

JUGES CONSTITUTIONNELS FRANÇAIS ET JUGES EUROPÉENS

André ROUX*

RÉSUMÉ: I. *L'inévitable dimension politique de la désignation des juges constitutionnels.* II. *Les nécessaires garanties d'indépendance des juges constitutionnels.* III. *Les membres du Conseil Constitutionnel.*

Les juges constitutionnels français sont-ils des juges constitutionnels comme les autres? Telle est la question à laquelle je vais m'efforcer de répondre.

La question se pose parce que la nature du Conseil constitutionnel français a longtemps été discutée par certains qui considéraient qu'il s'agissait davantage d'un organe politique que d'un organe juridictionnel. Son appellation (Conseil et non Cour), celle de ses membres (Conseillers et non juges), et surtout son mode de nomination laissaient planer un doute sur sa nature réelle.

Chaque renouvellement de ses membres est ainsi l'occasion de soulever à nouveau la question de la «politisation» du Conseil constitutionnel. Pour la quasi-totalité de la doctrine d'aujourd'hui, et pas seulement la doctrine française, la nature juridictionnelle du Conseil ne fait plus discussion. Le Conseil constitutionnel rend des décisions, essentiellement en matière de contrôle de constitutionnalité des lois ou des traités internationaux qui ont autorité absolue de chose jugée et ses décisions sont appliquées tant par les autorités publiques que par les juridictions ordinaires.

La procédure devant le Conseil constitutionnel s'est progressivement «juridictionnalisée». Le rôle du Conseil constitutionnel s'est développé, surtout à partir des années 1970. Initialement limité à la régulation de

* Professeur à l'Université Paul Cézanne-Aix-Marseille III.

l'activité normative des pouvoirs publics, le Conseil constitutionnel se présente aujourd'hui comme le défenseur des libertés fondamentales et le garant de l'État de droit. Mais ce n'est pas ici notre propos.

Pour nous en tenir aux juges constitutionnels eux-mêmes, les critiques tenant à leur mode de nomination n'ont pas complètement cessé.

Je voudrais ici souligner deux points principaux qui constitueront les deux parties de l'exposé.

1) La désignation des membres du Conseil constitutionnel comporte une dimension politique certaine mais cette dimension politique est conforme à ce qui existe dans les autres pays européens (et même ailleurs...)

2) Les juges désignés présentent incontestablement des garanties de compétence et d'indépendance de nature à favoriser l'exercice de leur mission.

I. L'INÉVITABLE DIMENSION POLITIQUE DE LA DÉSIGNATION DES JUGES CONSTITUTIONNELS

Cette dimension politique selon certains auteurs conduit à la politisation de l'institution. La critique en réalité est double. Elle porte à la fois sur la nature politique de l'autorité de désignation ainsi que sur la technique même de la désignation qui serait le principal vecteur de la politisation.

1. La désignation par des organes politiques

Selon la Constitution, l'autorité de désignation est éminemment politique. L'article 56 de la Constitution et l'article 1 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 précisent qu'il s'agit du Président de la République, du Président du Sénat et du Président de l'Assemblée nationale qui nomment trois membres chacun. La question est alors de savoir si la nature politique de l'autorité de désignation implique nécessairement un choix politique dans la désignation du nouveau membre. Certes, il apparaît que dans la plupart des cas, les trois autorités ont nommé des membres proches de leur sensibilité politique. L'acte de nomination n'étant encadré par aucune condition particulière, les autorités de nomination jouissent d'une totale liberté, profitant alors d'un pouvoir discrétionnaire pour nommer voire récompenser certains amis politiques (ex. Roland Dumas).

Ce fut particulièrement visible lors des différentes périodes de cohabitation : les membres nommés ont reflété l'identité politique de leur autorité de nomination. Dans le même sens, il est presque de tradition aux États-Unis que le Président choisisse comme juge à la Cour suprême un candidat du parti qui l'a fait élire ou qui a favorisé son élection.

Il ne semble d'ailleurs pas anormal qu'une juridiction qui intervient à la croisée du politique et du juridique soit soumise à une certaine politisation dans le recrutement de ses membres. La loi est avant tout un acte politique : il ne semble dès lors pas incompatible avec les principes démocratiques qu'elle soit contrôlée par des membres issus de désignations politiques. Il faut en conséquence écarter la remarque selon laquelle le Conseil constitutionnel serait un organe partisan. D'ailleurs même si la personne nommée appartient à la même sensibilité que son autorité de nomination elle s'en détache complètement lorsqu'elle prend sa fonction et quand elle rend une décision. En ce sens, pour reprendre les propos du Doyen Vedel, «la fonction saisit l'homme quand c'est un honnête homme». Ainsi, il ne semble pas y avoir de clivage partisan lorsque les neuf membres examinent la conformité d'une loi à la Constitution. En revanche, la décision a toujours un impact politique pour au moins deux raisons: le Conseil arbitre juridiquement un débat politique d'une part ; il pacifie par le droit les dissensus politiques déjà aplanis dans la loi d'autre part.

La désignation par des autorités politiques implique évidemment une liberté de choix. Il a déjà été montré que cette intervention des autorités politiques loin d'être une tare est au contraire une qualité, dans la mesure où ce type de désignation renforce la légitimité des juges et rapproche le système européen du système américain : « Cette différence importante (la non-élection des juges) entre les mondes de la civil law et de la common law a été, sinon abolie, du moins récemment atténuée, spécialement par le créateur [...] de Cours constitutionnelles dont les juges sont pour la plupart des personnes élues ou désignées politiquement » (Cappelletti, Cours constitutionnelles, p. 478). On notera en ce sens que Kelsen, après avoir évoqué les différents modes de recrutement possibles (et notamment l'élection par le Parlement et la nomination par le chef de l'État, ou la combinaison des deux), estime «préférable d'accepter, plutôt qu'une influence occulte et par suite incontrôlable des partis politiques, leur participation légitime à la formation du tribunal».

2. *La technique de désignation: nomination ou élection*

Certes, l'influence et la participation des hautes autorités politiques au processus de nomination peut être critiquée. Pourtant, en étudiant les procédures de désignation dans les grandes démocraties contemporaines, on s'aperçoit qu'interviennent systématiquement les Exécutifs ou les Parlements. Les juges sont désignés tantôt par une branche de l'exécutif exclusivement, comme c'est le cas au Canada ou au Danemark, soit par l'exécutif en concertation avec une ou deux chambres du Parlement, comme aux États-Unis ou au Portugal, soit par les Assemblées uniquement, comme en Allemagne. Notons que l'Italie va plus loin en permettant en plus du Président de la République et des deux chambres du Parlement, le choix des juges par les magistratures suprêmes judiciaires et administratives. Faut-il voir dans la désignation par les hautes magistratures une onction légitimante supplémentaire destinée à compenser les éventuelles critiques des nominations faites par les instances politiques ? Quoiqu'il en soit, cette technique permet de représenter à la Cour constitutionnelle les principales branches du pouvoir dans un État de droit.

C'est seulement en Grèce que les juges constitutionnels ne sont pas nommés par des organes politiques. La Cour spéciale supérieure comprend trois présidents des juridictions suprêmes et dix membres tirés au sort (Conseil d'État, Cour de cassation et professeurs de Droit).

En RFA, en Italie, en Espagne, en Belgique et au Portugal où la sélection des juges constitutionnels nécessite une majorité parlementaire particulière (normalement deux tiers ; trois cinquième en Espagne), il existe une «convention» selon laquelle non seulement les partis de la coalition constituant la majorité parlementaire mais aussi les partis les plus importants de l'opposition interviennent dans le processus de sélection. En Autriche et en Suisse, aucune majorité parlementaire n'est exigée, mais une *Parteienproporz* dans la sélection des juges constitutionnels est maintenue comme tradition politique.

Par conséquent, il semble que dans tous les pays où les partis de coalition constituent une majorité dans le parlement, ces partis participent proportionnellement à la désignation des juges constitutionnels. Les partis de l'opposition ont une influence sur la nomination des juges constitutionnels seulement dans des pays où existe une tradition bien établie de *Parteienproporz* —comme par exemple l'Autriche et la Suisse— ou ceux qui exigent un quorum. Des petits partis d'opposition incapables d'empêcher la

réunion d'un quorum —comme par exemple les Verts en RFA— peuvent être ignorés.

L'influence des partis politiques —observables sous des formes diverses— sur la désignation des juges constitutionnels, semble indispensable pour assurer la légitimité démocratique de cette désignation. Puisque, dans la plupart des démocraties occidentales, les activités politiques du peuple s'expriment principalement à travers l'action des partis politiques, ceux-ci doivent forcément jouer un rôle décisif dans des décisions cruciales telles que la sélection des juges constitutionnels. Une *Parteienproporz* rend possible la représentation des minorités dans les Cours constitutionnelles, ce qui aboutit à la une plus grande capacité de résoudre les problèmes et une acceptation élargie des décisions.

En France, on sait que les neuf juges constitutionnels (auxquels s'ajoutent les anciens présidents de la République, aujourd'hui Valéry Giscard d'Estaing) sont tous nommés (trois par le Président de la République, trois par le Président de l'Assemblée nationale, trois par le Président du Sénat) et que ces nominations sont discrétionnaires.

Ponctuellement, certains, comme Dominique Rousseau, suggèrent à cet égard l'élection des membres du Conseil constitutionnel à une majorité qualifiée du Parlement, les deux tiers par exemple, obligeant ainsi majorité et opposition à se mettre d'accord. On peut effectivement penser que les grands courants politiques et juridiques seraient alors représentés. Dans un second temps, la légitimité acquise permettrait de mieux faire accepter les décisions rendues par les parlementaires, les juges ayant été élus de leur fait. Serait alors contourné le reproche fréquent selon lequel les parlementaires se demandent comment des juges nommés peuvent mettre en échec la volonté du peuple et de ses représentants, brandissant implicitement l'argument du défaut de légitimité du Conseil constitutionnel. Ainsi le Conseil apparaîtrait peut-être davantage comme un contrôleur que comme un censeur du Parlement.

On peut aussi soutenir, à l'inverse, qu'il est inopportun que les juges soient élus par l'organe dont ils auront précisément la mission de contrôler les actes, le lien entre les parlementaires et leur juge devant rester minimal.

De plus, alors qu'on souhaite minimiser la politisation, l'élection risque au contraire de l'exacerber. Parce que, en dépit d'une éventuelle majorité renforcée, le vote serait inévitablement précédé de marchandages

et de tractations, nuisant alors à la transparence de la décision et à l'impartialité du choix.

Au regard de ces deux éléments, le Conseil constitutionnel français semble être en porte à faux : la compétence juridique ne serait pas explicitement mise en avant (nous avons vu la dimension «personnelle» de la nomination) et l'observation ne révèle pas une présence renforcée de magistrats professionnels parmi les membres. Pourtant, il faut se garder d'une analyse trop hâtive et se pencher davantage sur les parcours de chacun des membres depuis la création du Conseil. Sur l'ensemble des nominations en incluant les trois dernières, environ 80% des membres appartiennent à des professions juridiques. Une étude par catégories nous apprend que 23% d'entre eux sont avocats, 22% professeurs d'Université —dont 70% sont professeurs de droit—, 17% sont issus du Conseil d'État, 8,5% sont des hauts fonctionnaires... et seulement 7% sont magistrats ! Les autres sont administrateurs de sociétés à 10,5% ou issus de diverses professions plus ou moins éloignées du droit à 11,5%. Pour approfondir cette étude, on peut relever que 48% des membres sont licenciés en droit, 26% sont docteurs en droit et 26% sont agrégés de droit (v. Fabrice Hourquebie, *Les nominations au Conseil constitutionnel*, Les petites Affiches, n° 108, 31 mai 2001, p. 9).

Ainsi, même si aucun texte ne postule une compétence juridique de haut niveau pour entrer au Conseil, la pratique des nominations veut que cette condition soit néanmoins remplie. Et il apparaît alors que le Conseil constitutionnel possède une proportion de juristes semblable à celle des Cours étrangères pour lesquelles un texte l'impose.

Beaucoup de juridictions étrangères ont en effet fait figurer dans leurs textes fondateurs les critères à remplir pour occuper la fonction de juge constitutionnel. Parmi ces critères, celui de la compétence juridique de haut niveau revient très souvent. Cette condition est parfois renforcée par l'exigence d'être magistrat d'un autre ordre juridictionnel. Ainsi la Cour du Luxembourg est composée uniquement de magistrats de l'ordre judiciaire et administratif. En Espagne, les juges devront être des juristes de profession recrutés «parmi des magistrats du siège et du parquet, des professeurs d'Université, des fonctionnaires publics ou des avocats [...]». Cette clause est tellement large qu'elle recouvre l'essentiel des professions dans lesquelles sont choisis les membres du Conseil constitutionnel. La Belgique organise un panachage puisque la moitié des membres doit provenir du milieu judiciaire ou juridique (juridictions ou

Facultés de droit), l'autre moitié étant d'anciens parlementaires, ce qui n'est pas incompatible, à notre avis, avec une formation juridique. Dans le même sens, le Tribunal constitutionnel polonais ne compte que des personnes qui peuvent «se distinguer par [leur] connaissance du droit». En plus de ce haut niveau de compétence juridique, ils doivent justifier d'au moins dix ans dans un emploi de magistrat, conseil, avocat... En Russie, les juges doivent justifier d'une formation juridique supérieure et de quinze ans d'ancienneté dans une profession juridique. En Italie seuls peuvent être nommés ou élus les avocats, magistrats et professeurs de droit (cinq élus, cinq nommés par le Président de la République, cinq désignés par le Parlement). Et les exemples de Constitutions contenant expressément une telle exigence pourraient être multipliés.

II. LES NÉCESSAIRES GARANTIES D'INDÉPENDANCE DES JUGES CONSTITUTIONNELS

L'indépendance du juge constitutionnel est la condition de son efficacité. Et si l'indépendance est un principe, elle est avant tout la résultante d'un faisceau de techniques.

A) Aux États-Unis la clef de l'indépendance semble résider principalement dans la nomination à vie. La situation est différente en France : le mandat des membres du Conseil constitutionnel est de neuf ans. La longueur de ce mandat permet, sur le plan individuel, de s'affranchir progressivement de l'autorité de nomination et sur le plan collectif, de générer une certaine stabilité de l'institution, ne répercutant qu'en différé et plus sereinement les changements de majorité politique, d'autant que le renouvellement du Conseil constitutionnel se fait par tiers tous les trois ans.

De plus, le caractère non renouvelable du mandat doit inciter le juge à ne rien attendre de son autorité de nomination à l'issue de son mandat. Il doit permettre au juge de statuer dans un sens pas nécessairement conforme aux exigences de l'autorité qui l'a nommée. Ainsi si la nomination peut parfois revêtir un aspect de récompense personnelle et politique, tout est mis en place pour que, en retour, les remerciements de la personnalité nommée soient impossibles. Cette disposition fut prise par les constituants afin d'éviter de faire peser sur les membres du Conseil tout soupçon de partialité et de fidélité envers leur autorité de nomination.

Rappelons également qu'au non-renouvellement, qui est une garantie de fin de mandat, s'ajoute l'inamovibilité, garantie d'indépendance en cours de mandat. Là encore, le constituant voulait protéger le juge de l'influence des autorités de nomination dans le cas où le juge eut été amené, par exemple, à se prononcer dans un sens contraire à celui soutenu par l'autorité qui l'a désignée. L'observation sur dix huit ans, c'est-à-dire depuis l'alternance de 1981 et les différentes cohabitations qui se sont succédé, montre que sur des lois «politiquement délicates», le Conseil n'a pas hésité à censurer et prononcer des invalidations, quelle que soit la couleur de la majorité politique du moment et la couleur politique dominante au sein du Conseil. Ainsi le fait que depuis 1989 et jusqu'en 1995, la majorité des membres ait été nommée par des autorités de gauche n'a pas bouleversé la jurisprudence du Conseil et n'a pas limité les cas dans lesquels les juges ont déclaré de nombreuses lois non conformes à la Constitution. Il semble donc que même sur des lois politiquement sensibles élaborées par une majorité gouvernementale de tendance politique identique à la majorité des membres du Conseil, les juges dépassent les clivages politiques et leurs sensibilités partisans pour agir en «sages». Décisions acquises le plus souvent par consensus.

B) Des généralisations relatives au processus de décision des Cours constitutionnelles ne sont possibles que dans une mesure limitée. A l'exception de la Suisse, toutes les Cours constitutionnelles n'ont pas de débat public (problème des opinions dissidentes...). En ce qui concerne le contenu du débat, en général rien n'est publié. Des études importantes sur la sociologie juridique n'existent qu'aux États-Unis, et on trouve des études plus limitées pour la Bundesverfassungsgericht de la RFA.

Il apparaît néanmoins que de l'activité professionnelle longue et souvent intensive des juges constitutionnels, il ressort une dynamique interne importante. Dans une certaine mesure, la plupart des juges modèrent leurs attitudes politiques et sociales au cours de leurs activités. Dans la mesure où les juges doivent obtenir une majorité pour faire prévaloir leurs positions, il leur est nécessaire de rechercher l'accord et la coopération de leurs collègues, et d'éviter les points de vue extrêmes. La nécessité de respecter la doctrine constitutionnelle —souvent riche en tradition et très différenciée— peut, elle aussi, persuader un juge de modérer sa position initiale : les juges constitutionnels, au cours de leur activité, s'orientent vers le centre plutôt que vers les extrêmes.

En définitive, et pour répondre à la question initialement posée, on peut dire que les juges constitutionnels français ont un statut assez original, s'agissant notamment de leur mode de nomination mais il n'en demeure pas moins qu'il présentent de nombreuses caractéristiques communes avec celles des autres juges constitutionnels. Ce sont donc des juges constitutionnels à part entière et non pas des juges constitutionnels à part.

III. LES MEMBRES DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL

- Pierre Mazeaud, nommé par le Président de la République en février 1998, nommé Président par le Président de la République le 27 février 2004
- Valéry Giscard d'Estaing, membre de droit,
- Simone Veil, nommée par le Président du Sénat en février 1998
- Jean-Claude Colliard, nommé par le Président de l'Assemblée nationale en février 1998
- Olivier Dutheillet de Lamothe, nommé par le Président de la République en mars 2001
- Dominique Schnapper, nommée par le Président du Sénat en mars 2001
- Pierre Joxe, nommé par le Président de l'Assemblée nationale en mars 2001
- Pierre Steinmetz, nommé par le Président de la République en février 2004
- Jacqueline de Guillenschmidt, nommée par le Président du Sénat en février 2004
- Jean-Louis Pezant, nommé par le Président de l'Assemblée nationale en février 2004