de l'Europe.

40. *Introduction au droit public allemand*, PUF, coll. Droit fondamental, 1997, p. 74.

41. *Ibid.*

42. Outre l'article 224, § 2, de la Constitution du 2 avril 1976, v. l'article 13, § 1, de la loi sur l'organisation, le fonctionnement et la procédure du Tribunal constitutionnel : « Les citoyens

par la Croatie⁴³ ou la République tchèque, les mêmes exigences reviennent : à des diplômes juridiques de niveau suffisant ou à l'exercice de fonctions supposant la possession de tels diplômes doit s'ajouter une expérience, généralement assez longue, en matière juridique.

Des conditions d'âge ou de moralité peuvent s'y rajouter. C'est ainsi que l'article 8 de la loi constitutionnelle fédérale de 1994 sur la Cour constitutionnelle de la Fédération de Russie dispose que « Peut être nommé juge de la Cour constitutionnelle de la Fédération de Russie tout citoyen de la Fédération de Russie âgé d'au moins 40 ans à la date de sa nomination, de réputation irréprochable, diplômé d'études juridiques supérieures, ayant au moins 15 ans d'ancienneté dans une profession juridique et disposant d'une haute qualification reconnue dans le domaine du droit. »⁴⁴ L'article 5 de la loi hongroise de 1989 sur la Cour constitutionnelle, après avoir posé que « Les membres de la Cour constitutionnelle sont élus par le Parlement parmi d'éminents experts en sciences juridiques, des professeurs d'université ou des titulaires d'un doctorat en sciences politiques et en droit, ou des juristes ayant pratiqué le droit pendant au moins 20 années. Cette pratique doit avoir porté sur un domaine nécessitant l'obtention d'un diplôme en sciences politiques et en droit. », ajoute : « Ne peut être membre de la Cour constitutionnelle quiconque a été, au cours des quatre années précédant l'élection, membre du gouvernement, employé au service d'un parti ou agent d'une administration publique. » On relèvera qu'aucun des neuf présidents qu'a compté jusqu'à ce jour le Conseil constitutionnel français n'aurait pu devenir membre de la Cour hongroise, Robert Badinter et Roland Dumas, qui pouvaient justifier à la fois d'une formation adéquate et d'une expérience juridique suffisante, ayant exercé des responsabilités minis-

portugais qui ont la pleine jouissance de leurs droits civils et politiques et qui sont docteurs ou licenciés en droit ou juges des autres tribunaux peuvent être élus juges au Tribunal constitutionnel. ».

43. Article 122 de la Constitution de la République de Croatie du 22 décembre 1990 : les 11 juges de la Cour constitutionnelle « sont choisis parmi des juristes éminents, notamment des juges, des procureurs, des avocats et des professeurs de droit des universités ».

44. Cf. également l'article 147, § 3, de la Constitution de la République de Bulgarie du 12 juillet 1991 : « Sont élus juges à la Cour constitutionnelle des juristes ayant fait preuve de hautes qualités professionnelles et morales, ayant au moins 15 ans d'expérience dans une profession juridique. », l'article 103, al. 3, de la Constitution de la Lituanie du 25 octobre 1992 : « Peuvent être nommés juges à la Cour constitutionnelle les citoyens de la République de Lituanie dont la réputation est irréprochable, qui ont une formation juridique supérieure ainsi qu'une expérience d'au moins 10 ans dans une profession juridique ou une activité pédagogique et de recherche liée à leur compétence juridique. » ou l'article 84, § 3, de la Constitution de la République tchèque du 16 décembre 1992 : « Peut être nommé juge à la Cour constitutionnelle tout citoyen irréprochable, éligible au Sénat, qui a une formation juridique supérieure et a exercé pendant au moins 10 ans une profession juridique. »

térielles au moment de leur nomination ou peu auparavant⁴⁵. Parmi les trois membres nommés en 2010, dont il a été question plus haut, aucun ne répond aux conditions cumulées de formation et d'expérience qui ont cours dans la quasi-totalité des États membres du Conseil de l'Europe. L'isolement français sur ce point est, on le voit, particulièrement accusé.

Le choix des membres du Conseil constitutionnel et les règles du droit commun

Le silence des textes constitutionnels et organiques sur les conditions auxquelles doivent satisfaire, pour pouvoir être nommés, les membres du Conseil constitutionnel signifie-t-il qu'il est loisible aux trois présidents en charge de la décision de les choisir selon leur bon plaisir ? La réponse à cette question est certainement négative en droit, le problème étant cependant que l'effectivité du respect des règles générales applicables n'est pas assurée, le Conseil d'État s'étant déclaré incompétent, en application de la théorie des actes de gouvernement⁴⁶, pour connaître d'un recours pour excès de pouvoir dirigé contre la décision du président de la République nommant un membre du Conseil constitutionnel⁴⁷. L'absence de possibilité d'une sanction juridictionnelle de l'usage fait de sa compétence par une autorité ne signifie cependant nullement que cette compétence s'exerce sans être assujettie à des règles juridiques. La jurisprudence tant du Conseil d'État que du Conseil constitutionnel indique clairement quelles sont les règles applicables : le droit en vigueur dans la République française ne saurait permettre la nomination comme consul du cheval de Caligula, même s'il est regrettable qu'aucun juge (sous réserve de l'application, en cette hypothèse précise, de la théorie de l'inexistence) ne se considère comme compétent pour prononcer l'annulation de l'acte. Pour appliquer à notre matière une formule de Laferrière : « Le devoir juridique est certain, la sanction seule peut faire défaut ».

45. Gaston Palewski, Roger Frey et Daniel Mayer n'avaient aucun diplôme juridique. Léon Noël et Yves Guéna n'ont pas exercé longtemps leurs fonctions au sein du Conseil d'État, Pierre Mazeaud et Jean-Louis Debré ont été éloignés de leur carrière de magistrat par leurs fonctions électives et politiques.

46. Non sans une légère extension du champ de celle-ci : était en cause un acte de l'exécutif ayant trait aux « rapports d'ordre constitutionnel entre pouvoirs publics » (Fabien Raynaud et Pascale Fombeur, chr. de jurisprudence, *AJDA*, 1999, p. 418), alors qu'habituellement, il s'agit des seules relations entre l'exécutif et le législatif.

47. CE, Ass., 9 avril 1999, *Mme Ba*, *Rec.*, p. 124 : « il n'appartient pas à la juridiction administrative de connaître de la décision par laquelle le Président de la République nomme, en application de l'article 56 de la Constitution du 4 octobre 1958, un membre du Conseil constitutionnel ».

Aux termes de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, qui a valeur constitutionnelle, en vertu de la jurisprudence constante du Conseil constitutionnel, « Tous les citoyens, étant égaux à ses yeux [de la loi], sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents. » Ce principe fondamental s'applique à chaque fois qu'il est pourvu à une dignité ou à un emploi public. La capacité est le seul titre qui permet d'occuper de tels emplois et il appartient à l'autorité investie du pouvoir de nommer de l'exercer sur la seule considération des « vertus » et des « talents » des personnes en cause. Le caractère discrétionnaire du pouvoir de nomination, c'est-à-dire l'absence de toute précision posée par les textes quant aux conditions d'âge, de diplôme, de compétence, de moralité auxquelles il faut satisfaire ne saurait signifier un pouvoir arbitraire : il est possible de prendre en compte des éléments de nature politique, affective, ou autres, mais, en fin de compte, seuls des candidats ayant un certain niveau de compétence pour occuper le poste à pourvoir peuvent être choisis. Le droit n'exige pas que le meilleur soit choisi (seul le procédé du concours, par la comparaison qu'il permet entre les candidats relativement aux épreuves que tous subissent, est censé le garantir), mais il interdit du moins que de manifestement inaptes soient choisis (ce qui devrait permettre l'élimination des équivalents humains du cheval de Caligula⁴⁸).

Jamais le pouvoir discrétionnaire de nommer à un emploi public ne peut s'affranchir du respect de la règle interdisant de fonder les distinctions sur d'autres éléments que les vertus et les talents. Ceux-ci s'apprécient à la lumière des exigences propres à l'emploi auquel il s'agit de pourvoir. Le Conseil constitutionnel l'a réaffirmé avec force dans sa décision du 12 septembre 1984, loi relative à la limite d'âge dans la fonction publique. Aux parlementaires qui faisaient grief à la disposition autorisant de pourvoir au tiers des vacances d'emploi dans les corps d'inspection et de contrôle « par décret en conseil des ministres sans autre condition que d'âge » de méconnaître le principe d'égalité posé par l'article 6, le Conseil répond que « si l'article 8 de la loi réserve au gouvernement un large pouvoir d'appréciation pour la nomination d'inspecteurs généraux ou de contrôleurs généraux au tour extérieur⁴⁹, il ne lui permet pas de procéder à ces nominations en méconnaissant les dispositions de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen qui exige que le choix des candidats soit effectué en fonction des capacités nécessaires à l'exercice des attributions qui leur seront confiées ».

48. Comme on l'a vu, on n'accorde qu'une confiance limitée au système des auditions publiques par les commissions parlementaires dotées d'une faculté d'opposition à la majorité des trois cinquièmes pour procéder à ladite élimination.

49. C'est-à-dire autrement qu'en promouvant les membres du corps déjà en fonction.

Le Conseil d'État s'est ensuite appuyé sur cette décision pour exercer un contrôle sur les décisions de nomination. Compte tenu de la volonté du législateur de conférer au gouvernement un pouvoir largement discrétionnaire (l'absence de toute condition autre que d'âge l'indiquait on ne peut plus clairement), le Conseil d'État n'exerce qu'un contrôle restreint sur l'appréciation portée par l'auteur de la décision contestée. Mais il n'a pas hésité à censurer comme entachée d'une erreur manifeste d'appréciation la nomination comme membre de l'Inspection générale des bibliothèques d'une personne qui, « après avoir commencé sa carrière dans la marine marchande, a été responsable d'associations d'action sociale et a été nommé en 1983 délégué adjoint à la délégation interministérielle à l'insertion professionnelle et sociale des jeunes en difficulté ». L'arrêt relève « qu'il ne ressort pas des pièces du dossier qu'il ait possédé une expérience dans le domaine des bibliothèques et de l'information scientifique et technique ; que, par suite, eu égard aux caractères ci-dessus rappelés de l'inspection générale des bibliothèques, les auteurs du décret attaqué, en estimant que M. Sarazin avait les capacités requises pour être nommé dans ce corps, ont, quels que fussent par ailleurs les mérites de l'intéressé, commis une erreur manifeste d'appréciation »⁵⁰. L'analyse des fonctions dévolues à l'inspection générale des bibliothèques avait conduit le juge administratif à mettre l'accent sur ses faibles effectifs et sur la conséquence que chacun de ses membres « est nécessairement amené à assumer seul d'importantes fonctions de caractère technique et scientifique ». C'est précisément parce qu'il était manifestement inapte à s'en acquitter, au sein d'un ensemble trop restreint pour amortir les effets de ses insuffisances, que l'intéressé ne pouvait être nommé sans que soit méconnue l'exigence contenue dans l'article 6 de la Déclaration et qu'avait rappelée, à propos de la loi appliquée en l'espèce, le Conseil constitutionnel. Cette affaire montre bien qu'en la matière, le juge se détermine en utilisant un critère fonctionnel : la solution d'illégalité, notent deux commentateurs avertis de la décision, « se fonde avant tout sur la spécificité d'un corps déterminé »⁵¹.

Qu'en est-il alors des fonctions dévolues aux membres du Conseil constitutionnel ? On le sait, elles sont essentiellement aujourd'hui des fonctions juridictionnelles, particulièrement avec l'entrée en vigueur de l'article 61-1 de la Constitution. Or, l'exercice de fonctions juridictionnelles suppose des aptitudes particulières, comme le Conseil lui-même l'a rappelé lorsqu'il a eu à se prononcer sur des lois portant sur l'accès à de telles fonctions. C'est ainsi que dans sa décision du 19 juin 2001, loi organique relative au statut des magistrats

50. CE, Ass., 16 décembre 1988, *Bleton, Rec.*, p. 451, concl. Vigouroux. À comparer avec l'arrêt de rejet rendu le même jour dans une affaire *Association générale des administrateurs civils c/ Dupavillon, Rec.*, p. 450.

51. Michel Azibert et Martine de Boisdeffre, chr. sur les deux arrêts précités, *AJDA*, 1989, p. 104.

et au Conseil supérieur de la magistrature, il rappelle que dans l'exercice de sa compétence pour fixer le statut des magistrats de l'ordre judiciaire, le législateur organique doit se conformer au principe d'égal accès posé par l'article 6 de la Déclaration et précise « qu'il résulte de ces dispositions, s'agissant du recrutement des magistrats, en premier lieu qu'il ne doit être tenu compte que des capacités, des vertus et des talents ; en deuxième lieu que les capacités, vertus et talents ainsi pris en compte *doivent être en relation avec les fonctions de magistrats* » (nous soulignons). Appliquant ces règles à la création, par le texte sous examen, de nouvelles voies de recrutement de magistrats, la décision réaffirme que les règles édictées doivent notamment poser « des exigences précises quant à la capacité des intéressés », avant d'indiquer « qu'en l'espèce, dans la mesure où ni les diplômes obtenus par les candidats ni l'exercice professionnel antérieur des intéressés ne font présumer, dans tous les cas, la qualification juridique nécessaire à l'exercice des fonctions de magistrat de l'ordre judiciaire, les mesures réglementaires d'application de la loi devront prévoir des épreuves de concours de nature à permettre de vérifier les connaissances juridiques des intéressés ». Pour n'être pas des magistrats de l'ordre judiciaire, les membres du Conseil constitutionnel ne devraient-ils pas justifier d'une « qualification juridique nécessaire à l'exercice de leurs fonctions » ? La même décision ajoute encore, après avoir relevé que les magistrats ainsi recrutés seront susceptibles d'exercer les fonctions de conseiller de cour d'appel, « que, s'agissant de personnes n'ayant jamais exercé de fonctions juridictionnelles au premier degré de juridiction, le pouvoir réglementaire devra veiller à ce que soient strictement appréciées, outre la compétence juridique des intéressés, *leur aptitude à juger, afin de garantir (...) la qualité des décisions rendues*, l'égalité devant la justice et le bon fonctionnement du service public de la justice » (nous soulignons).

La décision du 20 février 2003, loi organique relative aux juges de proximité, renforce encore les exigences applicables à l'exercice de fonctions judiciaires, même modestes, puisqu'il s'agit d'attributions naguère réservées aux tribunaux d'instance ou de police. « Les connaissances juridiques constituent une condition nécessaire à l'exercice de fonctions judiciaires », commence par poser le Conseil – on a bien lu : « judiciaires » et non pas « juridictionnelles », mais ce dernier terme eût été plus exact... Il est, en conséquence, prescrit au Conseil supérieur de la magistrature de « s'assurer que les candidats dont la nomination est envisagée sont aptes à exercer les fonctions de juge de proximité ». Enfin, le Conseil exige que le législateur organique « précise lui-même 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 ». La décision indique ensuite « que l'exercice antérieur de « fonctions impliquant des responsabilités... dans le domaine... administratif, économique ou social » ne révèle pas par lui-même, quelles que soient les qualités professionnelles antérieures des intéressés, leur

aptitude à rendre la justice ; qu'en définissant de telles catégories de candidats aux fonctions de juge de proximité sans préciser le niveau de connaissances ou d'expérience juridiques auquel ils doivent répondre, le législateur organique a manifestement méconnu l'article 6 de la Déclaration de 1789 ». « Manifestement » : aux yeux du Conseil constitutionnel, la défaillance du législateur organique dans ses exigences relatives aux capacités des futurs juges de proximité à s'acquitter de leur tâche relève de l'erreur manifeste⁵². « Aux vertus qu'on exige dans un domestique, Votre Excellence connaît-elle beaucoup de maîtres qui fussent dignes d'être valets ? », interrogeait déjà Figaro⁵³...

À l'évidence, les conditions de nomination des membres du Conseil constitutionnel devraient s'aligner sur ces prescriptions, auxquelles l'article 56 de la Constitution ne peut être présumé avoir voulu déroger, tant est essentiel le respect du principe d'égalité, énoncé dès le premier article de notre Constitution.

Conséquences des déficiences actuelles

La réalité de sa composition fait que le Conseil constitutionnel ne comporte que peu de membres qui soient à même de participer activement à l'élaboration des décisions qu'il lui incombe de prendre. Comme il faut néanmoins que ces décisions soient rendues, la véritable capacité décisionnelle ne peut résider que dans quelques-uns seulement des membres du Conseil – ceux, minoritaires, qui possèdent effectivement les talents exigés par l'article 6 de la Déclaration, entendus comme on l'a vu. On veut bien concéder qu'un travail acharné, joint à des dons, puisse permettre la participation éclairée de membres dont on n'eût guère attendu, en raison de leur formation, qu'ils en soient capables – pour prendre un exemple ancien, tel semble avoir été le cas de Georges Pompidou, si l'on en juge par les éloges que lui adresse le président Noël⁵⁴ et par le compte-rendu, aujourd'hui publié, de délibérations du Conseil auxquelles il a participé. Il n'en reste pas moins que cette situation devrait rester l'exception. Dans l'ouvrage qui témoigne de son expérience au Conseil constitutionnel, Mme Dominique Schnapper distingue deux types de conseillers : les « politiques » et les « juristes »⁵⁵. Chacune de ces catégories n'est certes à entendre, elle le souligne, que comme un idéal-type, au sens de Max Weber. Mais on a peine à croire que la pratique de l'institution ne fasse pas apparaître, quant au contentieux

52. La proximité de cette motivation par rapport à celle, précitée, des arrêts d'Assemblée du Conseil d'État est nette.

53. Beaumarchais, *Le Barbier de Séville*, I, II.

54. *De Gaulle et les débuts de la V^e République*, *op. cit.*, p. 36 et s.

55. *Une sociologue au Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 155.

de la constitutionnalité des lois, l'omniprésence d'un tel clivage, qu'on a envie de caractériser comme opposant « professionnels » (du droit) et « amateurs ». Les descriptions du fonctionnement de l'institution que livre, par fragments, l'ouvrage de Mme Schnapper confirment d'ailleurs la pertinence générale de ce clivage (étant observé que le passage d'une catégorie à l'autre, au moins ponctuellement, n'est pas exclu) : les compromis dont procèdent les décisions ne sont-ils pas, d'abord, le fruit de la conciliation à opérer entre le point de vue juridique, qui est prioritairement celui des « juristes » du Conseil et du secrétaire général de celui-ci (on aura à revenir dans un instant sur son rôle), et le point de vue politique des autres membres ? Ce dernier est illustré par de nombreux traits, rapportés dans le livre, de ce conseiller des premiers temps de l'institution commençant son intervention par un « Oui à de Gaulle ! », assurément peu pertinent juridiquement⁵⁶, à la computation des déclarations d'inconstitutionnalité déjà prononcées au cours de la session parlementaire ou de l'année, afin de faire sentir que le Conseil a déjà épuisé on ne sait quel « quota »⁵⁷. Certes, tous les compromis sur lesquels repose l'adoption des décisions ne reconduisent pas ce clivage. Il en est de plus naïfs, comme le souci de ne pas faire de peine à tel rapporteur en le désavouant⁵⁸ ou celui de ne pas se désolidariser systématiquement de tel conseiller ami⁵⁹. Mais même en de telles occurrences, affleurent des considérations politiques : crainte ou désir de mettre telle ou telle majorité en situation difficile, constitution d'alliances au sein du Conseil, voire reconnaissance⁶⁰ – ou, au moins, égards – que l'on croit devoir à la tendance politique à laquelle on doit sa nomination⁶¹. Encore une

56. *Op. cit.*, p. 57. Ce cri du cœur émane pourtant d'un « juriste », Charles Le Coq de Kerland, avocat, de surcroît nommé, en 1959, par le président Monnerville (*Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 88). Le débat portait, le 23 avril 1961, sur la mise en œuvre de l'article 16 de la Constitution.

57. *Op. cit.*, p. 256.

58. *Op. cit.*, p. 276.

59. *Ibid.*

60. En parlant d'un « devoir d'ingratitude » des membres du Conseil à l'égard de celui qui les a nommés (D. Schnapper, *op. cit.*, p. 194), Robert Badinter (d'autres attribuent à Georges Vedel la paternité de la formule) soulignait bien la nécessité de résister à ce qui est inévitablement une tentation. Jean-Claude Colliard, quant à lui, fait valoir que le membre du Conseil qui voterait systématiquement dans un sens donné se déconsidérerait au regard de ses pairs (« Neuf ans de bonheur », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 25, 2008, p. 32). Cela laisse aux éventuels complaisants une marge de manœuvre conséquente, puisqu'il suffit d'éviter d'être systématique...

61. Au témoignage d'un collaborateur de M. Giscard d'Estaing, « Roger Frey était venu presque s'excuser d'avoir déclaré inconstitutionnelle la fouille des véhicules par la police » (Olivier Fouquet, cité in D. Schnapper, *op. cit.*, p. 217). Sous la présidence du général de Gaulle, la déférence des présidents Noël et Palewski envers le héros charismatique était infinie. Léon Noël faisait part

fois, si l'on peut comprendre que le Conseil ne puisse faire abstraction de la dimension politique que comporte nécessairement l'exercice du contrôle de la constitutionnalité des lois (le contrôle *a priori* de l'article 61 de la Constitution accroît d'ailleurs dangereusement cette dimension), on ne peut se satisfaire d'une situation dans laquelle cette dimension devient envahissante, faute d'être (de pouvoir être) bridée par une prise de conscience suffisante des dimensions proprement juridiques de l'affaire.

À ne comporter qu'une minorité de membres armés en vue de discussions juridiques – et d'une minorité plus restreinte encore capables de le faire sans être trop influencé par des considérations politiques – le Conseil est exposé à des risques multiples. Risque d'abord de produire des décisions juridiquement fragiles – notamment parce que les « juristes » n'auraient pas réussi à faire triompher leur point de vue face à l'opposition des « politiques » : Mme Schnapper montre bien la résistance des « politiques » face à l'invocation de la jurisprudence que doit respecter la décision à intervenir, qu'il s'agisse de la jurisprudence du Conseil constitutionnel ou de celle d'autres juridictions, le Conseil d'État en tête⁶². La jurisprudence est en effet un cadre dans lequel doit s'inscrire toute décision future, d'où des limites à la liberté de choix des membres du Conseil⁶³, parfois mal comprises par les conseillers au début de leur mandat, même s'ils n'appartiennent pas à la catégorie des « politiques »⁶⁴. Un autre facteur de fragilité peut tenir à l'absence d'un dialogue digne de ce nom au sein de l'institu-

au Conseil des souhaits du Général en usant d'une périphrase que les compte-rendus retracent ainsi : « Le président croit savoir que le chef de l'État juge indispensable de faire jouer l'article 16 en vue notamment de frapper sans délai les rebelles, ce que ne permettrait pas l'application de la législation en vigueur » (*Les grandes délibérations...*, *op. cit.*, p. 82).

62. Monique Pelletier s'étonne, dans son témoignage recueilli pour le 50^e anniversaire du Conseil, de « la révérence absolue » envers le Conseil d'État, ainsi que de « l'attachement du Conseil constitutionnel à sa propre jurisprudence » (« Quatre années trop courtes », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 25, 2008, p. 37).

63. Significative est ainsi la discussion, mentionnée par Mme Schnapper, entre le président Frey et Paul Coste-Floret, sur la portée juridique qu'il convient d'attacher au préambule de la Constitution : alors que le premier suggère que les dispositions du Préambule de 1946 et de la Déclaration de 1946 puissent se voir attribuer « une portée générale », mais pas « la valeur absolue de dispositions de droit positif », le second rétorque qu'il « ne peut suivre ce cheminement. Le Conseil a, selon lui, affirmé la valeur constitutionnelle du Préambule et ne peut y revenir » (*Les grandes délibérations...*, *op. cit.*, p. 281). Les décisions antérieures du Conseil réglèrent en effet la question, de sorte que la décision rendue sur la loi autorisant l'interruption volontaire de la grossesse n'a pu les contredire.

64. Non juriste, Mme Schnapper reconnaît avoir dû apprendre à ne présenter ses arguments qu'au filtre de la jurisprudence (*op. cit.*, p. 167). Du côté des politiques, c'est avec souvent beaucoup de réticence que se fait l'apprentissage de ces contraintes (v. les réactions rapportées par D. Schnapper, *op. cit.*, p. 165).

tion : hormis des raisons politiques insusceptibles de se traduire en une vision juridique cohérente, que peuvent utilement objecter les conseillers étrangers au monde du droit à une démonstration juridique convaincante, soutenue par une ou des personnalités fortes ? Robert Badinter, aux dires de Maurice Faure⁶⁵, emportait toujours la décision. Sa maîtrise du droit lui assurait certainement quelque avantage – renforcé, peut-on ajouter sans risque, par l'autorité de Georges Vedel et l'appui de Bruno Genevois, alors secrétaire général du Conseil constitutionnel.

Le secrétaire général, ce « dixième conseiller », comme on a pu l'appeler à l'époque où M. Giscard d'Estaing ne pouvait siéger en raison de son mandat de député, est, à l'évidence un personnage-clé de l'institution⁶⁶. Son rôle va probablement au-delà de celui que pourrait jouer un conseiller supplémentaire, même compétent, précisément parce qu'il reste dans l'ombre. Ce n'est pas céder à l'imagerie romantique d'un père Joseph exerçant la réalité d'un pouvoir formellement détenu par d'autres que de prendre acte de l'importance du secrétaire général⁶⁷ et du service juridique placé sous ses ordres. Le « pouvoir » qu'il exerce est celui inhérent à la détention d'un savoir que seule une minorité des conseillers maîtrise : le savoir juridique. Le témoignage de Mme Schnapper atteste l'importance, au quotidien, de son rôle : il assure la « socialisation » des nouveaux membres, c'est-à-dire qu'il les initie à la connaissance et, autant que faire se peut, au maniement de la jurisprudence existante⁶⁸ ; il assure la confection des dossiers remis à chaque membre du Conseil, qui rassemblent les éléments juridiques pertinents ainsi qu'un projet de décision, fruit des travaux du rapporteur, assisté par le secrétaire général, et des discussions informelles qui ont déjà eu lieu entre certains conseillers⁶⁹ ; il assure la transition institutionnelle au sein du Conseil, notamment lors des changements

65. Cité par D. Schnapper, *op. cit.*, p. 279.

66. Significativement, Alain Lancelot, ancien membre du Conseil constitutionnel, spécialiste de science politique, écrit que « Le sommet abrite au Conseil deux très fortes autorités, le président et le secrétaire général » (« Où il est question de bonheur au sommet de l'État », *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 25, 2008, p. 22).

67. Il n'est que de se référer aux témoignages des membres du Conseil constitutionnel : Georges Abadie le qualifie d'« indispensable » (« Satisfaction, non sans questions... », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 25, 2008, p. 11), Alain Lancelot de « maire du Palais » (article précité).

68. *Op. cit.*, p. 31.

69. *Op. cit.*, p. 131. Sur le rôle du secrétaire général, au fur et à mesure de l'avancement d'un dossier, v. aussi les intéressantes indications de Jean-Éric Schoettl, « Ma cinquantaine rue de Montpensier », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 25, 2008, p. 47.

de président⁷⁰ ; il a la haute main sur la communication du Conseil⁷¹. Tout cela, qui est déjà considérable, ne rend sans doute pas compte de l'essentiel, qui tient à ce que « dans la pratique, il est à la fois la mémoire, la conscience et la voix de l'institution »⁷², ce qui peut le conduire à peser de manière forte sur la décision à intervenir, dont il est hors de question qu'elle contredise de manière trop ostensible la jurisprudence antérieure. En dépit de la diversité des cas de figure que peuvent présenter les rapports entre président, rapporteur de la décision, autres membres du Conseil et secrétaire général, ce dernier possède un atout que les autres protagonistes n'ont pas nécessairement, on l'a vu : la compétence en matière juridique. Mme Schnapper écrit qu'il est « souvent plus qualifié que les conseillers », ce qui relève de la litote et conduit l'auteur à écrire, aussitôt après, que « quand la compétence juridique de ces derniers n'est pas très grande, il peut être le véritable auteur du rapport et de la décision »⁷³. Rappelons, une fois de plus, que le choix des membres du Conseil depuis 1959 conduit très souvent à la réalisation de cette hypothèse⁷⁴... Si l'on ajoute que « la première rédaction du projet de décision est élaborée lors d'une discussion de travail interne entre le secrétaire général et les membres du service juridique *avant même d'être discutée avec le rapporteur* »⁷⁵ (nous soulignons), on voit l'influence décisive que peut exercer le secrétaire général, dont seul un juriste à la fois compétent, déterminé et écouté par les autres membres du Conseil peut être en mesure de contester les positions. C'est si vrai qu'à travers le secrétaire général, c'est l'influence du Conseil d'État sur le Conseil constitutionnel que beaucoup discernent – depuis les débuts de l'institution, les fonctions de secrétaire général sont toujours revenues à un membre du Conseil d'État, à la seule exception de la période 1983-1986 où ce fut un magistrat de l'ordre judiciaire. Ainsi, en dépit de l'hostilité au droit public qu'entretenaient, au témoignage du président Léon Noël⁷⁶, la plupart des membres du premier Conseil ayant

70. *Op. cit.*, p. 282.

71. *Op. cit.*, p. 288.

72. *Op. cit.*, p. 285.

73. *Op. cit.*, p. 286.

74. On ne peut souscrire à l'affirmation de Simone Veil, qui parle de la « solide formation de juriste de la plupart des membres » du Conseil (« Mes années au Conseil constitutionnel », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 25, 2008, p. 30). Le recensement systématique effectué par Dominique Schnapper (*op. cit.*, p. 148 et s.) dément totalement cette assertion.

75. *Ibid.*

76. *De Gaulle et les débuts de la V^e République*, *op. cit.*, p. 36. L'auteur va jusqu'à écrire : « Le Conseil d'État, sa jurisprudence et jusqu'à son langage éveillaient la susceptibilité de la plupart, au point qu'il convenait d'éviter de s'y référer. » Lui-même membre du Conseil d'État (même s'il y exerça peu), Léon Noël dit avoir trouvé, pour s'opposer à ce courant hostile, le soutien de Pompidou,

quelques lumières en matière juridique, la forme et le style des décisions du Conseil constitutionnel furent d'emblée étroitement calqués sur le modèle des arrêts du Conseil d'État⁷⁷. Cette proximité entre les deux Conseils siégeant au Palais-Royal, de part et d'autre de la Comédie-Française, est d'abord due au fait que des membres du Conseil d'État fournissent une part essentielle du personnel du service juridique du Conseil constitutionnel, à commencer, on l'a vu, par son chef. Le mot ironique d'un vice-président du Conseil d'État décrivant le Conseil constitutionnel comme une simple annexe du Conseil d'État⁷⁸ n'est peut-être pas qu'une boutade, encore que la concurrence existant entre les deux institutions⁷⁹ indique bien que la plus récente a désormais acquis une certaine autonomie.

Et puis, il y a le jeu habituel des rapports qui se tissent au sein d'une institution (et à ses marges : Mme Schnapper rappelle que François Luchaire, professeur de droit public, membre influent du Conseil de 1965 à 1974, occupa les fonctions de « conseiller du président » jusqu'en 2007 et que Robert Badinter continua de consulter le doyen Vedel même après que celui-ci eut quitté le Conseil en 1989⁸⁰). Savoir et subtilité – ou, au contraire, déficiences et maladresse – des uns ou des autres, éloquence de tel conseiller, timidité de tel autre, habileté ou autoritarisme du secrétaire général jouent leur rôle. Œuvre humaine, une décision est, inévitablement, tissée de tels impondérables, que la théorie du droit, ni aucune autre d'ailleurs, ne peuvent (ni, d'ailleurs, ne prétendent) réduire en équations.

également membre du Conseil d'État.

77. *Une sociologue au Conseil d'État*, *op. cit.*, p. 135 et p. 310. La question est essentielle : la transposition de l'*imperatoria brevitatis* qui caractérisait les arrêts du Conseil d'État (c'est beaucoup moins vrai aujourd'hui) marquait la volonté de s'inscrire dans une tradition moins soucieuse d'éclairer les citoyens sur la motivation d'une décision de justice que de faire connaître à des sujets la décision du souverain (jusqu'en 1872, sous le système de la « justice retenue », le Conseil d'État se bornait, au moins en théorie, à proposer au chef de l'État la manière de résoudre un litige opposant un particulier à l'Administration). Le Conseil constitutionnel de de Gaulle emboîte ainsi le pas au Conseil d'État de Napoléon, la tradition autoritaire se perpétuant, alors même que le nouveau venu, le contentieux électoral mis à part, était confronté à des « litiges » très spécifiques. On relèvera que le Conseil constitutionnel est resté fidèle à ce modèle dans les décisions qu'il rend au titre de l'article 61-1 de la Constitution, entré en vigueur en 2010.

78. D. Schnapper, *op. cit.*, p. 209.

79. Dans son article « Le coup d'État de droit ? », *Le débat*, n° 100, 1998, p. 108, Olivier Cayla a bien montré les enjeux institutionnels qu'a comporté le célèbre arrêt *Nicolo*, par lequel le Conseil d'État a accepté d'écarter l'application des lois contraires à un traité, en application de l'article 55 de la Constitution.

80. *Op. cit.*, p. 292.

Et les membres de droit ?

À toutes les particularités qui marquent sa composition, le Conseil constitutionnel joint encore celle de comporter également des membres de droit : « En sus des neuf membres prévus ci-dessus, font de droit partie à vie du Conseil constitutionnel les anciens Présidents de la République. », énonce l'article 56, alinéa 2 de la Constitution. Conçue par de Gaulle comme devant assurer une retraite confortable aux anciens présidents, cette étrangeté n'a jamais été corrigée, en dépit de la recommandation faite par le Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la V^e République, présidé par M. Balladur. La proposition d'abrogation du second alinéa de l'article 56 de la Constitution était, selon le Comité, une conséquence logique de l'accroissement, par ailleurs proposé, du rôle juridictionnel du Conseil constitutionnel, avec l'introduction de la possibilité de faire censurer l'inconstitutionnalité d'une loi en vigueur. Cette dernière proposition a été retenue, mais pas celle concernant les membres de droit.

Pourtant, cette qualité conférée aux anciens présidents de la République présente des inconvénients graves, même abstraction faite de l'entrée en vigueur de l'article 61-1, qui ne fait qu'accentuer ce trait. Rappelons que les anciens présidents de la Quatrième République, pour lesquels la règle fut conçue, se devaient de ne pas jouer de rôle politique actif : ils étaient confinés dans des fonctions représentatives et d'arbitrage, qui ne soulevaient aucun problème par rapport à la qualité de membre du Conseil constitutionnel⁸¹. Tel n'est, à l'évidence, pas le cas des fonctions présidentielles sous la Cinquième République, qui mettent toujours le président au premier plan du jeu politique, avec cette conséquence que lorsqu'il est le pivot de la majorité parlementaire, il est le maître du processus législatif et que lorsque, par exception, il ne peut plus l'être (cohabitation), il est sinon le chef de l'opposition au gouvernement, du moins une force très active de celle-ci. À partir de là, il n'est plus véritablement en position de se prononcer impartialement sur la constitutionnalité des lois, même nouvelles. Pour s'en convaincre, il suffit d'imaginer les conséquences qu'eût entraînées la participation de M. Giscard d'Estaing à la décision du 16 janvier 1982 sur la loi de nationalisation. Même en l'absence d'une telle participation, la majorité de l'époque accusa le Conseil constitutionnel, qui avait jugé que les modalités d'indemnisation des actionnaires dépossédés prévues par la loi ne correspondaient pas à l'exigence d'une indemnité « juste » figurant à

81. L'accusation d'utiliser ses fonctions au sein du Conseil constitutionnel à des fins politiques formulée contre Vincent Auriol par le président Léon Noël (*op. cit.*, p. 118 et s.) se rapportait à son seul comportement au moment des faits. Selon l'auteur, Auriol, « n'avait pas renoncé à jouer un rôle politique et ne s'en cachait guère ». La formule n'a pas forcément perdu de son actualité...

l'article 17 de la Déclaration de 1789, de vouloir faire obstacle à la réalisation du programme approuvé par la majorité du corps électoral : si M. Giscard d'Estaing avait siégé, on n'eût pas manqué de l'accuser d'avoir cherché à se venger de sa défaite de 1981... Les anciens présidents de la République ne peuvent échapper à l'engagement politique qui leur a permis d'accéder à ces fonctions et qui a constamment marqué leur exercice. Les fonctions de sénateur à vie (telle est la solution adoptée par l'article 59 de la Constitution de la République italienne, avec faculté de renonciation donnée aux intéressés) seraient alors plus appropriées⁸² à ce qu'a été leur carrière, antérieurement à la cessation de leur(s) mandat(s) présidentiel(s). On peut ajouter que la participation des anciens présidents de la V^e République aux travaux du Conseil constitutionnel soulève la difficulté qu'ils siègent à côté de membres qu'ils ont eux-mêmes nommés, ce qui, lors des discussions et des votes, pourrait donner lieu à des situations étranges (entre le « qui t'a fait roi ? » et le « *tu quoque, mi fili !* »).

La pratique des anciens présidents a été très diverse : absence du Conseil (de Gaulle, Mitterrand), refus d'y siéger (Auriol, à partir de 1960, pour protester contre le refus par de Gaulle de convoquer le Parlement en session extraordinaire et celui du Conseil, qui n'avait pas compétence en la matière, de se saisir de la question, avec un retour pour participer à la décision du 6 novembre 1962 portant sur la loi référendaire relative à l'élection du président de la République au suffrage universel direct), impossibilité temporaire d'y siéger (Valéry Giscard d'Estaing, durant le temps où il détint des mandats électifs incompatibles avec l'exercice de ses fonctions au Conseil), participation laissée en suspens (aussitôt après son départ de l'Élysée, M. Giscard d'Estaing fit savoir qu'il ne viendrait siéger au Conseil que s'il estimait qu'était en cause une question essentielle, cas de figure dont il paraît avoir estimé qu'il ne s'est pas présenté), participation pure et simple aux travaux du Conseil (Vincent Auriol, jusqu'à l'incident de 1960, René Coty, Valéry Giscard d'Estaing après la cessation de ses mandats électifs, Jacques Chirac).

Quoi qu'il en soit, le statut des membres de droit au sein du Conseil revêt un fort particularisme : il est de règle qu'ils ne soient jamais désignés comme rapporteur⁸³ – solution qu'on ne peut qu'approuver, vu la difficulté et la technicité de la tâche – et ils ne semblent guère se signaler par une volonté de s'acquitter avec beaucoup de zèle de leurs fonctions⁸⁴. Si l'on voit bien le privilège que

82. Le rapport du Comité Balladur préconisait, quant à lui, de leur accorder une retraite, sans les astreindre désormais à un rôle juridictionnel.

83. D. Schnapper, *op. cit.*, p. 284.

84. M. Giscard d'Estaing est fréquemment absent de la liste des conseillers ayant participé à l'élaboration des décisions. L'attitude des anciens présidents de la République, écrit D. Schnapper (*op. cit.*, p. 125), « fut parfois désinvolte – venir épisodiquement, partir avant la fin du délibéré ».

constitue pour les anciens présidents l'appartenance au Conseil (continuer d'exercer des fonctions publiques prestigieuses, même après la fin de leur carrière politique), on a peine à discerner, en revanche, le profit que l'institution peut en retirer : peu de présidents de la République française peuvent se prévaloir d'une compétence quelconque en matière juridique⁸⁵, voire parfois, d'une aptitude à comprendre, même grossièrement, de quoi il est exactement question⁸⁶.

Une institution à remodeler

Le décalage du cas français par rapport aux règles applicables partout ailleurs en Europe devient difficile à soutenir⁸⁷ – on n'ose imaginer l'impression que retirent des rencontres avec certains membres du Conseil français les juges des cours constitutionnelles européennes. Certes, nous objectera-t-on, mais précisément, le Conseil constitutionnel n'est pas une cour et ne doit pas le devenir, parce que la tradition française, fondée sur la volonté du peuple souverain, exprimée lors d'élections, s'y oppose⁸⁸. Mais on ne peut vouloir une chose et son contraire : d'une part, prétendre que la France a rejoint le groupe des États connaissant une justice constitutionnelle et exalter l'État de droit à longueur de discours, d'autre part, se contenter d'une composition peu crédible et laisser le législateur ordinaire (c'est-à-dire en fait le gouvernement et la majorité parlementaire qui le soutient *perinde ac cadaver*, y compris en adoptant des textes dont elle est persuadée de la nocivité) juge du respect dû à la Constitution. Ou bien, on refuse tout contrôle de la constitutionnalité des lois, et on laisse les textes constitutionnels proclamant des droits et libertés rejoindre le cimetière des promesses oubliées tout au long de l'histoire de France, ou bien, on met en

85. L'exercice à temps très partiel de la profession d'avocat pouvant ici être tenu pour négligeable, seul Pompidou eût justifié, en tant que membre du Conseil d'État – pour un temps d'ailleurs bref – d'une qualification un tant soit peu sérieuse.

86. Interrogé lors de sa réception au Conseil constitutionnel par le président qu'il venait d'y nommer, M. Jean-Louis Debré, Jacques Chirac s'est avéré incapable de décrire, même en termes vagues, le rôle exact dévolu à l'institution où il s'apprêtait à siéger...

87. V. *contra* Pierre Mazeaud, « 2, rue de Montpensier – Un bilan », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 25, 2008, p. 27. Le mode de nomination, concède l'auteur, n'est « pas parfait », mais il ajoute aussitôt : « Mais je n'en imagine pas de meilleur. » ...

88. Adopté en première lecture au Sénat à l'occasion de la révision de 2008, l'amendement de M. Badinter tendant à substituer le nom de Cour constitutionnelle à celui de Conseil constitutionnel fut ensuite repoussé par le gouvernement et sa majorité (v. Robert Badinter, « Une longue marche – Du Conseil à la Cour constitutionnelle », *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 25, 2008, p. 6). Mais en réalité, c'est bien d'un *Conseil* qu'il continue de s'agir et il est illusoire de le fantasmer en cour constitutionnelle.

place un authentique contrôle de constitutionnalité des lois. Mais dans cette hypothèse, il faut réécrire entièrement l'article 56 de la Constitution, parce qu'on ne peut plus se contenter d'un système qui fait reposer le contrôle sur le hasard de deux ou trois choix judiciaires. Car ce n'est pas souvent que des noms comme ceux de François Luchaire, de Georges Vedel ou de Robert Badinter sortent du chapeau...

Le choix est alors entre l'alignement pur et simple sur le système partout pratiqué en Europe et l'adoption d'une solution qui ménage une représentation propre des intérêts politiques au sein d'une institution qu'il serait temps d'oser nommer (mais à juste titre, désormais) Cour constitutionnelle. Dans le premier cas de figure, on inscrit dans la Constitution ou la loi organique la double exigence d'une compétence et d'une expérience juridiques permettant de justifier d'un certain niveau : tous les membres de la cour constitutionnelle ont alors à justifier des qualités que l'on attend d'un *juge*. Dans le second, on renonce à imposer un tel niveau d'exigence à l'ensemble de l'institution et on fait la part du feu, c'est à savoir de la dimension politique que revêt inévitablement la justice constitutionnelle. On peut invoquer en ce sens la solution retenue en Belgique, où la Cour constitutionnelle (ex Cour d'arbitrage) comprend deux groupes de juges : ceux ayant « en Belgique et pendant au moins cinq ans, occupé la fonction : a) soit de conseiller, de procureur général, de premier avocat général ou d'avocat général à la Cour de cassation ; b) soit de conseiller d'État ou d'auditeur général, d'auditeur général adjoint ou de premier auditeur ou de premier référendaire au Conseil d'État ; c) soit de référendaire à la Cour constitutionnelle ; d) soit de professeur ordinaire, de professeur extraordinaire, de professeur ou de professeur associé de droit dans une université belge » et ceux ayant été « pendant cinq ans au moins, membre du Sénat, de la Chambre des représentants ou d'un parlement de communauté ou de région »⁸⁹. Une séparation hermétique est aménagée entre ces deux groupes, le système ayant l'intérêt tout à la fois de garantir la présence de juristes compétents et d'assurer la représentation en tant que telle du point de vue politique à ce niveau. La part faite au second élément peut être jugée excessive, mais elle pourrait être réduite à volonté si l'on décidait en France d'accorder aux parlementaires une place au sein de la nouvelle institution. On aura compris que l'adoption du modèle européen « pur », c'est-à-dire celui d'une cour constitutionnelle exclusivement composée de juristes compétents nous paraît de loin préférable : une solution « à la belge » serait plutôt une solution de compromis, un pis-aller par rapport au maintien du *statu quo*.

89. Article 34 de la loi spéciale du 6 juin 1989 sur la Cour constitutionnelle, modifiée.

Celui-ci ne manquera pas de poser rapidement toute une série de problèmes épineux. Outre qu'il rend des décisions d'une qualité très inégale⁹⁰, le Conseil constitutionnel risque fort d'être confronté rapidement aux faiblesses de sa composition dans le cadre des compétences qu'il exerce au titre de l'article 61-1 de la Constitution. Avec en son sein un grand nombre d'hommes politiques que leur carrière a conduit à s'impliquer non seulement dans le jeu politique, mais dans le processus législatif, le Conseil sera inéluctablement conduit à devoir rendre des comptes du point de vue de l'impartialité qui doit être la sienne en tant que juge. L'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme énonce qu'en matière civile et en matière pénale, toute personne a le droit d'être jugée par un tribunal indépendant et impartial établi par la loi. Or, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme adopte une conception large du champ d'application de cette disposition. À chaque fois que l'enjeu d'un procès est déterminant pour des droits ou des obligations de caractère civil ou qu'est en cause une répression pénale, les exigences de l'article 6 trouvent à jouer. Il en résulte que la phase d'un procès ayant un tel enjeu qui se déroule devant une juridiction constitutionnelle est pleinement assujettie aux normes posées par l'article 6 (arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme du 23 juin 1993, *Ruiz-Mateos c. Espagne* et du 16 septembre 1996, *Süssmann c. Allemagne*), dans la mesure où l'issue de l'instance au principal est conditionnée par la réponse donnée par cette juridiction aux questions qui lui ont été renvoyées. Les exigences d'indépendance et d'impartialité doivent, en conséquence, être satisfaites dans toutes les hypothèses où la question prioritaire de constitutionnalité aura été posée au cours d'une instance ayant un caractère civil ou pénal, au sens où la Cour de Strasbourg entend ces notions⁹¹.

L'indépendance des membres du Conseil constitutionnel français ne paraît pas douteuse, à quelques détails près⁹², dans la mesure surtout où, une fois

90. Variations ou flottements de jurisprudence, obscurité de décisions mal ou insuffisamment motivées, voire incorrections ne sont pas rares dans les décisions du Conseil constitutionnel, qui, depuis plus de dix ans maintenant, peine à jouer son rôle de gardien des libertés publiques. V. Patrick Wachsmann, « Des chameaux et des moustiques. Réflexions critiques sur le Conseil constitutionnel », in *Frontières du droit, critique des droits. Billets d'humeur en l'honneur de Danièle Lochak*, LGDJ, Droit et société, 2007, p. 279. Quelques décisions récentes ont encore accru le malaise à cet égard (v. Patrick Wachsmann, « La séparation des pouvoirs contre les libertés ? », tribune sur la décision du 3 mars 2009 à propos de la réforme de l'audiovisuel public, *AJDA*, 2009, p. 617 et « Dignes, mais pauvres en droit(s) », tribune sur la décision du 19 novembre 2009 relative à la loi pénitentiaire, *AJDA*, 2009, p. 2425).

91. V. notamment sur cette question Frédéric Sudre, « Question préjudicielle de constitutionnalité et Convention européenne des droits de l'homme », *Revue du droit public*, 2009, p. 671.

92. On peut ainsi déplorer la pratique de nominations ou de promotions de membres du Conseil dans l'Ordre de la Légion d'honneur ou du Mérite durant l'exercice de leurs fonctions.

nommés, ils ne peuvent être démis de leurs fonctions que dans les cas déterminés par la loi organique sur le Conseil constitutionnel⁹³ (exercice d'une activité ou acceptation d'une fonction ou d'un mandat électif incompatible avec la qualité de membre du Conseil, absence de jouissance des droits civils et politiques, empêchement définitif d'exercer ses fonctions du fait d'une incapacité physique permanente) et ce, par décision du Conseil constitutionnel lui-même. On notera que ces dispositions, dont l'interprétation restrictive s'impose, rendent impossible le départ forcé d'un membre qui manquerait, même gravement, aux autres devoirs qui s'imposent à lui⁹⁴, ou dont l'incapacité serait due à une dégradation de son état mental. D'autre part, et par hypothèse, les membres de droit ne peuvent être ainsi sanctionnés par le Conseil⁹⁵, quelle que soit la gravité des manquements dont ils se rendraient coupables. La possibilité d'une démission, prévue à l'article 9 de l'ordonnance de 1958, permet en pratique de résoudre les problèmes les plus délicats, comme l'a montré le cas de Roland Dumas, mis en examen, qui finit par démissionner, sur pression, dit-on, de la majorité des membres du Conseil, inquiets des risques courus par l'institution, mal protégée des assauts des médias par la seule invocation de la présomption d'innocence. On relèvera que, dans un premier temps, Roland Dumas décida de se mettre en congé du Conseil, expédient que les textes ne prévoient pas et qui exposa dangereusement l'image du Conseil, dans la mesure où il comptait à l'époque, en dehors de son président, quatre membres désignés par la droite et

« Cette éventualité devrait être repoussée, afin de dissiper tout jugement de valeur du pouvoir politique. L'État de droit commande l'humilité. », notent Pierre Avril et Jean Gicquel (*Le Conseil constitutionnel*, Montchrestien, Clefs, 5^e éd. 2005, p. 80).

93. Ordonnance du 7 novembre 1958, modifiée. La garantie conférée par l'intervention d'une loi organique est importante, dans la mesure où ces lois ne peuvent être modifiées que par une autre loi organique, lesquelles sont obligatoirement soumises au Conseil constitutionnel avant leur promulgation.

94. Par exemple, manquement aux obligations destinées à « garantir l'indépendance et la dignité de leurs fonctions » (article 7 de l'ordonnance organique précitée). Il est, à ce titre, interdit aux membres du Conseil, pendant la durée de leurs fonctions, « de prendre aucune position, publique sur les questions ayant fait, ou susceptibles de faire, l'objet de décisions de la part du Conseil, ou de consulter sur les mêmes questions ». Marcel Waline avait, en conséquence, limité son enseignement à des matières techniques, dont il pouvait penser qu'elles ne donneraient pas lieu à une décision du Conseil. Georges Vedel s'était associé un co-auteur, afin que les opinions émises dans son manuel de droit administratif ne puissent lui être imputées avec certitude. D'autres membres du Conseil n'auraient pas une attitude aussi scrupuleuse.

95. Après les critiques publiques faites par Vincent Auriol, de Gaulle « songea, quelque temps, à ne pas laisser son incartade sans riposte » (Léon Noël, *op. cit.*, p. 125), mais y renonça finalement, en raison de la qualité de membre de droit qui était celle d'Auriol. Celui-ci ne fut toutefois plus convoqué aux séances du Conseil...

quatre membres désignés par la gauche et où il fut rendu public qu'il n'avait pu rendre des décisions attendues en matière électorale, en raison de l'impossibilité de dégager une majorité en son sein : c'était suggérer, de manière très fâcheuse, que les votes se décidaient en fonction des désignations partisans, ce qu'il eût fallu éviter à tout prix. Cette pratique discutable de la mise en congé temporaire fut aussi appliquée lorsque Simone Veil souhaita s'engager en faveur du « oui », lors de la campagne référendaire portant sur l'approbation du traité établissant une constitution pour l'Europe, et ce, pour la durée de ladite campagne. Un tel accommodement est peu conciliable avec l'image rigoureuse que devrait donner de lui le Conseil constitutionnel⁹⁶, ce qui confirme le bien-fondé de la remarque, faite par Mme Schnapper, du faible degré d'institutionnalisation qui est celui du Conseil⁹⁷. Mais en dépit de ces incidents, l'indépendance est assurée par la nécessité, sauf démission, d'une décision du Conseil lui-même pour qu'un de ses membres soit contraint d'abandonner ses fonctions avant leur terme normal, ainsi que par le caractère non renouvelable de fonctions dont la durée est par ailleurs suffisamment longue, qui constitue un puissant rempart contre la tentation de faire preuve de complaisance.

L'impartialité, quant à elle, contraint chaque juge à se prononcer sur les affaires qui lui sont soumises en faisant abstraction de ses préjugés. Selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, cette notion se dédouble : dans sa dimension subjective, elle conduit à s'interroger sur ce que pensait chaque juge, quête vaine, l'impartialité se présument, en l'absence de maladresse révélant les défaillances de l'intéressé ; dans sa dimension objective, elle s'emploie à préserver, autant que faire se peut, la confiance que les justiciables et le public doivent avoir dans les tribunaux. À ce dernier titre, joue la fameuse « théorie des apparences » : la Cour de Strasbourg se réfère en l'espèce à l'adage anglais prescrivant que la justice doit non seulement être rendue, mais encore l'être avec évidence (« *justice must not only to be done : it must also be seen to be done* »). Dans cette logique, la participation d'un juge à la décision, alors qu'il a antérieurement fait connaître sa position sur la question en discussion méconnaît l'exigence d'impartialité⁹⁸, la difficulté étant de décider

96. V. Olivier Jouanjan, « Le Conseil constitutionnel est-il une institution libérale ? », *Droits*, n° 43, 2006, p. 73. L'auteur montre bien qu'une institution publique se doit d'être rigoureuse à l'égard de ses membres.

97. *Op. cit.*, p. 183 : « Les conseillers ne forment pas un corps, ils ne s'identifient pas à un corps ».

98. Il en résulte que l'arrêt de la Cour européenne, *Pabla Ky c. Finlande* du 22 juin 2004, qui décide que ne contrevient pas à l'exigence d'impartialité le fait qu'un membre de la cour d'appel qui avait statué sur l'affaire était également membre du Parlement, est totalement dénué de pertinence. La Cour refuse de se laisser guider par une conception abstraite de la séparation des pouvoirs et rappelle que le cumul de fonctions ne pose problème au regard de l'article 6 que s'il

de l'existence d'une véritable identité entre les questions sur lesquelles il se sera successivement prononcé.

S'agissant du contrôle de la constitutionnalité des lois en vigueur, selon l'article 61-1 de la Constitution, la présence majoritaire de personnalités politiques au sein du Conseil constitutionnel pose de graves problèmes du point de vue de l'impartialité. On dira que voter la loi ou contribuer à son élaboration, ce n'est pas en apprécier la conformité à la Constitution. Mais il s'agit là d'un point de vue très superficiel : la supériorité de la Constitution n'impose-t-elle pas, au contraire, à toute personne investie d'un mandat public de s'assurer que chacun de ses actes se conforme bien à la norme suprême de l'État ? « La loi votée (...) n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution », énonce la décision du Conseil constitutionnel du 23 août 1985, loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie : ceux qui sont chargés d'exprimer la volonté générale ne peuvent ainsi faire abstraction des prescriptions de la Constitution, qui conditionnent leur aptitude même à l'exprimer. Voter en faveur de l'adoption d'une loi, c'est alors nécessairement penser qu'elle ne contrevient pas à la Constitution – *a fortiori* à celles des dispositions de la Constitution portant sur les droits et libertés, puisque la compétence législative en la matière se justifie par l'idée que les représentants du peuple sont les meilleurs gardiens des libertés des citoyens. Un doute peut subsister si un député ou un sénateur vote contre l'adoption d'une loi, puisqu'il est normalement impossible⁹⁹ de savoir s'il l'a fait parce qu'il estimait le texte inconstitutionnel ou pour des motifs d'opportunité, ou pour l'une et l'autre de ces raisons. De même, lorsqu'un projet ou une proposition de loi est envoyé pour examen en commission – et la chose est encore plus nette lorsque c'est la commission des lois qui est saisie –, il appartient aux membres de cette commission, et à plus forte raison à son président et au rapporteur, de porter une attention particulière à la conformité du texte à la Constitution.

Quant au président de la République, chargé par l'article 5 de veiller au respect de la Constitution et doté, à cette fin, du pouvoir de saisir le Conseil constitutionnel avant la promulgation de la loi, il porte nécessairement une appréciation sur la constitutionnalité des lois avant de procéder à cette promulgation, à moins que, déjà saisi, le Conseil constitutionnel n'ait expressément tranché la question pour l'intégralité des dispositions en cause. Lorsque viendra devant le Conseil constitutionnel une question portant sur la constitutionnalité

a porté sur la même affaire ou la même question. À l'inverse de ce qui se passe lorsque se trouve en cause la constitutionnalité de la loi, il n'y avait, dans l'affaire *Pabla Ky*, aucune interférence alléguée entre ce dont ses fonctions parlementaires avaient conduit le conseiller à connaître et ses fonctions juridictionnelles.

99. Sauf dans l'hypothèse où le vote a porté sur l'exception d'irrecevabilité soulevée à l'encontre du texte.

d'une loi promulguée alors qu'il était président de la République, le membre de droit concerné devra donc normalement s'abstenir de siéger. De même, les acteurs de la procédure législative qui a conduit à l'adoption du texte devront-ils être réputés avoir considéré le texte comme conforme à la Constitution, sauf s'ils se sont exprimés en sens contraire, ce qui leur interdit aussi de siéger...

La présence de politiques au sein du Conseil doit alors entraîner de nombreux déports et expose, dans le cas contraire, à des demandes de récusation qui devront être accueillies favorablement, si l'on désire échapper à une condamnation pour violation de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, qui serait fort humiliante pour le « modèle français » de justice constitutionnelle... Il est fâcheux que la décision du Conseil constitutionnel du 4 février 2010 portant règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité indique, au dernier alinéa de son article 4, que « Le seul fait qu'un membre du Conseil constitutionnel a participé à l'élaboration de la disposition législative faisant l'objet de la question de constitutionnalité ne constitue pas en lui-même une cause de récusation. » On sent ici que le bât blesse, que le Conseil a perçu les difficultés auxquelles l'exposait le caractère très politique de sa composition et qu'il a voulu y parer. Mais la tentative est bien maladroite, sent son retour du refoulé et méconnaît les implications, notamment européennes, de l'exigence d'impartialité¹⁰⁰, sauf à dire que les hommes politiques sont en droit de ne pas se soucier du respect de la Constitution.

Il est grand temps de transformer le « club distingué » dont parle Mme Schnapper¹⁰¹ en une Cour constitutionnelle. Il serait en effet humiliant de devoir le faire après un arrêt de condamnation rendu contre la France par la Cour européenne des droits de l'homme.

Patrick Wachsmann

Patrick Wachsmann est Professeur de droit public à l'Université de Strasbourg, directeur adjoint de l'Institut de recherches Carré de Malberg. Il est l'auteur, notamment, d'un manuel de *Libertés publiques* (Cours Dalloz, 6^e éd. en 2009).

100. La difficulté n'épargne pas les universitaires membres du Conseil. S'ils ont soutenu, avec force arguments, qu'un texte législatif est conforme à la Constitution ou, au contraire, la méconnaît, ils devraient pareillement se déporter lorsque la question sera posée.

101. *Op. cit.*, p. 46.