



**HAL**  
open science

# Les variations dans la protection de l'impartialité du juge constitutionnel français : du contentieux a priori à la QPC

Alexia David

► **To cite this version:**

Alexia David. Les variations dans la protection de l'impartialité du juge constitutionnel français : du contentieux a priori à la QPC. Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux , 2014, 12, pp.123-133. 10.4000/crdf.1976 . hal-02176435

**HAL Id: hal-02176435**

**<https://normandie-univ.hal.science/hal-02176435>**

Submitted on 10 Jul 2019

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

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

# Les variations dans la protection de l'impartialité du juge constitutionnel français : du contentieux *a priori* à la QPC

Alexia DAVID

Doctorante en droit public à l'université de Caen Basse-Normandie

Centre de recherche sur les droits fondamentaux et les évolutions du droit (CRDFED, EA 2132)

---

## I. Une protection de l'impartialité initiée dans le cadre du contrôle *a priori*

### A. Une protection née du souci de légitimer l'institution

1. La juridictionnalisation, remède au déficit de légitimité électorale du Conseil
2. La pratique du déport révélatrice d'un déficit d'impartialité

### B. Une protection inachevée

1. Les contraintes inhérentes au contexte du contrôle *a priori*
2. La persistance injustifiée de la pratique informelle du déport

## II. Une protection de l'impartialité renouvelée dans le cadre de la QPC

### A. Un renouvellement formel des mécanismes de protection

1. Un contexte favorable au renforcement de l'exigence d'impartialité
2. Un renouvellement limité par les caractéristiques du contentieux constitutionnel

### B. Un renforcement pratique de l'exigence d'impartialité

1. Une exigence d'impartialité plus tangible pour le juge
2. Un renforcement à nuancer au regard de la composition spécifique du Conseil

Un juge partial n'est pas un juge; un procès non contradictoire n'est pas un procès, etc. Pour rendre juste le droit, il est donc crucial de faire en sorte que ces évidences soient quotidiennement et pleinement effectives, ce qui, bien entendu, est chose fort difficile<sup>1</sup>.

L'impartialité, bien que reconnue comme qualité essentielle du juge, reste paradoxalement de l'ordre de l'idéal, du moins si l'on entend cette qualité comme « absence de préjugé, de parti pris »<sup>2</sup> au sens le plus simple et le plus absolu de cette définition. En effet, qui peut s'affranchir totalement de son appartenance sociale, de ses convic-

tions intellectuelles ou de ses croyances religieuses pour rendre une décision parfaitement juste et neutre? Daniel Chabanol souligne adroitement ce paradoxe: « le juge idéal serait comme un homme sans nombril, ou comme ce héros kantien aux mains si propres qu'il n'en a plus »<sup>3</sup>: il ne serait plus humain.

1. W. Baranès, « Le droit naturel », in *La justice: l'obligation impossible*, W. Baranès, M.-A. Frison-Roche (dir.), Paris, Autrement, 2009, p. 82.

2. *Vocabulaire juridique*, G. Cornu (dir.), Paris, PUF, 2007, p. 468.

3. D. Chabanol, « Théorie de l'apparence ou apparence de théorie? Humeurs autour de l'arrêt Kress », *L'actualité juridique. Droit administratif*, n° 1, 2002, p. 9.

Devant ce constat, il paraît judicieux de faire quelques concessions au réalisme et de rechercher une définition de l'impartialité plus accessible. À ce titre, Marie-Anne Frison-Roche définit l'impartialité comme « l'objectivité dans la subjectivité »<sup>4</sup>. C'est l'idée d'une impartialité humanisée, prenant en compte les faiblesses inhérentes à la nature humaine. C'est la conscience par le juge de ses préjugés et partis pris et son ouverture, au-delà de ceux-ci, aux arguments qui lui sont présentés. Ainsi, l'impartialité « exige que le magistrat, quelles que soient ses opinions, soit libre d'accueillir et de prendre en compte tous les points de vue débattus devant lui »<sup>5</sup>. C'est un état d'esprit, une « liberté de réflexion et d'analyse »<sup>6</sup>.

Cependant, l'impartialité du juge reste une qualité fragile dont la recherche doit être continue : en tant qu'état d'esprit, son existence n'est jamais acquise et se joue à chaque décision. Dès lors, comment protéger cette qualité « vivante »<sup>7</sup> ? En premier lieu, la recherche de cette qualité repose sur les épaules du juge qui doit sans cesse tendre vers sa réalisation. Ce n'est pourtant pas une quête solitaire. En effet, le juge bénéficie de plusieurs appuis dans sa démarche et notamment d'un statut protecteur le plaçant, en principe, dans une situation favorable au respect de l'exigence d'impartialité. À ce titre, les garanties d'indépendance telles que le caractère non renouvelable du mandat, la durée de celui-ci ou l'existence de moyens administratifs et financiers adéquats ont une influence déterminante sur l'impartialité du juge. L'indépendance est ainsi un vecteur privilégié d'impartialité<sup>8</sup>. Malgré l'intérêt présenté par ce niveau de protection statutaire, nous nous intéresserons ici à un niveau inférieur : celui des mécanismes procéduraux. En effet, plusieurs de ces mécanismes ont vocation à protéger l'impartialité du juge. Nous aborderons le déport et la récusation qui sont les deux mécanismes existants devant le Conseil constitutionnel.

Le déport consiste pour le juge à s'abstenir de siéger « pour motif de conscience ou parce qu'il suppose en sa personne une cause de récusation »<sup>9</sup>. L'initiative du

déport appartient au juge mais son aboutissement peut être soumis à condition : c'est le cas en matière pénale où la « récusation d'office » est soumise à l'approbation du premier président de la Cour d'appel<sup>10</sup>. Concernant le motif du déport, si les textes peuvent prévoir une liste de causes de récusation<sup>11</sup>, celles-ci ne sont pas limitatives au regard des exigences de l'article 6, § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme<sup>12</sup>. De façon générale, le déport est peu encadré par les textes, notamment du point de vue temporel, car il est considéré comme l'expression de la déontologie du juge<sup>13</sup>.

La récusation est quant à elle un outil à la disposition des parties leur permettant de contester l'impartialité du juge au cours du procès. La demande de récusation est toujours motivée puisque l'impartialité du juge est présumée<sup>14</sup>. Cette demande motivée et accompagnée de pièces propres à la justifier<sup>15</sup> doit être transmise dans un certain délai : la clôture des débats en matière civile<sup>16</sup> et pénale, la fin de l'audience en matière administrative<sup>17</sup>. Le juge peut alors acquiescer ou non à la récusation en matière civile et administrative<sup>18</sup>. S'il refuse de s'abstenir de siéger, la demande est examinée par la juridiction concernée hors la présence du juge en matière administrative<sup>19</sup> ou par la Cour d'appel en matière civile<sup>20</sup>. En matière pénale, la demande est directement examinée par le premier président de la Cour d'appel qui rend une ordonnance insusceptible de recours<sup>21</sup>.

Cette rapide comparaison des modalités existant dans le cadre des contentieux administratif, civil et pénal, tend à démontrer la diversité de fonctionnement des mécanismes du déport et de la récusation suivant le contentieux dans lequel ils s'exercent. Plus encore, au sein même du contentieux constitutionnel leur aspect varie, tant dans les textes que dans la pratique. Ainsi, le déport existe dans le cadre du contentieux *a priori* et de la QPC, mais n'est qu'une simple pratique non formalisée dans le cadre du contrôle *a priori* des lois, tandis qu'il est institutionnalisé et organisé dans le cadre du contrôle *a posteriori*<sup>22</sup>. Quant à la récusation, elle n'existe que dans le cadre de la QPC<sup>23</sup>.

4. M.-A. Frison-Roche, « 2 + 1 = la procédure », in *La justice...*, p. 203.

5. Conseil supérieur de la magistrature, *Recueil des obligations déontologiques des magistrats*, Paris, Dalloz, 2010, p. 9.

6. *Ibid.*, p. 11.

7. P. Rosanvallon, *La légitimité démocratique : impartialité, réflexivité, proximité*, Paris, Seuil, 2010, p. 152.

8. Voir J. Thomas, *L'indépendance du Conseil constitutionnel*, Paris, LGDJ, 2010.

9. *Vocabulaire juridique*, p. 295.

10. Art. 674 du Code de procédure pénale (CPP).

11. Art. 341 du Code de procédure civile (CPC); art. 668 CPP.

12. Voir CC, *Bulletin d'information*, n° 679, 1<sup>er</sup> avril 2008, p. 13.

13. Voir N. Fricero, « Récusation et abstention des juges : analyse comparative de l'exigence commune d'impartialité », *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 40, juin 2013, p. 37.

14. Cour EDH, *Le Compte, Van Leuven et De Meyere c. Belgique*, 23 juin 1981, n° 6878/75, § 58.

15. Art. 669 CPP; art. 344 CPC; art. R. 721-4 du Code de justice administrative (CJA).

16. Art. 342 CPC.

17. Art. R. 721-2 CJA.

18. Art. 347 CPC; art. R. 721-8 CJA.

19. Art. R. 721-9 CJA.

20. Art. 349 CPC.

21. Art. 671 CPP.

22. CC, « Règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les QPC », 4 février 2010, art. 4-1.

23. *Ibid.*, art. 4-2.

Où faut-il aller chercher les causes de ces variations ? Doit-on se pencher sur la structure du contentieux constitutionnel, sur la volonté des acteurs institutionnels, sur la force propre de l'institution ? La réponse à cette question est en réalité assez complexe et mêle ces différentes notions. Un élément reste cependant central : le contexte du contrôle. Ce contexte permet de comprendre la création et le fonctionnement des mécanismes de protection de l'impartialité. Dès lors, si la protection de l'impartialité du juge constitutionnel a été initiée dans le cadre du contrôle *a priori* (I), elle a été renouvelée dans le cadre de la QPC (II).

## I. Une protection de l'impartialité initiée dans le cadre du contrôle *a priori*

Le contrôle de constitutionnalité des lois est un mécanisme récent qui n'a pu se reposer sur la tradition pour appuyer sa création en 1958, alors même que la loi constitutionnelle du 3 juin 1958 réaffirmait l'attachement de la France à la grande tradition parlementaire. Le Conseil constitutionnel, de par sa mission, s'opposa dès le départ à la puissance du Parlement dont les critiques auraient pu le balayer rapidement. Il n'en fut rien cependant : les critiques, véhémentes<sup>24</sup>, se firent entendre mais le Conseil constitutionnel y résista. Cette résistance ne s'explique pas par la force initiale de l'institution, mais par la volonté des acteurs institutionnels qui ont protégé et renforcé la légitimité du Conseil au fil du temps. La mise en place d'une protection informelle de l'impartialité des membres du Conseil constitutionnel est une des traductions de cette volonté (A). Cette pratique informelle n'a cependant pas évolué, et la protection de l'impartialité du juge constitutionnel est restée inachevée dans le cadre du contrôle *a priori* (B).

### A. Une protection née du souci de légitimer l'institution

Si « les cours sont elles aussi des pouvoirs constitués puisqu'elles tiennent leur pouvoir de la même source

que les parlements, [...] elles ne sauraient prétendre à la même légitimité »<sup>25</sup>. Le Conseil constitutionnel ne tirant pas sa légitimité de l'élection, il est rapidement apparu nécessaire de trouver d'autres sources de légitimité pour celui-ci. Ce mouvement de légitimation s'est traduit par une entreprise de juridictionnalisation qui poussa les juges constitutionnels à se soucier de la préservation de leur impartialité en se déportant spontanément lorsque leur impartialité pouvait être contestée (1). La naissance de cette pratique est révélatrice des difficultés liées à la composition politique du Conseil. En effet, la carrière politique des membres constitue la cause essentielle des déports dans le cadre du contrôle *a priori* (2).

#### 1. La juridictionnalisation, remède au déficit de légitimité électorale du Conseil

La juridictionnalisation se concrétise par l'utilisation progressive de techniques spécifiquement juridictionnelles. Ces techniques visent à la fois à transformer le Conseil en juridiction au fond, mais aussi dans les formes puisque « l'être et le paraître [...] sont également indispensables »<sup>26</sup>. Dans cette optique, dès 1959 le Conseil constitutionnel fait le choix d'utiliser la technique des considérants pour le contentieux électoral<sup>27</sup> et étend cet usage au contrôle *a priori* dès 1960<sup>28</sup>. Par la suite, le Conseil constitutionnel n'hésitera pas à affirmer l'autorité de chose jugée de ses décisions, d'abord implicitement en 1962<sup>29</sup> puis explicitement en 1988<sup>30</sup>. Par ailleurs, à partir de 1983 les saisines sont publiées au *Journal officiel de la République française*, puis en 1994 ce seront les observations en défense du secrétaire général du gouvernement, renforçant ainsi la publicité et le caractère contradictoire de la procédure<sup>31</sup>.

Ce processus de juridictionnalisation aura un impact direct sur la protection de l'impartialité des membres du Conseil constitutionnel. En effet, une authentique juridiction doit avant tout être composée de véritables juges. Or, la légitimité du juge repose en premier lieu sur ses qualités : « Alors que l'élection confère un statut de légitimité, c'est par leurs qualités que des organismes comme les cours constitutionnelles doivent s'établir

24. Voir par exemple J. Fauvet, « Mérites et limites du Conseil constitutionnel », *Le Monde*, 6 mars 1962 ; « M. François Mitterrand : c'est l'institution même du Conseil constitutionnel que je mets en cause », *Le Monde*, 21 juin 1967 ; G. Vedel, « Le Conseil constitutionnel n'est pas Madame Soleil », *Le Monde*, 30 décembre 1971 ; P. Marcilhacy, « Plus de gouvernement des juges ! », *Le Monde*, 16 décembre 1982 ; A. Laignel, « Le gouvernement des juges ? », *Le Monde*, 27 janvier 1983.
25. A. Delcamp, « Cours constitutionnelles et parlements ou comment se conjuguent aujourd'hui principe de souveraineté et État de droit », *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 38, janvier 2011, p. 183.
26. R. Jacob, *Images de la justice. Essai sur l'iconographie judiciaire du Moyen Âge à l'âge classique*, Paris, Le léopard d'or, 1994, p. 9 ; cité par S. Gandreau, « La théorie de l'apparence en droit administratif : vertus et risques de l'importation d'une tradition de Common Law », *Revue du droit public*, n° 2, mars 2005, p. 319.
27. CC, déc. n° 58-1 SEN du 4 décembre 1958, C.R., *Seine-Maritime*.
28. CC, déc. n° 59-5 DC du 15 janvier 1960, *Résolution modifiant les articles 95 et 96 du règlement de l'Assemblée nationale*.
29. CC, déc. n° 62-18 L du 16 janvier 1962, *Nature juridique des dispositions de l'article 31 (alinéa 2) de la loi n° 60-808 du 5 août 1960 d'orientation agricole*, cons. 2 : « [...] s'impose donc aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles avec la portée même que lui donnent les motifs susrappelés qui en sont le soutien nécessaire ».
30. CC, déc. n° 88-244 DC du 20 juillet 1988, *Loi portant amnistie*, cons. 18 : « Considérant que l'autorité de chose jugée attachée à la décision du Conseil constitutionnel du 22 octobre 1982 [...] ».
31. Voir B. François, « Une revendication de juridiction. Compétence et justice dans le droit constitutionnel de la V<sup>e</sup> République », *Politix*, vol. 3, n° 10-11, octobre 1990, p. 92 ; D. Rousseau, « Le procès constitutionnel », *Pouvoirs*, n° 137, avril 2011, p. 47-55.

socialement »<sup>32</sup>. Quelles sont ces qualités, si ce n'est l'impartialité, l'indépendance, la compétence<sup>33</sup> ?

La qualité d'impartialité ne soulèvera que peu de débats pendant longtemps. Ainsi, à notre connaissance, le premier déport date de 1993 si l'on excepte la pratique particulière de M. Giscard d'Estaing durant les années 1980 et 1990<sup>34</sup>. C'est pour le moins tardif alors même que le serment d'impartialité était inscrit dans les textes depuis 1958<sup>35</sup>. Plus précisément, dans la décision 92-316 DC du 20 janvier 1993, M. Badinter s'abstient de siéger « en raison d'un lien de parenté [avec] le dirigeant d'une entreprise de publicité »<sup>36</sup>. Les commentateurs de l'époque ne s'émeuvent pas outre mesure devant cette abstention qui paraît logique.

Le premier déport reconnu comme tel aura lieu en matière électorale en 1995, ce qui n'est pas surprenant : la juridictionnalisation dans le cadre du contentieux électoral a été beaucoup plus rapide du fait des caractères de ce contentieux. Les commentateurs ne manquent alors pas de relever que M. Rudloff, « tel un magistrat, a renoncé à siéger afin de préserver son impartialité »<sup>37</sup>.

C'est cependant dans le cadre du contentieux *a priori* que le déport se manifestera officiellement dans une note de bas de page unique en son genre, à la suite de la décision n° 98-399 DC : « À sa demande, M. Mazeaud n'a participé ni à la délibération ni au vote sur la partie de la décision relative à l'article 29 de la loi déferée ». Apparaît à cette occasion de façon claire le souci de protéger l'institution et plus précisément son impartialité apparente. En effet, l'impartialité de M. Mazeaud avait été mise en cause par un député un mois avant la décision :

M. Goasguen [...] n'avait pas hésité à déclarer, à propos d'une disposition relative au droit d'asile : « J'espère que le conseiller constitutionnel Mazeaud saura défendre avec le même talent le point de vue que le député Mazeaud avait soutenu ici »<sup>38</sup>.

L'on peut supposer que le déport de M. Mazeaud, et surtout sa formalisation à la suite de la décision, constituent

la preuve d'une volonté affichée de préserver l'impartialité de celle-ci.

## 2. La pratique du déport révélatrice d'un déficit d'impartialité

Si la pratique informelle du déport répond à un souci de protéger la légitimité du Conseil constitutionnel, elle constitue surtout un excellent révélateur d'une faille typique des juridictions constitutionnelles : leur composition politique. C'est en effet bien souvent dans la carrière politique des membres du Conseil que se trouve le motif du déport. Il faut cependant distinguer différentes situations en la matière.

En premier lieu, c'est parfois la carrière politique passée des membres qui motive leur déport. C'est notamment le cas lorsque le membre concerné a participé à l'élaboration de la disposition législative visée ou a exprimé une opinion marquée sur celle-ci au cours de sa carrière. M. Mazeaud s'est déporté en 1998 en raison de ses anciennes fonctions de parlementaire. De même, M. Steinmetz s'est déporté en 2006<sup>39</sup> pour des raisons relatives à ses fonctions antérieures au sein du gouvernement. Par ailleurs, « M. Joxe s'est abstenu de participer aux séances des 11 et 25 février 2010 »<sup>40</sup> du fait de ses anciennes fonctions de conseiller général et de ministre. Enfin, M. Sarkozy s'est déporté en 2012 pour l'examen du traité de discipline budgétaire qu'il avait négocié en tant que chef de l'État<sup>41</sup>.

Plus étonnant est en revanche le déport motivé par la carrière politique présente du membre concerné. Ce fut le cas pour M. Giscard d'Estaing qui n'hésita pas à conserver sa liberté de parole alors même qu'il siégeait au Conseil. Ce dernier s'est ainsi déporté lors de l'examen du traité établissant une Constitution pour l'Europe, ayant pris part à la campagne référendaire<sup>42</sup>. L'on peut en revanche s'étonner de l'absence de déport de M<sup>me</sup> Veil<sup>43</sup> pour cette décision alors qu'elle s'était « mise en congé »<sup>44</sup> afin de participer à cette même campagne. M. Giscard

32. P. Rosanvallon, *La légitimité démocratique...*, p. 255.

33. Voir Conseil supérieur de la magistrature, *Recueil des obligations...*

34. Valéry Giscard d'Estaing n'a pas siégé durant cette période pendant laquelle il a exercé plusieurs mandats électifs. Même si à cette époque seul son mandat de député était incompatible avec les fonctions de conseiller, il était alors clair que l'ancien président comptait privilégier sa carrière politique par rapport à ses fonctions de membre du Conseil constitutionnel. Cela ne l'a cependant pas empêché d'intervenir publiquement sur le fonctionnement du Conseil, n'hésitant pas à affirmer dans les colonnes de la revue *Pouvoirs* en 1983 : « Mais j'y garde ma place et je vous indique que s'il y avait une proposition quelle qu'elle soit qui touche aux institutions de la République, j'irai siéger au CC pour m'y opposer » (P. Avril, J. Gicquel, « Chronique constitutionnelle française », *Pouvoirs*, n° 24, janvier 1983, p. 181). Le préjugé est alors clairement revendiqué.

35. Ordonnance portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, 7 novembre 1958, n° 58-1067, art. 3-2.

36. P. Avril, J. Gicquel, « Chronique constitutionnelle française », *Pouvoirs*, n° 66, septembre 1993, p. 185.

37. *Ibid.*, n° 77, avril 1996, p. 241.

38. *Ibid.*, n° 87, novembre 1998, p. 190.

39. CC, déc. n° 2006-543 DC du 30 novembre 2006, *Loi relative au secteur de l'énergie*.

40. P. Avril, J. Gicquel, « Chronique constitutionnelle française », *Pouvoirs*, n° 134, septembre 2010, p. 163. Les décisions concernées sont les suivantes : CC, déc. n° 2010-603 DC 11 février 2010, *Loi organisant la concomitance des renouvellements des conseils généraux et des conseils régionaux* ; CC, déc. n° 2010-604 DC du 25 février 2010, *Loi renforçant la lutte contre les violences de groupes et la protection des personnes chargées d'une mission de service public*.

41. *Ibid.*, n° 144, janvier 2013, p. 167.

42. *Ibid.*, n° 113, avril 2005, p. 221 et n° 114, septembre 2005, p. 174.

43. *Ibid.*, n° 115, novembre 2005, p. 195 : « Il est vrai que l'indépendance à éclipses est difficilement conciliable avec le serment prêté lors de l'entrée en fonction des conseillers, d'autant que M<sup>me</sup> Veil avait siégé le 19 novembre 2004 (2004-505 DC) ».

44. *Ibid.*, n° 114, septembre 2005, p. 174.

d'Estaing se déportera encore en 2007 pour l'examen du traité de Lisbonne, « ayant pris position [...] de manière publique »<sup>45</sup> sur ce traité.

En définitive, mis à part le déport de M. Badinter en 1993 causé par un lien de parenté, la plupart des déports sont motivés par des considérations liées à la carrière politique des membres du Conseil. La pratique du déport joue ici le rôle de révélateur de cette composition politique et des difficultés posées par la présence des anciens présidents de la République au sein du Conseil. Cette pratique a cependant perduré sans être jamais organisée alors même que l'influence du Conseil constitutionnel continuait de croître.

## B. Une protection inachevée

Le plus souvent saisi par soixante députés ou sénateurs appartenant à l'opposition, le Conseil effectue son contrôle « à chaud », sur la loi venant d'être adoptée par les chambres. Ce cadre spécifique a nécessairement un impact sur le déroulement de l'instance constitutionnelle. Nous envisagerons à ce titre non seulement l'impact général de ce contexte sur la protection de l'impartialité des juges constitutionnels mais aussi spécifiquement la possibilité de mettre en place un mécanisme de récusation dans un tel cadre (1). Ensuite, si certaines limites posées à l'exigence d'impartialité sont nécessaires au bon fonctionnement du contentieux *a priori* des lois, le caractère informel des déports se justifie de moins en moins (2).

### 1. Les contraintes inhérentes au contexte du contrôle *a priori*

En premier lieu, la raison la plus claire et la plus pertinente de la persistance d'une protection informelle est que le contentieux *a priori* est un contentieux purement objectif, même si l'on peut soutenir que le Conseil fait preuve de « réalisme »<sup>46</sup>. Seule la loi est jugée, détachée de toute situation de fait. Cette caractéristique a une incidence particulièrement forte sur la protection de l'impartialité. En effet, dans ce cas, cette protection de l'impartialité du juge ne vise qu'à protéger la légitimité de l'institution et non les droits individuels : cette protection tend à s'arrêter là où la critique s'arrête, là où la légitimité ne fait plus débat. De plus, cette absence de lien direct avec les justiciables

permet au contentieux *a priori* d'échapper aux exigences du procès équitable<sup>47</sup> : aucune pression extérieure ne contraint donc le Conseil à modifier cette pratique.

Quelques mots s'imposent ensuite sur la récusation qui n'existe pas dans le cadre du contrôle *a priori*. L'idée d'un mécanisme de récusation à la disposition des saisissants et du gouvernement peut paraître à première vue quelque peu saugrenue. En effet, selon Marc Guillaume, « il n'y a pas de parties à proprement parler »<sup>48</sup>. Cependant, il y a bien un demandeur : le ou les saisissants, et un défendeur : le gouvernement. Or, ceux-ci ont tous deux intérêt à agir. Ainsi, le gouvernement est « en principe la personne publique qui a intérêt au maintien de l'acte attaqué »<sup>49</sup>, tandis que le ou les saisissants défendent l'intérêt général ou du moins leurs intérêts propres en tant que groupe politique. Dès lors, ces autorités peuvent être considérées comme des parties.

L'on pourrait certes soutenir que ces parties sont des autorités politiques agissant dans le cadre de la procédure législative. Or, sur ce point il est largement reconnu que la saisine du Conseil fait l'objet d'une instrumentalisation à des fins partisans. Dès lors la récusation pourrait être détournée de ses fins de la même manière et son intérêt en tant que mécanisme de protection serait compromis. Pire encore, une utilisation intempestive du mécanisme risquerait de jeter durablement le doute sur l'impartialité des juges constitutionnels et déstabiliserait ainsi dangereusement l'institution. Ces arguments se heurtent néanmoins à un obstacle : si l'aboutissement de la saisine dans le cadre du contrôle *a priori* dépend entièrement de la volonté des saisissants, l'aboutissement de la récusation dans le cadre de la QPC est entièrement laissé à la discrétion du Conseil<sup>50</sup>. Dès lors, le Conseil contrôle le mécanisme et peut rejeter les demandes fantaisistes. Par ailleurs, les parlementaires qui ont saisi le Conseil souhaitent en principe que leur saisine aboutisse à une invalidation de la loi et n'ont donc pas intérêt à froisser les juges constitutionnels outre mesure<sup>51</sup>.

Enfin, il est vrai que dans le cadre du contrôle *a priori*, les saisissants ne sont pas des justiciables, ils ne viennent pas défendre leurs droits individuels. Cependant, n'ont-ils pas droit, comme les justiciables, à un juge impartial, au même titre que le gouvernement, et ce au nom de l'intérêt général, en tant que représentants de la Nation ? Plus encore, la majorité des saisines provient

45. *Ibid.*, n° 125, avril 2008, p. 164.

46. P. Mazeaud, « La place des considérations extra-juridiques dans l'exercice du contrôle de constitutionnalité », disponible en ligne : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/documentation/contributions-et-discours/themes/techniques-contentieuses-et-portee-des-decisions/iii-techniques-contentieuses-et-portee-des-decisions.4717.html> : « Le réalisme, comme les modalités concrètes de l'exercice du contrôle de constitutionnalité, peuvent contribuer, autant que la conception que se fait le juge constitutionnel de son office, à une atténuation du contrôle ».

47. Cour EDH, *Ruiz-Mateos c. Espagne*, 26 juin 1993, n° 12952/87, § 58.

48. M. Guillaume, « Avec la QPC, le Conseil constitutionnel est-il devenu une Cour suprême ? », *La semaine juridique*, éd. G, n° 24, 11 juin 2012, doct. n° 722, p. 1180.

49. L. Cadet, J. Normand, S. Amrani-Mekki, *Théorie générale du procès*, Paris, PUF, 2013, p. 727. Les auteurs évoquent alors la question de la définition des parties dans le recours pour excès de pouvoir.

50. CC, « Règlement intérieur sur la procédure... », art. 4-3.

51. Voir *infra* (II.B.1).

de l'opposition ; n'a-t-elle pas des droits au sein de notre système majoritaire<sup>52</sup> ?

Ces quelques arguments démontrent qu'il n'y a pas vraiment d'obstacle définitif à la mise en place de la récusation dans le cadre du contrôle *a priori*. Serait-ce pour autant opportun ? Non, car une contrainte pratique pèse lourdement sur le Conseil : l'exigence de célérité. En effet, le Conseil doit rendre sa décision dans un délai d'un mois, et ce afin de ne pas entraver plus qu'il n'est utile le déroulement de la procédure législative. Pour respecter ce délai, les services du Conseil sont notamment contraints d'anticiper les saisines en commençant à travailler sur la loi avant même que la saisine ne soit transmise au Conseil. Pour Jean-Éric Schoettl, « il faut insister sur cette contrainte de temps car on ne peut apprécier la réalité du contrôle de constitutionnalité "à la française" si on en fait abstraction [...] »<sup>53</sup>. Ainsi, les arguments théoriques en faveur d'une protection accrue de l'impartialité des juges constitutionnels se heurtent ici à une réalité pratique qui constitue l'une des spécificités du contrôle *a priori* des lois. L'argument est cependant moins évident pour le déport puisqu'il existe déjà de façon informelle.

## 2. La persistance injustifiée de la pratique informelle du déport

Si le caractère informel du déport s'explique par certains traits spécifiques du contentieux *a priori*, la question se pose de savoir s'il se justifie toujours au vu des inconvénients qui l'accompagnent. Le premier de ces inconvénients est le caractère extrêmement confidentiel de cette pratique. Cette confidentialité tient à plusieurs facteurs. En premier lieu, la liste des membres présents au délibéré n'a été publiée qu'à partir de 1995<sup>54</sup> pour le contentieux *a priori*, ce qui signifie qu'il n'y a aucun moyen de contrôler les absences pour les décisions antérieures<sup>55</sup>. Ensuite, s'il est possible de déduire les absents de cette liste, il reste cependant impossible d'en distinguer les déports. Les déports ne peuvent au final être repérés que par les observateurs attentifs et bien informés de la vie politique, deux qualités qui ne sont pas si fréquentes.

À notre connaissance, seule la « Chronique constitutionnelle française » de la revue *Pouvoirs* recense avec précision tous les particularismes de la vie du Conseil depuis

les débuts de la revue en 1977, dont les déports. Dès lors, seuls les lecteurs de cette revue et quelques observateurs attentifs de la vie du Conseil connaissent avec précision la pratique du déport informel dans le cadre du contentieux *a priori*. De plus, malgré ce « faisceau d'indices », il subsiste toujours une incertitude faute de preuve.

Le second inconvénient lié à la persistance de ce caractère informel est l'aspect très désorganisé du déport : en la matière il n'y a pas une pratique mais des pratiques. En effet, l'absence de formalisation laisse les membres du Conseil très libres comme en témoigne la décision 98-399 DC dans laquelle M. Mazeaud s'était officiellement déporté. Dans cette affaire le déport n'a été que partiel, sur une disposition, et M. Mazeaud a quand même pris part au vote sur l'ensemble du texte<sup>56</sup>. La demi-mesure manque de clarté ici.

Par ailleurs, alors qu'en principe le déport est un devoir du juge, les considérations d'impartialité deviennent parfois très secondaires comme en témoigne la pratique de M. Giscard d'Estaing<sup>57</sup>. Dans le même ordre d'idée, si le déport avait été formalisé, M<sup>me</sup> Veil aurait peut-être ressenti l'obligation de se déporter pour l'examen du traité établissant une Constitution pour l'Europe puisqu'elle s'était « mise en congé » spécialement afin de participer à la campagne référendaire. M. Giscard d'Estaing siégea également le 9 août 2012, « nonobstant ses prises de position publiques »<sup>58</sup> sur le traité de discipline budgétaire.

En bref et pour reprendre les mots de Pierre Bon sur la question, « tout cela conduit à l'idée que la pratique française des abstentions devait être institutionnalisée, non seulement pour donner un cadre précis à la procédure, mais aussi pour permettre qu'elle se déroule de façon plus satisfaisante »<sup>59</sup>. C'est ce qui s'est passé dans le cadre de la QPC, sous la pression d'une exigence d'impartialité renforcée. Une étape importante a déjà été franchie en ce sens puisque, depuis 2010<sup>60</sup>, les déports sont indiqués dans le commentaire de la décision. Cette nouveauté tend à démontrer la force d'attraction que peut avoir la QPC sur le contrôle *a priori*, cette force conduisant à un renforcement de la protection de l'impartialité des juges constitutionnels pour l'ensemble des contentieux de la constitutionnalité de la loi. Il reste cependant à formaliser cette pratique afin de lui fournir un véritable encadrement.

52. C'est en tout cas ce qu'affirme l'article 51-1 de la Constitution créé par la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 : « Le règlement de chaque assemblée détermine les droits des groupes parlementaires constitués en son sein. Il reconnaît des droits spécifiques aux groupes d'opposition de l'assemblée intéressée ainsi qu'aux groupes minoritaires ».

53. J.-É. Schoettl, « Jusqu'où formaliser la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel ? », in *Constitutions et pouvoirs : mélanges en l'honneur de Jean Gicquel*, Paris, Montchrestien-Lextenso, 2008, p. 540.

54. CC, déc. n° 95-365 DC du 27 juillet 1995, *Loi relevant de 18,60 p. 100 à 20,60 p. 100 le taux normal de la taxe sur la valeur ajoutée à compter du 1<sup>er</sup> août 1995*.

55. Sauf à accéder aux archives du Conseil constitutionnel ; voir *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel, 1958-1986*, B. Mathieu et al. (dir.), Paris, Dalloz, 2014.

56. P. Avril, J. Gicquel, « Chronique constitutionnelle française », *Pouvoirs*, n° 87, novembre 1998, p. 190.

57. Voir *supra* (I.A.2).

58. P. Avril, J. Gicquel, « Chronique constitutionnelle française », *Pouvoirs*, n° 144, janvier 2013, p. 167. La décision concernée est la suivante : CC, déc. n° 2012-653 DC du 9 août 2012, *Traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance au sein de l'Union économique et monétaire*.

59. P. Bon, « Récuser un membre du Conseil constitutionnel », *Dalloz*, 2010, p. 2007.

60. CC, déc. n° 2010-618 DC du 9 décembre 2010, *Loi de réforme des collectivités territoriales*.

## II. Une protection de l'impartialité renouvelée dans le cadre de la QPC

Le cadre du contrôle *a priori* a permis la naissance d'une préoccupation d'impartialité mais cette préoccupation n'a pas été suffisamment développée : la pratique du déport n'a pas bénéficié d'une clarification pourtant nécessaire. Le pas a en revanche été franchi dès 2010 dans le cadre de la QPC par l'adoption d'un règlement intérieur spécifique au contrôle *a posteriori*. L'adoption de ce règlement a été le moyen d'un renouvellement salutaire de la protection de l'impartialité des juges constitutionnels par la formalisation de la pratique existante du déport mais aussi par la mise en place d'un mécanisme de récusation (A). L'instauration de ces mécanismes formels a entraîné un renforcement pratique de l'exigence d'impartialité, le cadre de la QPC constituant un contexte propice à la consolidation de cette exigence dans l'esprit des juges (B).

### A. Un renouvellement formel des mécanismes de protection

Contrairement au cadre du contrôle *a priori*, le cadre de la QPC constitue un contexte favorable à l'épanouissement de la protection de l'impartialité des juges constitutionnels : sans être concret, le contrôle est cependant relié aux justiciables à travers leur saisine. Ce lien spécifique emporte de nombreuses conséquences procédurales, notamment du point de vue de l'impartialité (1). La QPC reste néanmoins un contentieux constitutionnel doté d'un certain degré de généralité et donc soumis à certaines contraintes spécifiques (2).

#### 1. Un contexte favorable au renforcement de l'exigence d'impartialité

La mise en place de la QPC a opéré un glissement important du point de vue du contexte. C'est ce que Marc Guillaume appelle la « fondamentalisation du contrôle »<sup>61</sup>. Dans le cadre du contrôle *a priori* des lois, la mission initiale du Conseil est de contrôler la conformité de la loi à la Constitution. S'il devient juge des droits fondamentaux en 1971<sup>62</sup>, cette mission vient cependant en second : « le Conseil est considéré par excellence comme un juge de la loi alors que les Cours constitutionnelles européennes et

la Cour suprême des États-Unis sont des juges des droits fondamentaux »<sup>63</sup>. La QPC marque un tournant dans cette conception : la norme de référence du Conseil constitutionnel devient « les droits et libertés que la Constitution garantit »<sup>64</sup>. Loin de constituer un affaiblissement du contrôle par son rétrécissement aux seuls droits et libertés, cela constitue au contraire un renforcement de la mission du juge constitutionnel par une spécialisation de celle-ci.

Par ailleurs, c'est au justiciable qu'appartiennent ces droits et libertés, qu'il soit personne physique ou morale, publique ou privée. La QPC respecte ce lien entre les droits fondamentaux et le justiciable puisque c'est à ce dernier qu'il revient de soulever la question de constitutionnalité. Cela entraîne des conséquences importantes du point de vue de l'impartialité et notamment l'applicabilité de l'article 6, § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme : le domaine des questions préjudicielles posées au juge constitutionnel relève du champ de cet article<sup>65</sup>. Ainsi, la QPC doit respecter, dans une mesure propre aux cours constitutionnelles<sup>66</sup>, les exigences du procès équitable dont le devoir d'impartialité. Le Conseil a fait le choix de se conformer à ces standards par l'adoption d'un règlement intérieur du 4 février 2010. Le contradictoire, la publicité et le respect des délais sont aménagés, parfois même largement, par le biais de ce règlement. L'article 4 de celui-ci est consacré à la protection de l'impartialité du juge : l'alinéa 1 formalise la pratique existante du déport : « Tout membre qui estime devoir s'abstenir de siéger en informe le président », tandis que les alinéas 2 et 3 sont consacrés à la récusation.

#### 2. Un renouvellement limité par les caractéristiques du contentieux constitutionnel

S'il est fait une place au justiciable au sein de la QPC, cette dernière reste dotée d'un certain degré de généralité du fait de la norme objet du contrôle et de l'autorité absolue de chose jugée des décisions du Conseil. Dans ce schéma, le justiciable reste un acteur secondaire et non principal, même s'il n'est pas pour autant un simple figurant. La situation personnelle de l'intéressé ne vient qu'à l'appui de la contestation de la conformité de la loi aux droits et libertés et n'en est pas l'objet central. La conséquence est que seule la question de constitutionnalité, détachée du litige, est examinée par le Conseil même si cet examen est précédé d'un rappel des faits<sup>67</sup>. Ainsi, le contentieux constitutionnel échappe quelque part au demandeur

61. M. Guillaume, « Avec la QPC... », p. 1179.

62. CC, déc. n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, *Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901 relative au contrat d'association*.

63. L. Favoreu, « Débat : témoignages d'anciens du Conseil constitutionnel », in *Le Conseil constitutionnel à 40 ans : 27-28 octobre 1998*, Paris, LGDJ, 1999, p. 59.

64. Constitution du 4 octobre 1958, art. 61-1.

65. Cour EDH, *Ruiz-Mateos c. Espagne*, § 59 : « La Cour constate qu'il existait bien un lien étroit entre les objets respectifs des deux types de procédures : l'annulation, par le Tribunal constitutionnel, des normes controversées aurait amené les juges civils à accueillir les prétentions de la famille Ruiz-Mateos ».

66. *Ibid.*, § 63 : « Assurément, les procédures constitutionnelles présentent des caractéristiques propres qui tiennent compte de la spécificité de la norme à appliquer tout comme de l'importance de la décision à rendre pour le système juridique en vigueur ».

67. CC, « Règlement intérieur sur la procédure... », art. 10.

dont les droits se trouvent nécessairement confrontés à certaines limites. Le droit à un juge impartial, si crucial soit-il, n'y fait pas exception.

L'exigence de célérité reste notamment très forte dans le cadre de la QPC. En effet, ce n'est plus le cours de la procédure législative qu'il s'agit de ne pas entraver, mais le caractère prioritaire de la question. De ce caractère prioritaire dépend en grande partie la vitalité de la QPC en tant qu'alternative au contrôle de conventionnalité exercé tant par le juge interne que par la Cour de Strasbourg. Pour préserver ce caractère prioritaire, le Conseil constitutionnel doit rendre sa décision dans un délai de trois mois<sup>68</sup>. Cette contrainte de temps a un impact fort sur l'exigence d'impartialité à commencer par la récusation qui doit être présentée dans le court délai des premières observations<sup>69</sup>, environ trois semaines en pratique. Ce délai n'est pas nécessairement simple à respecter pour les parties puisqu'elles doivent rechercher s'il n'existe pas une cause de récusation liée à la carrière passée des membres du Conseil. Sur ce point, la simple « participation à l'élaboration de la disposition législative » ne suffit pas<sup>70</sup> : il faut démontrer un degré d'implication suffisamment fort pour que de véritables doutes surgissent quant à l'impartialité du membre concerné. Cette démonstration doit être appuyée « des pièces propres à la justifier »<sup>71</sup>. La demande de récusation peut donc s'avérer être un travail conséquent à réaliser en un temps limité. Enfin, une fois le délai écoulé, il devient définitivement impossible aux parties de demander la récusation d'un juge, même si la cause de récusation est découverte après l'écoulement du délai.

Le dépôt quant à lui n'est pas soumis à une quelconque limite de temps, le juge constitutionnel peut donc se déporter jusqu'au dernier moment. Cette capacité est l'expression de son devoir de juge et de ce qui semble être la traditionnelle liberté des membres du Conseil en la matière. Cependant, il est clair que les juges ne peuvent abuser de cette liberté pour des raisons de bonne administration de la justice et notamment de quorum. En effet, le problème du quorum est loin d'être une hypothèse d'école pour le Conseil constitutionnel. L'institution s'est trouvée confrontée à ce dilemme dans le cadre de la QPC 2010-100<sup>72</sup> : seuls six membres étaient présents au délibéré alors

que le quorum est de sept membres<sup>73</sup>. Selon le commentaire de la décision, seule M<sup>me</sup> Bazy Malaurie s'est déportée lors de cette décision. Deux membres étaient donc absents pour des raisons personnelles. Dans une telle situation, le Conseil avait deux possibilités : reporter le délibéré à une date ultérieure et risquer d'enrayer le tempo exigeant de la QPC ou siéger malgré tout en invoquant la force majeure<sup>74</sup>. Le Conseil a choisi de siéger, faisant ainsi primer l'exigence de célérité sur la collégialité. Ce choix discutable pourrait cependant être conforme à la jurisprudence européenne qui tend à privilégier le réalisme à un « formalisme excessif »<sup>75</sup> en ces cas spécifiques. Néanmoins, on ne peut que regretter le silence de l'institution sur ce point, alors même que « seul le Conseil peut se prononcer sur cette absence de quorum »<sup>76</sup>.

Si cette hypothèse reste assez rare, sa menace est en revanche plus fréquente : le Conseil statue régulièrement à sept membres<sup>77</sup>. Il apparaît alors d'autant plus important que les dépôts soient initiés le plus rapidement possible au cours de la procédure afin de solutionner les problèmes d'organisation qui pourraient survenir. Sur ce point les membres du Conseil sont aidés par le secrétaire général qui leur rappelle, si besoin est, leur niveau d'implication par rapport à la disposition législative concernée<sup>78</sup>. De plus, les juges ont à disposition les travaux du service documentation « qui procède à une analyse complète, pour chaque disposition législative renvoyée, des débats parlementaires ayant abouti à son adoption ainsi que des décisions juridictionnelles importantes auxquelles elle a donné lieu »<sup>79</sup>.

Ainsi, comme dans le cadre du contrôle *a priori*, l'exigence d'impartialité se trouve parfois limitée par d'autres impératifs ou confrontée à des contraintes pratiques non négligeables. Ces contraintes restent cependant surmontables et n'ont pas fait obstacle au renforcement de l'exigence d'impartialité dans le cadre de la QPC.

## B. Un renforcement pratique de l'exigence d'impartialité

La QPC est un véritable « procès constitutionnel »<sup>80</sup> soumis à certaines exigences spécifiques. Ce cadre juridictionnalisé n'est pas dénué d'influence sur l'état d'esprit du juge et sa

68. Ordonnance portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, art. 23-10.

69. CC, « Règlement intérieur sur la procédure... », art. 4-2.

70. *Ibid.*, art. 4-3.

71. *Ibid.*, art. 4-2.

72. CC, déc. n° 2010-100 QPC du 11 février 2011, *M. Alban Salim B.*

73. Ordonnance portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, art. 14.

74. *Ibid.*

75. Voir notamment Cour EDH, *Sofianopoulos et autres c. Grèce*, 12 décembre 2002, n° 1988/02 ; Cour EDH, *Harabin c. Slovaquie*, 20 février 2013, n° 58688/11, § 136.

76. P. Deumier, « Le Conseil constitutionnel, juridiction impartiale et indépendante ? », *Revue trimestrielle de droit civil*, 2012, p. 481.

77. Ce fut par exemple le cas pour les décisions suivantes : CC, déc. n° 2014-390 QPC du 11 avril 2014, *M. Antoine H.* ; CC, déc. n° 2014-389 QPC du 4 avril 2014, *Syndicat national des médecins biologistes* ; CC, déc. n° 2012-292 QPC du 15 février 2013, *M<sup>me</sup> Suzanne P.-A.* ; CC, déc. n° 2012-288 QPC, 17 janvier 2013, *Consorts M.* ; CC, déc. n° 2012-281 QPC du 12 octobre 2012, *Syndicat de défense des fonctionnaires*.

78. M. Guillaume, « L'organisation du secrétariat général du Conseil constitutionnel pour la QPC », in *Colloque question sur la question*, 2012 (vidéo de l'intervention disponible en ligne : [http://www.dailymotion.com/playlist/x2cgyq\\_ut-capitole\\_ifr-qpc-2/1#video=xvfw1s](http://www.dailymotion.com/playlist/x2cgyq_ut-capitole_ifr-qpc-2/1#video=xvfw1s)).

79. R. Fraisse, « La procédure en matière de QPC devant le Conseil constitutionnel, considérations pratiques », *L'actualité juridique. Droit administratif*, n° 22, 2011, p. 1246.

80. D. Rousseau, « Le procès constitutionnel ».

façon de concevoir son office (1). Ce renforcement pratique de l'exigence d'impartialité doit cependant être nuancé : le dynamisme du déport reste lié à la composition spécifique du Conseil constitutionnel (2).

### 1. Une exigence d'impartialité plus tangible pour le juge

Comme la norme ne peut prétendre être obligatoire qu'assortie d'une sanction, l'exigence d'impartialité n'existe véritablement que si la partialité est sanctionnée, ou du moins risque de l'être. La sanction matérialise l'exigence d'impartialité pour le juge : elle la rend effective et concrète. Dans le cadre de la QPC, cette sanction peut être déclenchée par les parties de deux manières : soit en demandant la récusation d'un juge au cours de la procédure, soit une fois la décision rendue en saisissant la Cour européenne des droits de l'homme. La possibilité de déport offre quant à elle au juge une voie de sortie face à cette menace de sanction et l'encourage à avoir un état d'esprit respectueux de l'exigence d'impartialité, autrement dit à adopter une déontologie<sup>81</sup>.

À première vue pourtant, le mécanisme de la récusation semble peu efficace : on dénote un petit total de huit demandes de récusation sur plus de trois cents QPC entre mars 2010 et mars 2014 et encore faut-il souligner que six de ces demandes ont été effectuées lors de la même décision<sup>82</sup>. Par ailleurs, aucune demande de récusation n'a abouti à ce jour. Certaines explications, convaincantes, ont été avancées pour comprendre ce manque de dynamisme : la récusation est délicate à mettre en œuvre et peut constituer un risque pour les parties de froisser le juge et ses pairs et « cette difficulté est encore plus manifeste devant le Conseil constitutionnel compte tenu du prestige de ses membres et de l'intégrité qui est censée y être attachée »<sup>83</sup>. Le mécanisme de la récusation serait-il alors inadapté au contentieux constitutionnel « à la française » ?

À notre avis, il ne faut pas juger trop sévèrement ce procédé ni le condamner trop vite à l'oubli. En réalité, sa simple existence est une pression non négligeable sur la conscience du juge. En effet, il apparaît que les juges constitutionnels anticipent souvent les demandes de récusation par leur déport. La récusation connaîtrait donc un dynamisme indirect.

Plusieurs indices concourent à rendre plausible cette hypothèse : en premier lieu, les membres de droit ont

pris l'habitude de ne pas siéger en QPC. Cela reflète la conscience de ceux-ci de ne pas forcément avoir leur place dans cette procédure juridictionnalisée, mais surtout ils « redoutent, notamment, une demande de récusation »<sup>84</sup> dont ils sont les premières cibles potentielles de par leur carrière politique extrêmement riche.

Ensuite, la pratique démontre que les demandes de récusation semblent parfois désamorçées par un déport simultané à la transmission de celles-ci. Ainsi, trois demandes de récusation ont échoué car les membres concernés avaient décidé de se déporter au même moment. C'est le cas pour les demandes dirigées à l'encontre de MM. Barrot et Charasse dans la décision 2011-143 QPC. Le commentaire de la décision indique que ceux-ci « ne siègent pas dans ces QPC » ce qui a rendu les demandes de récusation sans objet. Le même cas de figure se présente dans la décision 2011-208 QPC : « M. Michel Charasse ayant informé le président du Conseil constitutionnel de son intention de s'abstenir de siéger, le Conseil n'a pas eu à examiner la demande de récusation ». Il est cependant assez frustrant pour l'observateur de ne pas savoir avec certitude si le déport a été décidé avant que la demande de récusation soit communiquée au membre concerné ou après. La formulation, différente de celle des déports classiques, semble indiquer qu'il a été décidé suite à la demande de récusation ce qui confirme notre hypothèse mais dans ce cas le membre n'aurait-il pas dû acquiescer à la récusation<sup>85</sup> pour plus de clarté ?

Par ailleurs, les juges constitutionnels se trouvent désormais soumis à la menace d'une condamnation par la Cour européenne des droits de l'homme. En effet, chaque nouvelle décision QPC est susceptible de faire l'objet d'un recours par un justiciable estimant ses droits lésés. Dans cette hypothèse, la Cour examinera non seulement la présence de mécanismes de protection adéquats mais surtout les circonstances concrètes de leur utilisation afin de déterminer si le droit à un juge impartial a été respecté. Par exemple, dans l'affaire *Harabin*<sup>86</sup> la Cour de Strasbourg note que la Cour constitutionnelle slovaque avait refusé la demande de récusation présentée par une partie sans expliquer ce refus, alors même que quatre des juges concernés avaient déjà été récusés au cours de la procédure antérieure. La réunion de ces deux circonstances a conduit la Cour à conclure à la violation de l'article 6, § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme<sup>87</sup>. Il faut

81. Voir G. Canivet, J. Joly-Hurard, *La déontologie du magistrat*, Paris, Dalloz, 2009, p. 20 : « [...] la déontologie est un instrument d'auto-régulation d'un corps organisé, destiné à ce que ses membres se comportent conformément aux devoirs qui leur sont impartis, en adéquation avec les intérêts du corps auquel ils appartiennent et dans des conditions de nature à préserver l'image et l'intégrité de celui-ci [...] ».

82. CC, déc. n° 2011-143 QPC du 30 juin 2011, *Département de la Seine-Saint-Denis et de l'Hérault*.

83. E. Cartier, « La récusation et le déport devant le Conseil constitutionnel : cote mal taillée ou réelle avancée ? », *Les petites affiches*, n° 89, 2011, p. 22.

84. P. Avril, J. Gicquel, « Chronique constitutionnelle française », *Pouvoirs*, n° 136, janvier 2011, p. 194.

85. CC, « Règlement intérieur sur la procédure... », art. 4-3 : « La demande est communiquée au membre du Conseil constitutionnel qui en fait l'objet. Ce dernier fait connaître s'il acquiesce à la récusation. Dans le cas contraire, la demande est examinée sans la participation de celui des membres dont la récusation est demandée ».

86. Cour EDH, *Harabin c. Slovaquie*, § 135 à 142.

87. *Ibid.*, § 137 : « The Court notes, firstly, that two of the judges challenged by the applicant and two other judges challenged by the Minister had been excluded in earlier sets of proceedings before the Constitutional Court involving the applicant. Doubts were likely to arise on that ground as to their impartiality. Convincing arguments should be adduced to clearly indicate why the challenges in their respect could not be accepted in the case under consideration ».

cependant noter que le recours devant le juge européen reste soumis à certaines conditions de recevabilité dont l'épuisement des voies de recours internes<sup>88</sup>, ce qui inclut le recours en récusation<sup>89</sup>. Or, au vu de l'utilisation très relative du mécanisme devant le Conseil, la menace d'une condamnation demeure actuellement modeste<sup>90</sup>.

Enfin, le nombre de déports dans le cadre de la QPC est révélateur, en lui-même, du caractère plus tangible de l'exigence d'impartialité pour les juges constitutionnels. En effet, si l'on a pu relativiser l'importance de ce nombre, qui n'est après tout que de quarante-et-un sur plus de trois cent QPC entre mars 2010 et mars 2014, il reste qu'il constitue une véritable révolution par rapport à la pratique du déport dans le cadre du contrôle *a priori* : on a une quarantaine de déports en quatre ans contre une poignée en plus de cinquante ans<sup>91</sup> ! Or, la composition du Conseil n'a pas changé, c'est donc bien le cadre du contrôle qui a été modifié et qui a rendu l'exigence d'impartialité plus pressante pour les juges constitutionnels.

## 2. Un renforcement à nuancer au regard de la composition spécifique du Conseil

Si l'exigence d'impartialité est devenue plus pressante pour les juges constitutionnels, il faut cependant bien admettre qu'il serait impossible d'observer ce renforcement si la composition du Conseil était exempte de reproche. Ainsi, la carrière passée des membres reste le talon d'Achille de l'institution et cette faiblesse se trouve mécaniquement aggravée face à un contexte plus exigeant. De plus, le risque de partialité ne réside plus seulement dans la carrière politique des membres, mais aussi dans leur carrière judiciaire, administrative, voire universitaire<sup>92</sup>. En effet, la loi jugée est désormais la « loi juridictionnelle »<sup>93</sup>, telle qu'interprétée par les tribunaux, appliquée par l'administration et commentée par la doctrine.

Plus précisément, si la richesse de la carrière des membres du Conseil constitutionnel constitue indubitablement un atout pour ceux dont la lourde tâche est de juger de la constitutionnalité de la loi, force est de

constater qu'une trop grande expérience politique peut poser quelques problèmes du point de vue de l'impartialité. En effet, les hommes et femmes politiques sont amenés à prendre des positions tranchées, par définition partisans, sur de nombreux sujets. Par ailleurs, ils ont souvent eu des responsabilités à la fois locales et nationales. Ainsi, le membre cumulant le plus grand nombre de déports est M. Charasse avec dix-sept déports sur quarante-et-un en mars 2014. Ce n'est pas étonnant au vu de sa carrière : il a notamment été maire, conseiller régional, ministre, sénateur, membre de diverses agences, comités et fonds... de 1962 à 2010. M. Charasse a ainsi dû se déporter en 2010 pour la décision *Fusion de communes*<sup>94</sup> du fait de son implication dans le domaine de la décentralisation. Il s'est à nouveau déporté le 22 septembre 2010 pour des raisons similaires<sup>95</sup>. Il s'est ensuite déporté le 29 septembre 2010 à l'occasion de la QPC portant sur l'impôt de solidarité sur la fortune<sup>96</sup> pour des raisons qui tiennent « sans ambiguïté à sa qualité de ministre délégué au Budget sous le Gouvernement Mauroy, à l'initiative de cet impôt »<sup>97</sup>.

La pratique des autres membres du Conseil semble plus nuancée et c'est peut-être parce que leur carrière n'a pas été exclusivement politique. Ainsi, M. Haenel, qui fut conseiller régional, sénateur... mais aussi membre du Conseil d'État cumule cinq déports. Il s'est notamment déporté pour la décision *SARL du Parc d'activités de Blotzheim*<sup>98</sup> pour des raisons relatives à ses anciennes fonctions de conseiller régional d'Alsace et plus généralement du fait de son implication dans cette région. Il en fut sûrement de même pour la décision *Société SOMODIA* visant l'interdiction du travail le dimanche en Alsace-Moselle<sup>99</sup>. Enfin, son déport dans la décision *M. Pierre G.* semble lié à ses fonctions antérieures de conseiller régional, cette décision portant sur les inéligibilités au mandat de conseiller général<sup>100</sup>.

Cependant, une carrière de magistrat n'est pas une garantie absolue contre le risque de partialité. En tranchant une affaire, les juges prennent parti pour une solution juridique. Dès lors, « si une décision peut être le résultat final d'un processus décisionnel impartial, elle est par définition partielle »<sup>101</sup>. Ainsi, M. Canivet cumule trois

88. Convention EDH, art. 35, § 1.

89. Cour EDH, *Adriano SOFRI et autres c. Italie*, 27 mai 2003, n° 37235/97.

90. Néanmoins cette voie de recours pourrait être considérée comme inefficace par la Cour si, par exemple, le Conseil déboutait systématiquement les demandeurs à l'avenir. Cela dispenserait alors les requérants de l'utiliser (Cour EDH, *Kleyn et autres c. Pays-Bas*, 6 mai 2003, n° 39343/98, § 158).

91. Ceci dit, il est intéressant de noter qu'entre mai 2010 et août 2014, six déports ont été signalés dans le commentaire de la décision, alors que la revue *Pouvoirs* en recense seulement une dizaine depuis 1977. Cela nous amène à penser que la « Chronique constitutionnelle française » n'a probablement pas recensé l'intégralité des déports, ce qui n'est pas anormal au vu des caractéristiques que nous avons pu observer.

92. Voir P. Bon, « Récuser un membre du Conseil constitutionnel », p. 2007.

93. D. Rousseau, « Le procès constitutionnel », p. 50.

94. CC, déc. n° 2010-12 QPC du 2 juillet 2010, *Commune de Dunkerque [Fusion de communes]*.

95. CC, déc. n° 2010-297/37 QPC du 22 septembre 2010, *Commune de Besançon et autre*.

96. CC, déc. n° 2010-44 QPC du 29 septembre 2010, *Époux M.*

97. E. Cartier, « La récusation et le déport devant le Conseil constitutionnel... », p. 22.

98. CC, déc. n° 2010-88 QPC du 28 janvier 2011, *SARL du Parc d'activités de Blotzheim*.

99. CC, déc. n° 2011-157 QPC du 5 août 2011, *Société SOMODIA*.

100. CC, déc. n° 2012-230 QPC du 6 avril 2012, *M. Pierre G.*

101. Cour EDH, *Kyprianou c. Chypre*, 15 décembre 2005, n° 73797/01, opinion concordante de M. le juge Zupancic.

dépôts en mars 2014, notamment du fait de ses fonctions anciennes de premier président de la Cour de cassation pour la QPC portant sur la loi dite anti-Perruche<sup>102</sup>. Il s'est aussi déporté du fait de ces mêmes fonctions dans la QPC *M. Kiril Z.* Il s'était alors prononcé en faveur des enregistrements audiovisuels des interrogatoires et confrontations en matière criminelle<sup>103</sup>.

Une carrière d'universitaire est-elle une meilleure garantie d'impartialité ? Il est vrai que les chercheurs sont des spécialistes, leur travail reste donc souvent cantonné à un domaine particulier ce qui tend à les protéger un peu plus. Ils peuvent cependant avoir d'autres activités. Par exemple, M<sup>me</sup> Belloubet, professeur d'université entrée en fonction en mars 2013 fut conseillère municipale, adjointe au maire de Toulouse et conseillère régionale de Midi-Pyrénées. Bien qu'elle n'ait pas encore eu à se déporter depuis son entrée au Conseil en mars 2013, cette expérience politique liée aux collectivités territoriales pourrait être source de déport dans sa carrière de conseillère. Quoi qu'il en soit, il est clair que le risque zéro en matière d'impartialité n'existe pas et c'est d'autant plus logique pour le Conseil que ses membres ont tous eu une carrière riche et prolongée<sup>104</sup>.

Ce constat amène néanmoins à penser que la protection de l'impartialité des juges constitutionnels doit bénéficier d'une attention particulière. Cette problématique fut soulignée dès 1988 par le doyen Vedel :

[...] il demeure à justifier le mode d'investiture des juges constitutionnels, les garanties d'impartialité ou de science juridique qu'ils offrent, les procédures par lesquelles ils sont saisis. Il reste encore à vérifier que leur lecture des normes constitutionnelles est épurée au maximum de tout subjectivisme<sup>105</sup>.

La première chose à faire, nous semble-t-il, est d'harmoniser le régime de protection des contentieux *a priori* et *a posteriori*, du moins concernant le déport. En 1983, Pierre Avril et Jean Gicquel réclamaient une harmonisation procédurale des contentieux électoral et *a priori* : « le processus d'unification des contentieux subjectif et objectif qui en résulterait ne pourrait qu'être bénéfique à l'institution »<sup>106</sup>. L'idée est donc ancienne. En 2010, la QPC a définitivement changé la nature du Conseil et le contentieux *a priori* des lois, dont la vitalité reste intacte, ne saurait plus longtemps faire l'économie d'une clarification en matière d'impartialité.

102. CC, déc. n° 2010-2 QPC du 11 juin 2010, *M<sup>me</sup> Vivianne L.*

103. CC, déc. n° 2012-228/229 QPC du 6 avril 2012, *M. Kiril Z.*

104. Voir, pour des développements complémentaires, P. Deumier, « Le Conseil constitutionnel... », p. 481 : « En définitive, on le voit, les probabilités de mise en cause de l'impartialité peuvent varier en fonction du profil du juge constitutionnel mais aucun profil ne s'impose comme réponse adéquate. L'exigence même d'une compétence particulière pour le contrôle de constitutionnalité de la loi portera à désigner des membres ayant consacré leur carrière à la loi ou à la Constitution, que ce soit à leur fabrication, leur application ou leur étude critique, et dès lors par hypothèse ayant pu exprimer une opinion sur la constitutionnalité de nombreuses dispositions ».

105. G. Vedel, « Le Conseil constitutionnel, gardien du droit positif ou défenseur de la transcendance des droits de l'homme », *Pouvoirs*, n° 45, avril 1988, p. 152.

106. P. Avril, J. Gicquel, « Chronique constitutionnelle française », *Pouvoirs*, n° 25, avril 1983, p. 189. Les auteurs évoquaient alors la publicité des noms du rapporteur et des membres présents au délibéré.