

# CONSEIL CONSTITUTIONNEL : POUR DES NOMINATIONS PLUS EQUILIBREES

Pascal Jan

Professeur à l'Institut d'Etudes Politiques de Bordeaux

Le 24 février 2010

## Synthèse

*Les nominations de Michel Charasse (sénateur) par le président de la République, de Jacques Barrot (ancien commissaire européen) par le président de l'Assemblée nationale et d'Hubert Haenel (sénateur) par le président du Sénat ouvrent de nouveau la question de la politisation du Conseil constitutionnel et des équilibres politiques au sein de cette institution dont la mission première est de protéger les droits et libertés constitutionnels des citoyens. L'absence répétée d'experts juridiques de formation et de profession, comme la non désignation d'une femme, est de nature à suspecter le Conseil constitutionnel de partialité dans ses jugements futurs. La présence d'un seul juge connu pour son engagement socialiste conduit à dénoncer le rapport de force au sein du Conseil entre représentants de la majorité et représentants de l'opposition. Même si le cliché est un peu grossier compte tenu des contraintes propres aux juges et aux conditions de fonctionnement de la juridiction constitutionnelle, c'est une réalité qu'il demeure bien difficile de nier. Le symbole l'emporte souvent sur l'appréciation objective, laquelle demande toujours une démonstration et une argumentation infaillibles pour emporter le jugement d'autrui. Raison supplémentaire pour ne pas négliger le symbole et faire en sorte qu'il corresponde à la réalité du fonctionnement d'une institution qui a acquis ses lettres de noblesse particulièrement sous la présidence de Robert Badinter (1986-1995).*

*Les conditions de nomination des « Sages » du Conseil constitutionnel sont certes plus transparentes depuis la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 (article 13C précisé par une loi organique ; art. 56C). Bien que la loi organique soit encore en discussion, les plus hautes autorités de l'Etat ont accepté que leurs propositions soient discutées par les commissions permanentes compétentes de chacune des deux assemblées. Cette avancée significative n'est pourtant pas décisive. La Constitution soumet en effet le rejet de ces propositions de nomination à l'addition des votes négatifs dans chaque commission représentant au moins trois cinquièmes des suffrages exprimés au sein des deux commissions. En clair, et compte tenu du fait majoritaire, cette majorité négative est telle qu'elle ne sera jamais atteinte. Surtout, cette procédure en apparence respectueuse d'une certaine transparence n'offre en rien une garantie contre le procès de politisation*

*du Conseil constitutionnel. Il eut fallu inverser la règle et valider les propositions de nomination à l'obtention d'une majorité des trois cinquièmes au sein des deux commissions parlementaires compétentes. Le compromis, le respect du pluralisme des courants et des opinions politiques, le choix de personnalités consensuelles en auraient été les conséquences naturelles. Mais même cette évolution, plus que souhaitable, ne saurait à elle seule faire du Conseil constitutionnel une institution à l'abri des mauvaises critiques.*

Note  
intégrale

La nomination de trois nouveaux membres du Conseil constitutionnel (MM. HAENEL, CHARASSE et BARROT) soulève, de nouveau, la question de la politisation de l'institution gardienne des droits et libertés constitutionnels. Le débat est ancien et récurrent. Même si, au-delà des apparences, il importe de lisser les critiques les plus virulentes, les quelques « progrès » enregistrés avec la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, précisée par la prochaine loi organique prise en application de l'article 13, alinéa 5 de la Constitution, restent très insuffisants pour légitimer complètement l'institution gardienne de la Constitution.

## **1 – REFORMER LES MODALITES DE NOMINATION DES JUGES CONSTITUTIONNELS**

Lorsqu'une décision du Conseil constitutionnel tranche une question importante de droit soulevée par un texte législatif à signification politique très marquée, on entend ici et là fuser les critiques contre cette institution composée de membres dépourvus de légitimité démocratique, les critiques s'intensifiant à l'approche de rendez-vous électoraux et à l'occasion des invalidations concernant des aspects majeurs d'un programme législatif de l'exécutif. Ou au contraire, les reproches s'accumulent lorsque les saisissants n'obtiennent pas satisfaction dans leur requête en vue de remporter sur le plan juridique ce qu'ils n'ont pu obtenir sur le terrain politique. Bref, le Conseil est toujours au cœur de mécontentements. Il est toujours suspect de partialité. L'étonnement de l'exécutif à propos de la censure de la « taxe carbone » lors de l'examen du projet de loi de finances pour 2010 et les critiques sévères qui s'en sont suivies comme celles adressées au juge sur la validation de la suppression de la taxe professionnelle témoignent de cet état de fait.

Désignés de façon « arbitraire » par les plus hautes autorités de l'Etat, à savoir le président de la République, le président de l'assemblée nationale et le président du Sénat, jusqu'à l'intervention de la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 qui prévoit l'audition des candidats par des commissions parlementaires (art. 56 C) l'argument à ce mérite –au moins aux yeux et aux dires de certains – d'être aisément assimilé par l'opinion publique. N'est-il pas compréhensible qu'une majorité de conseillers constitutionnels nommés par une majorité de droite (ou de gauche) fasse barrage aux textes législatifs les plus ambitieux d'un gouvernement de gauche (ou de droite) ou, au contraire, valide les principales avancées législatives d'une majorité à laquelle les conseillers ont appartenu ou sont réputés proches ? Ces modalités de nomination, même timidement amendées en 2008, traduisent aussi une certaine conception de l'institution.

Or le Conseil constitutionnel, juge de la loi promulguée et non promulguée, présente depuis de nombreuses années un visage très différent de celui pensé en 1958. Désormais, et pour s'en tenir à l'essentiel, il participe à la promotion des droits fondamentaux au sein de notre ordre juridique ; les

parlementaires de l'opposition sont devenus, depuis la réforme constitutionnelle du 29 octobre 1974, ses principaux partenaires ; son activité n'a cessé de croître révélant la rusticité de son fonctionnement qui présente des avantages dans le contrôle préventif de la loi mais sur lequel on peut sérieusement s'interroger dans le cadre du contrôle a posteriori de la loi (QPC). Comment ainsi ne pas admettre la contradiction en audience sur la loi non promulguée entre un ou plusieurs représentants de la saisine parlementaire et le représentant du secrétariat général du Gouvernement ? A charge bien sûr pour les parlementaires de s'en saisir et d'utiliser la faculté qui leur serait ainsi offerte à bon escient et non dans l'esprit de gêner le rapporteur dans son travail d'instruction.

Il est certain que la nomination des membres du Conseil constitutionnel, comme pour les autres juges constitutionnels de par le monde, peut rester le monopole des autorités élues sous le regard des parlementaires. Néanmoins, l'instauration de la question prioritaire de constitutionnalité milite en faveur d'une augmentation du nombre de juges constitutionnels, la création d'assistants constitutionnels, la suppression des membres de droit (anciens présidents de la République) et surtout l'exigence d'une compétence juridique et une limite d'âge.

La "compétence juridique" ne signifie pas nécessairement que les membres doivent être issus de la profession d'avocat ou du corps des professeurs d'Université. Le membre nommé peut fort bien avoir acquis une expérience d'expertise juridique dans sa vie professionnelle. Il revient aux parlementaires qui auditionnent les impétrants de les questionner sur leur opinion de telle ou telle jurisprudence, sur les évolutions souhaitables tant de la jurisprudence que du déroulement du procès constitutionnel. A cet égard, la nomination de parlementaires (comme M. Charasse) chevronnés sur les questions juridiques illustre bien le propos.

Surtout, il conviendrait que les nominations soient approuvées par les commissions parlementaires à une majorité qualifiée dans chacune des deux chambres. Inverser la règle des 3/5ème en vote d'approbation et non de rejet. Cela change toute la donne. Un compromis se dégagerait nécessairement et la majorité parlementaire ne pourrait à elle seule ratifier une proposition de nomination sans l'appui - au moins passif - d'une partie des forces de l'opposition parlementaire qui pourraient, par exemple, exiger la désignation d'une femme pour donner un contenu au principe de la parité (aucune femme nommée en 2010).

Ce n'est qu'à cette condition que les nominations cesseront d'être suspectées de biais partisan. Le Conseil constitutionnel ne s'en portera que mieux. Sa jurisprudence en sortira renforcée dans son autorité. A l'heure où les justiciables ont accès au prétoire du juge constitutionnel, cette évolution est indispensable. Elle est primordiale. A la différence de la procédure instaurée par la révision de 2008, on peut donc penser raisonnablement que cette nouvelle modalité conduirait à une nomination empreinte de modération. Evidemment, l'approbation à une majorité qualifiée d'une personnalité compétente aurait aussi pour effet de renforcer son autorité au sein même du Conseil, vis-à-vis des autres membres et du secrétaire général dont on a pu dire qu'il était le 10ème membre nommé. Ce n'est qu'à ces conditions que la juridiction constitutionnelle française retrouvera le chemin de la sérénité et évitera les critiques de partialité qui s'alimentent, il faut bien le reconnaître, d'une certaine opacité de la procédure, d'un manque de transparence. Le contrôle répressif de la loi va marquer une

évolution sur ce point mais le véritable changement interviendra avec l'admission des opinions séparées des juges.

## **2 – LES LIMITES DE LA CRITIQUE**

La critique est légitime eu égard aux conditions imparfaites de nomination et de fonctionnement du Conseil constitutionnel. Elle ne saurait, pour autant, entraîner la condamnation irréversible de l'institution. Chaque juge constitutionnel a des opinions sur la société, l'Etat, l'homme. Ses convictions profondes ne peuvent pas ne pas trouver une traduction juridique. La norme est nécessairement interprétée. L'interprétation est multiple même si notre système juridique feint de l'ignorer en rejetant les opinions séparées des jugées.

A cet égard, le regard en dehors de nos frontières sur les juges supérieurs étrangers spécialisés dans le contrôle du respect de l'ordre constitutionnel apporte d'utiles éléments d'appréciation de notre propre système. Les tribunaux constitutionnels sont composés d'hommes et de femmes désignés ou élus en totalité ou très largement par des autorités politiques. Toute nomination est politique en la matière. Aux Etats-Unis, les juges de la Cour Suprême sont nommés par le Président après avis mais avec le consentement du Sénat, lequel organise des auditions publiques (hearings) au cours desquelles les postulants choisis par le chef de l'exécutif sont tenus de répondre à une batterie de questions permettant de mieux cerner leur personnalité, leurs motivations, leur conception des droits constitutionnels et leurs opinions sur les grands problèmes de la société. Cette procédure n'empêche pas la nomination de magistrats partageant les orientations politiques du chef de la Maison-Blanche. En Allemagne, les seize juges du Tribunal constitutionnel sont élus par les deux assemblées du Parlement (huit par chambre) à la majorité des deux tiers. En Espagne et en Italie, la désignation des juges constitutionnels appartient respectivement au pouvoir exécutif, au pouvoir législatif ainsi qu'au pouvoir judiciaire. Mais dans ces démocraties constitutionnelles, une exigence de compétence professionnelle juridique est exigée ou fortement encouragée, lorsque ce ne sont pas tout simplement des limites d'âge qui restreignent le choix des impétrants (Belgique et Autriche par exemple.)

Aujourd'hui, de nombreux facteurs jouent en défaveur du Conseil constitutionnel qui renvoie l'image d'une institution politisée. D'une part, malgré l'exception d'inconstitutionnalité, le Conseil intervient toujours immédiatement au terme de la procédure parlementaire législative et en amont de la promulgation de la loi ; sa composition actuelle où 10 des 11 membres sont rattachés à un même courant d'opinion (M. Charasse faisant figure d'exception), en dépit des différences inévitables entre eux ; la présence des membres de droit (anciens Présidents de la République) ; sa jurisprudence moins tranchante que par le passé sur des questions de principe ; l'interprétation contestée de certains droits et libertés, particulièrement en matière pénale. Par ailleurs, la généralisation de la technique de l'interprétation neutralisante, voire constructive préférée à l'invalidation de la disposition législative litigieuse, hors les cas d'incompétence négative ou de procédure.

Le constat est indiscutable. Il importe néanmoins de nuancer ces photographies déformantes de la réalité afin de mieux réformer à l'avenir le Conseil. Il convient de garder le meilleur, de ne pas détruire des usages qui ont fait leurs preuves même si davantage de transparence est une nécessité absolue. C'est possible. Tout d'abord, les primo entrants au Conseil constitutionnel, comme les

anciens, jouissent d'un statut leur garantissant une totale indépendance. Le non renouvellement de leur mandat est un gage incontestable à cet égard. Il en résulte parfois un devoir d'ingratitude. Ensuite, sans même insister sur la technique du renouvellement partiel créditée de multiples bienfaits, est-il raisonnable de penser que le Conseil constitutionnel puisse se défaire des acquis jurisprudentiels majeurs pour le bon plaisir de prétendus amis qui jouent dans l'arène politique ? La décision est collégiale. Elle s'opère au regard de la jurisprudence et des acquis antérieurs, et toujours sous le regard critique de la doctrine. Par contre, il est naturel que les évolutions jurisprudentielles se fassent jour sous l'influence de nouveaux membres ou d'un changement perceptible et durable de l'opinion sur telle ou telle question de société (pensons aux questions environnementales avec la censure récente de la taxe carbone). Mais il s'agit en l'occurrence de micro-reversements ou de micro-évolutions rarement dirigés (volontairement) contre un Gouvernement ou une majorité parlementaire. La qualité des requêtes peut également contribuer à « orienter » le Conseil sur telle ou telle solution qui reste évidemment libre de sa teneur. En clair, dire qu'il existe un Conseil de droite ou de gauche relève plus du fantasme et du calcul politique que de la réalité tirée de l'évolution des politiques jurisprudentielles ; appréciation qui n'empêche pas de réprover certaines orientations de la jurisprudence constitutionnelle, ou plutôt son manque d'audace.