L'impartialité du Conseil constitutionnel

Alexia David

▶ **To cite this version:**

Alexia David. L'impartialité du Conseil constitutionnel. Droit. Normandie Université, 2021. Français. NNT : 2021NORMC003 . tel-03331880v2

HAL Id: tel-03331880

https://normandie-univ.hal.science/tel-03331880v2

Submitted on 13 Jan 2023

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.

Normandie Université

THÈSE

Pour obtenir le diplôme de doctorat

Spécialité SCIENCES JURIDIQUES

Préparée au sein de l'Université de Caen Normandie

L'impartialité du Conseil constitutionnel

Présentée et soutenue par
Alexia DAVID

Thèse soutenue publiquement le 12/01/2021 devant le jury composé de		
M. PIERRE ESPLUGAS-LABATUT	Professeur des universités, Université Toulouse 1 Capitole	Rapporteur du jury
M. DOMINIQUE ROUSSEAU	Professeur des universités, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne	Rapporteur du jury
Mme FANNY MALHIERE	Maître de conférences, Université de Bourgogne	Membre du jury
M. THOMAS PERROUD	Professeur des universités, Université Paris 2 Panthéon-Assas	Président du jury
M. JEAN-MANUEL LARRALDE	Professeur des universités, Université Caen Normandie	Directeur de thèse
Mme MARIE-JOELLE REDOR-FICHOT	Professeur émérite, Université Caen Normandie	Co-directeur de thèse

Thèse dirigée par JEAN-MANUEL LARRALDE et MARIE-JOELLE REDOR-FICHOT, Centre de recherches sur les droits fondamentaux et les évolutions du droit (Caen)

UNIVERSITÉ CAEN NORMANDIE

ED 98 DN Droit Normandie

CRDFED
CENTRE DE RECHERCHE SUR LES DROITS FONDAMENTAUX & LES ÉVOLUTIONS DU DROIT
EA2132

L’Université de Caen Normandie n’entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

À Natalia,

Aux femmes de ma famille,

REMERCIEMENTS

Je souhaite remercier les professeurs Jean-Manuel Larralde et Marie-Joëlle Redor-Fichot. Si l'on parle traditionnellement de « direction » de thèse, ce mot est bien froid pour décrire l'accompagnement qui fut le leur durant ces années. Leur présence constante et bienveillante ainsi que leurs conseils avisés ont éclairé mon chemin.

Je tiens ensuite à remercier Mme Fanny Malhière et MM. les professeurs Pierre Esplugas-Labatut, Thomas Perroud et Dominique Rousseau de me faire l'honneur de siéger dans ce jury.

J'aimerais également remercier M. Lionel Brau du service documentation du Conseil constitutionnel, ainsi que M. Jean-Louis Debré, pour avoir pris le temps de répondre à mes questions. Que soient aussi remerciés les professeurs qui ont bien voulu relire certains passages de ma thèse ou répondre à mes interrogations (M. Jean-Christophe Lecoustumer, Mme Eleonora Bottini, Mme Dominique Custos) et qui m'ont soutenue dans mes projets (Mme Élodie Saillant).

Toute ma gratitude s'adresse aux membres du CRDFED. Merci en particulier à Aysegul, Eugénie et Juliette, leur solidarité et leur amitié furent précieuses. Enfin, merci à Guillaume de m'avoir épaulée, ainsi qu'à mes parents dont la confiance imperturbable m'a portée tout au long de ce travail.

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

AJDA	Actualité juridique du droit administratif
al.	alinéa
CC	Conseil constitutionnel
CCass. Ass. plén.	Cour de cassation, Assemblée plénière
CCass crim.	Cour de cassation, Chambre criminelle
CE	Conseil d'État
CE, Ass.	Conseil d'État, Assemblée
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CGCT	Code général des collectivités territoriales
CGI	Code général des impôts
CJA	Code de justice administrative
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
Const. 1958	Constitution du 4 octobre 1958
CPC	Code de procédure civile
CPP	Code de procédure pénale
DC	Contrôle de constitutionnalité des lois ordinaires, lois organiques, des traités, des règlements des Assemblées
Décret n° 59-1292 du 13 novembre 1959	Décret n° 59-1292 du 13 novembre 1959 *sur les obligations du Conseil constitutionnel, JORF* du 15 novembre 1959
DDHC	Déclaration des droits de l'homme du 26 août 1789
dir.	direction
Documents pour servir à l'histoire...	COMITE NATIONAL CHARGE DE LA PUBLICATION DES TRAVAUX PREPARATOIRES DES INSTITUTIONS DE LA V^E^ REPUBLIQUE, *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*
et. al.	*et alii*
Gr. Ch.	Grande Chambre
Ibid.	*ibidem*
JORF	Journal officiel de la République française
not.	notamment
op. cit	*opus citatum*
OVC	Objectif de valeur constitutionnelle
Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958	Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 *portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, JORF* du 9 novembre 1958
PFRLR	Principes fondamentaux reconnus par les lois de la République
Pouvoirs	Revue Pouvoirs
PUF	Presses universitaires de France
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité

rec. Lebon	publié au Recueil Lebon
RDP	Revue de droit public
Règlement intérieur du 4 février 2010	Décision du 4 février 2010 *portant règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité, JORF* n° 0041 du 18 février 2010.
RFDA	Revue française de droit administratif
RFDC	Revue française de droit constitutionnel
RIP	Référendum d'initiative partagée
TC	Tribunal des conflits

SOMMAIRE

INTRODUCTION GÉNÉRALE

PARTIE I. LA PARTIALITÉ MESURÉE

Titre I. Un risque inhérent au contrôle de constitutionnalité

Chapitre I. Un risque existant dans l'interprétation de la Constitution
Section I. Les textes constitutionnels, objets dans les mains du juge
Section II. Un environnement juridique contraignant
Chapitre II. Un risque existant dans l'appréciation de la constitutionnalité de la loi
Section I. L'impact relatif des critères d'appréciation sur la liberté d'appréciation du Conseil
Section II. L'impact ambivalent de la contrainte de légitimité sur le risque de partialité

Titre II. Un risque lié à la double vie des juges partiellement appréhendé

Chapitre I. La double vie présente limitée par le statut
Section I. La « liberté de parole et de mouvement » des anciens Présidents de la République
Section II. La vie de juge constitutionnel privilégiée chez les membres nommés
Chapitre II. L'appréhension insuffisante de la double vie passée des juges
Section I. Des outils insuffisants face au risque de partialité lié à la carrière antérieure des juges
Section II. Une approche à faire évoluer

PARTIE II. L'IMPARTIALITÉ RECHERCHÉE

Titre I. Un juge aux qualités fragiles

Chapitre I. Une indépendance à renforcer
Section I. Des garanties classiques d'indépendance fortes
Section II. Les limites du statut d'indépendance
Chapitre II. Une compétence à consolider
Section I. Une compétence juridique nécessaire mais peu garantie par les textes
Section II. Les limites des garanties pratiques

Titre II. Un procès en construction

Chapitre I. Les avancées de la contradiction
Section I. Une contradiction se jouant entre les parties
Section II. Une contradiction renforcée par les tiers
Chapitre II. Les évolutions de la collégialité, du secret et de la publicité
Section I. Des failles dans la collégialité
Section II. L'impact incertain d'une publicité accrue sur l'impartialité des juges

CONCLUSION GÉNÉRALE

ANNEXE 1 – Tableau des déports dans le cadre du contrôle *a priori* de 1958 à 2019
ANNEXE 2 – Tableaux des déports dans le cadre de la QPC de 2010 à 2019

INTRODUCTION GÉNÉRALE

1. La doctrine du XIX^e^ et du début du XX^e^ siècles défendait l'idée selon laquelle le juge est tiers par rapport aux pouvoirs exécutif et législatif : « *Il faut donc effacer le pouvoir judiciaire de la liste des pouvoirs publics ; au reste, le langage exact est "*autorité judiciaire*" et non pas "*pouvoir judiciaire*"* »[1]. Pour la doctrine publiciste, cette rhétorique justifiait la place éminente accordée au juge au sein de l'État de droit[2]. Il y eut ainsi un curieux cheminement : « *à l'époque de l'État légal, les principes politiques étaient justement censés garantir les citoyens contre les abus de pouvoir* »[3], puis cette mission fut confiée aux juges dans le cadre de l'État de droit.

2. Aujourd'hui encore, cette vision perdure même si elle est remise en cause de multiples manières. La distinction entre le monde du droit et celui de la politique persiste, bien qu'il soit reconnu que la politique est saisie par le droit et inversement[4], tout comme la forme syllogistique des décisions de justice continue de faire apparaître celles-ci comme le résultat d'un processus purement déductif.

---

[1] M. HAURIOU, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, 2^e^ éd., Recueil Sirey, 1930, p. 52-53, disponible sur : <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5042662> : « *Montesquieu avait distingué trois pouvoirs : l'exécutif, le législatif et le judiciaire ; les deux premiers ont conservé leur raison d'être parce qu'ils sont restés des pouvoirs politiques ; le pouvoir judiciaire a perdu le caractère politique qu'il avait au XVIII^e^ siècle, à l'époque où les Parlements judiciaires en France faisaient de l'opposition politique à la royauté en refusant l'enregistrement des ordonnances ; il n'est plus actuellement qu'un* pouvoir social, *et nous le retrouverons à propos de la constitution sociale. Il faut donc effacer le pouvoir judiciaire de la liste des pouvoirs publics ; au reste, le langage exact est "*autorité judiciaire*" et non pas "*pouvoir judiciaire*"* ». Voir p. 306 : « *Cette situation diminuée du juge, qui, à certains égards, a des inconvénients, présente, du moins, un avantage ; elle nous assure que nous ne risquons pas de tomber sous le gouvernement politique des juges, alors même que nous leur reconnaîtrions le droit de déclarer l'inconstitutionnalité des lois* ». Voir aussi L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 3^e^ éd., t. II, E. de Boccard, 1928, p. 450, disponible sur : <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k9326470> : « *l'acte de juridiction n'est pas un acte de volonté* [...]. *L'acte de juridiction est seulement une opération de l'intelligence* ». Ainsi le juge « *ne peut pas mettre sa volonté à la place de l'opération logique qui est dominée par une majeure et par une mineure selon la loi de l'esprit humain* ». Voir aussi p. 538 à 541 de l'ouvrage.

[2] Voir M.-J. REDOR, *De l'État légal à l'État de droit : l'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française, 1879-1914*, Economica ; Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1992, p. 267 : « *Avec l'État de droit, c'est désormais la fonction juridictionnelle qui est définie comme spécifique, alors que législatif et exécutif se confondent dans un même rôle, plus politique, celui de l'édiction des normes* ». Voir aussi p. 315-316 : « *l'État de droit permet à la fois de transformer des données politiques en termes juridiques et de dénoncer comme juridiquement illégitime cet autre fait politique qu'est la puissance du parlement. Loin d'être apolitique, la conception de l'État de droit consiste à traduire en termes juridiques des problèmes éminemment politiques et prétend les résoudre sur le terrain du droit qui bénéficie du fait que la discipline tend à se constituer comme science pour se donner comme terrain neutre* ».

[3] *Ibid.*, p. 269.

[4] Voir L. FAVOREU, *La politique saisie par le droit : alternances, cohabitation et Conseil constitutionnel*, Économica, 1988, 153 p. ; B. FRANÇOIS, in *Le Conseil constitutionnel a 40 ans : 27-28 octobre 1998*, LGDJ, 1999, p. 75-82.

3. La réalité est cependant plus complexe puisque droit et politique ne sont pas des domaines séparés. Les juges sont ensuite des êtres humains, ils sont par définition *orientés*. Les juridictions elles-mêmes, en particulier les juridictions constitutionnelles, font partie intégrante d'un système politico-juridique et ne sauraient être considérées comme tiers par rapport à ce système. A. Kojève le reconnaissait : même s'il définissait la situation juridique comme celle faisant intervenir un tiers désintéressé, il concédait que cette définition du tiers n'avait « *aucune valeur* réelle »[5].

4. Certes, le juge peut faire *comme s'il* était cet être supérieur aux yeux bandés, ce que préconisait Kojève reprenant l'adage *Fiat justicia, pereat mundus* : « *Autrement dit le Juge n'est vraiment "désintéressé" que s'il accepte sa propre ruine en fonction de son intervention* »[6]. Cependant l'on sent bien la faible garantie que constitue une telle affirmation. Dès lors, le Conseil constitutionnel est-il juge et partie, ne pouvant prétendre à une quelconque impartialité ?

5. Pour répondre à cette question, il nous faudra d'abord redéfinir la notion d'impartialité, car cette notion fait l'objet d'illusions empêchant de voir ce qu'elle est vraiment. Nous démontrerons alors que l'impartialité du juge est une qualité relative et atteignable, dans le cadre d'un système ne séparant pas hermétiquement droit et politique. Nous aurons ainsi défini, pour partie, l'objet de notre étude (I). Ensuite, l'impartialité est une qualité nécessaire du juge. Cependant le Conseil constitutionnel est-il lui-même un véritable juge ? La genèse du contrôle de constitutionnalité en France pourrait en faire douter. Nous constaterons néanmoins que le contrôle de la constitutionnalité des lois est bien une fonction juridictionnelle exigeant l'impartialité des juges constitutionnels français, ce qui montrera l'intérêt de notre étude (II) et nous autorisera à poser la question de la concrétisation de cette exigence pour le Conseil constitutionnel (III).

---

[5] A. KOJEVE, *Esquisse d'une phénoménologie du droit : exposé provisoire*, Gallimard, impr. 2007 [reprod. en fac-sim. de l'éd. 1981], p. 77. Il ajoutait : « *En fait il n'y a pas de Juge "désintéressé". C'est parce qu'on s'est rendu compte (plus ou moins explicitement) de cette difficulté qu'on a toujours voulu voir en C* [par rapport à A et B] *un être* divin*. En effet Dieu seul est vraiment "désintéressé" au sens indiqué. Car il est en dehors du monde où se passent l'interaction et son intervention* » (p. 78).

[6] *Ibid.* Il précisait : « *Il doit donc faire abstraction de cette réaction, du contrecoup de son intervention. Il doit intervenir, agir* comme *s'il était un être divin, transcendant par rapport au monde où il agit* ». Voir plus généralement p. 73-94.

I. La complexité d'une notion

6. Nous aborderons la notion d'impartialité à travers plusieurs points de vue : les dictionnaires, les textes, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, la doctrine et les recueils de déontologie. La combinaison de ces points de vue nous offrira une vision globale de la notion d'impartialité. Cela constituera la base de notre réflexion (A) et de la définition que nous proposons (B). Nous distinguerons ensuite l'impartialité de notions proches, notamment l'indépendance (C).

A. Une notion riche de sens

7. Le terme partial trouve ses racines dans le latin médiéval *partialis,* qui signifie « *factieux, de parti pris* »[7]. Ce mot est lui-même dérivé du mot *pars* qui se rattache à l'idée de « *partie, part, portion* »[8] mais aussi de « *parti, cause* »[9]. Plusieurs expressions latines utilisant le terme *pars* démontrent que l'idée d'impartialité est déjà en germe alors même que le mot pour la désigner n'est pas encore créé. L'expression *in utramque partem disputare* qui signifie « *discuter dans les deux sens, examiner le pour et le contre* »[10] en témoigne. L'impartialité est ici reliée à la contradiction. La notion d'impartialité est aussi présente dans la définition du terme *aequitas*[11] qui renvoie aux notions d'égalité et d'équité. L'impartialité est notamment rapprochée de l'« *égalité d'âme* »[12] qui vise l'équilibre moral, l'absence de passion, de parti pris.

8. Le terme partial naît véritablement au XV^e^ siècle et signifie « *attaché à un parti* »[13]. Le sens du mot s'enrichit au XVI^e^ siècle et désigne une personne « *qui manque d'objectivité* »[14]. Le terme impartial naît quant à lui au XVI^e^ siècle[15]. Cette chronologie s'explique peut-être par le fait que seule l'expérience de la partialité permet

---

[7] « Partial », *Dictionnaire de l'Académie française*, 9^e^ éd., CNRS / ATLIF, étymol. et hist., disponible sur : <http://cnrtl.fr>.
[8] « *Pars* », F. GAFFIOT, *Dictionnaire latin-français,* 49^e^ éd., Hachette, 1934, p. 1118, I.1, disponible sur : <https://www.lexilogos.com/latin/gaffiot.php>.
[9] *Ibid.,* II.4.
[10] *Ibid.*, I.2.i). Voir aussi *nullam in partem disputo* qui signifie « *je ne discute dans aucun sens, je ne prends pas parti* » (II.4.).
[11] *Ibid*., p. 76.
[12] *Ibid.*, 1.
[13] « Partial », *Trésor de la langue française informatisé (TLFI)*, CNRS / ATLIF, étymol. et hist., disponible sur : <http://cnrtl.fr>.
[14] *Ibid.*
[15] *Ibid.*, « impartial », étymol. et hist.

de ressentir ce qu'est l'impartialité, tout comme l'injustice déclenche la soif de justice : « *L'expérience de l'injustice apparaît en réalité première et la justice vient après : l'injustice joue le rôle du révélateur, de l'expérience par laquelle la conscience d'une justice, ici bafouée, advient* »[16]. Nous verrons qu'aujourd'hui encore, la notion d'impartialité se construit très largement à partir des cas de partialité décelés par la justice.

9. Ensuite, la première édition du Dictionnaire de l'Académie française, qui remonte à 1694, ne répertorie que le mot « partial »[17]. Il faudra attendre le XVIII[e] siècle pour que le mot « impartial »[18] fasse son entrée dans ce dictionnaire de référence, témoignant encore une fois de l'antériorité de la partialité sur l'impartialité. La neuvième édition du Dictionnaire montre l'enrichissement de la notion au cours des siècles. Ainsi, l'individu partial est celui qui a « *un préjugé favorable ou défavorable à l'égard d'une personne, d'un parti, et manque d'équité dans ses avis, ses jugements* »[19] tandis que l'individu impartial est, certes, la personne « *qui n'est pas partial[e], qui est sans prévention ou parti pris* »[20], mais aussi celle « *qui s'efforce d'être équitable* »[21]. Cette dernière édition renoue donc avec l'antique *égalité d'âme*.

10. Le droit contemporain s'intéresse, lui aussi, avant tout à la partialité, ce qui est logique au regard de l'évolution que nous venons de décrire. Il est vrai que la majorité des règles de droit sont élaborées en réaction à des situations préexistantes. Les références à l'impartialité du juge ne sont cependant pas totalement absentes des textes. L'exigence d'impartialité est notamment proclamée à l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme[22] ainsi qu'à l'article 14§1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques en des termes similaires[23]. Au niveau interne,

---

[16] W. BARANES, M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *La justice : l'obligation impossible*, Éd. Autrement, 2009, p. 15.
[17] ACADEMIE FRANÇAISE, *Le dictionnaire de l'Académie françoise,* t. II, J.-B. Coignard, 1694, disponible sur : <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k50398c?rk=42918;4>.
[18] « Impartial », *Dictionnaire de l'Académie française*, 4[e] éd., CNRS / ATLIF, disponible sur : <http://www.cnrtl.fr>.
[19] « Partial », *Dictionnaire de l'Académie française,* 9[e] éd., *op. cit.*
[20] *Ibid.*, « impartial ».
[21] *Ibid.*
[22] CEDH, art. 6§1 : « *Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle* ».
[23] Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 1966, art. 14§1 : « *Tous sont égaux devant les tribunaux et les cours de justice. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal compétent, indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera soit du*

plusieurs dispositions mentionnent le principe d'impartialité, comme l'article 31 du Code de procédure pénale qui concerne l'impartialité du ministère public[24], l'article L111-5 du Code de l'organisation judiciaire concernant l'impartialité du juge judiciaire[25] ou l'article L721-1 du Code de justice administrative à propos de la récusation du juge administratif[26], mais l'immense majorité d'entre elles s'occupe de régler directement des situations de partialité, à travers la question du non cumul des fonctions[27], des mécanismes de la récusation, de l'abstention et du renvoi pour cause de suspicion légitime[28]. Ainsi, seule une disposition législative apporte, à notre connaissance, des précisions supplémentaires concernant la définition du principe d'impartialité : l'article 304 du Code de procédure pénale qui s'adresse aux jurés d'assises[29]. La vocation pédagogique de cette disposition explique sans doute cette plus grande richesse.

11. La jurisprudence s'intéresse elle aussi avant tout aux cas de partialité. De façon générale, pour le juge ce qui est impartial est ce qui n'est pas partial : lorsqu'un litige est porté à sa connaissance, il s'interroge logiquement sur l'existence d'un cas de partialité. C'est ce que montre la jurisprudence de la Cour européenne des droits de

---

bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil ». Voir aussi : Déclaration universelle des droits de l'homme, 1948, art. 10 ; Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, 2000, art. 47.

[24] Art. 31 CPP : « *Le ministère public exerce l'action publique et requiert l'application de la loi, dans le respect du principe d'impartialité auquel il est tenu* ».

[25] Art. L111-5 COJ : « *L'impartialité des juridictions judiciaires est garantie par les dispositions du présent code et celles prévues par les dispositions particulières à certaines juridictions ainsi que par les règles d'incompatibilité fixées par le statut de la magistrature* ».

[26] Art. L721-1 CJA : « *La récusation d'un membre de la juridiction est prononcée, à la demande d'une partie, s'il existe une raison sérieuse de mettre en doute son impartialité* ».

[27] Art. 49, al. 2 CPP : « *Il ne peut, à peine de nullité, participer au jugement des affaires pénales dont il a connu en sa qualité de juge d'instruction* » ; art. 137-1, al. 3 CPP : « *Il ne peut, à peine de nullité, participer au jugement des affaires pénales dont il a connu* » ; art. 253 CPP : « *Ne peuvent faire partie de la cour en qualité de président ou d'assesseur les magistrats qui, dans l'affaire soumise à la cour d'assises, ont, soit fait un acte de poursuite ou d'instruction, soit participé à l'arrêt de mise en accusation ou à une décision sur le fond relative à la culpabilité de l'accusé* ». Voir aussi les articles 328, al. 2 ; 662 ; 668 ; art. 669, al. 1 ; 671 ; 673 ; 674 CPP.

[28] Art. 341 et s. CPC concernant la récusation du juge ; art. L. 111-6 et s. COJ concernant la récusation, l'abstention et le renvoi pour cause de suspicion légitime ; art. R. 721-1 et s. CJA concernant la récusation et l'abstention et art. 322-3 CJA concernant l'équivalent du renvoi pour cause de suspicion légitime devant le juge administratif.

[29] Art. 304 CPP : « *Le président adresse aux jurés, debout et découverts, le discours suivant : "Vous jurez et promettez d'examiner avec l'attention la plus scrupuleuse les charges qui seront portées contre X..., de ne trahir ni les intérêts de l'accusé, ni ceux de la société qui l'accuse, ni ceux de la victime ; de ne communiquer avec personne jusqu'après votre déclaration ; de n'écouter ni la haine ou la méchanceté, ni la crainte ou l'affection ; de vous rappeler que l'accusé est présumé innocent et que le doute doit lui profiter ; de vous décider d'après les charges et les moyens de défense, suivant votre conscience et votre intime conviction, avec l'impartialité et la fermeté qui conviennent à un homme probe et libre, et de conserver le secret des délibérations, même après la cessation de vos fonctions* ».

l'homme. L'article 6§1 a donné lieu à une jurisprudence florissante qui a fortement influencé et influence toujours notre droit interne. En 1982, la Cour européenne rend l'arrêt *Piersack*[30] qui distingue entre partialité subjective et objective. Cette jurisprudence s'est développée au cours du temps et la Cour définit aujourd'hui sa démarche ainsi :

> *L'impartialité doit s'apprécier selon une démarche subjective, en tenant compte de la conviction personnelle et du comportement du juge, c'est-à-dire en recherchant si celui-ci a fait preuve de parti pris ou préjugé personnel dans le cas d'espèce, ainsi que selon une démarche objective consistant à déterminer si le tribunal offrait, notamment à travers sa composition, des garanties suffisantes pour exclure tout doute légitime quant à son impartialité*[31].

L'impartialité subjective ou personnelle étant présumée[32], la Cour exige une preuve de partialité flagrante comme l'hostilité ouverte ou la malveillance du juge envers une partie[33]. Ces cas étant très rares, la Cour emploie dans la majorité des affaires une démarche objective, mais reconnaît cependant l'absence de frontière hermétique entre les deux approches :

> *Non seulement la conduite même d'un juge peut, du point de vue d'un observateur extérieur, entraîner des doutes objectivement justifiés quant à son impartialité (démarche objective), mais elle peut également toucher à la question de sa conviction personnelle (démarche subjective)*[34].

Cette distinction présente un intérêt pour notre travail en ce qu'elle met en évidence le fait que l'on ne saurait se contenter de s'intéresser à la partialité subjective du juge constitutionnel. En effet, les preuves flagrantes de parti pris sont très rares : « *Ainsi, dans des cas où il peut être difficile de fournir des preuves permettant de réfuter la présomption d'impartialité subjective du juge, la condition d'impartialité objective fournit une garantie importante supplémentaire* »[35]. Pour ce faire, la Cour utilise la théorie des apparences : elle évoqua cette théorie pour la première fois dans son arrêt

[30] CEDH, 8692/79, 1er octobre 1982, *Piersack c. Belgique*, §30 à 32.
[31] CEDH, Gr. Ch., 29369/10, 23 avril 2015, *Morice c. France*, §75. Voir plus récemment CEDH, Gr. Ch., 76639/11, 25 septembre 2018, *Denisov c. Ukraine,* §60-65.
[32] CEDH, 6878/75, 23 juin 1981, *Le Compte, Van Leuven et de Meyere c. Belgique*, §58.
[33] CEDH, 9186/80, 26 octobre 1984, *De Cubber c. Belgique*, §25.
[34] CEDH, Gr. Ch., 73797/01, 15 décembre 2005, *Kyprianou c. Chypre,* §119. Dans cette affaire, les juges avaient non seulement émis des opinions défavorables à l'égard du justiciable, mais s'étaient aussi trouvés être juge et partie puisqu'ils s'étaient saisis eux-mêmes de l'outrage qui leur avait été fait.
[35] Arrêt CEDH, *Morice c. France* précité, §75.

Delcourt c. Belgique[36], se référant à l'adage anglais « Justice must not only be done ; it must also be seen to be done »[37] et précisa sa pensée en 1982 dans l'affaire *Piersack c. Belgique* : « *même les apparences peuvent revêtir une certaine importance […]. Il y va de la confiance que les tribunaux se doivent d'inspirer aux justiciables dans une société démocratique* »[38]. Bien que « *l'optique de la personne concernée entre en ligne de compte mais ne joue pas un rôle décisif* »[39], ce qui compte étant de « *savoir si l'on peut considérer les appréhensions de l'intéressé comme objectivement justifiées* »[40], la Cour a pu pousser assez loin cette démarche : en 2001 elle rend l'arrêt *Kress*[41] qui condamne la France pour le rôle joué par le commissaire du gouvernement devant le juge administratif. Tout en reconnaissant l'indépendance et l'impartialité du commissaire du gouvernement, la Cour estime néanmoins que les apparences sont contraires au principe d'impartialité garanti par l'article 6§1[42]. Les possibles excès de cette théorie ont pu être critiqués[43]. Néanmoins, si la Cour européenne des droits de l'homme prend soin de distinguer les éléments objectifs des éléments subjectifs dans son analyse, nous n'utiliserons qu'accessoirement cette distinction car, concernant le Conseil constitutionnel, les éléments personnels et fonctionnels peuvent être extrêmement imbriqués. Par exemple, lorsque le juge constitutionnel a été député auparavant et a pris position sur un sujet faisant l'objet du contrôle du Conseil, le cumul de fonctions n'est

---

[36] CEDH, 2689/65, 17 janvier 1970, *Delcourt c. Belgique*.
[37] *Ibid.*, §31.
[38] Arrêt *Piersack c. Belgique* précité, §30.
[39] Arrêt *Morice c. France* précité, §76.
[40] *Ibid.*
[41] CEDH, Gr. Ch., 39594/98, 7 juin 2001, *Kress c. France*.
[42] *Ibid.,* §81 : « *Enfin, la théorie des apparences doit aussi entrer en jeu : en s'exprimant publiquement sur le rejet ou l'acceptation des moyens présentés par l'une des parties, le commissaire du gouvernement pourrait être légitimement considéré par les parties comme prenant fait et cause pour l'une d'entre elles. Pour la Cour, un justiciable non rompu aux arcanes de la justice administrative peut assez naturellement avoir tendance à considérer comme un adversaire un commissaire du gouvernement qui se prononce pour le rejet de son pourvoi. A l'inverse, il est vrai, un justiciable qui verrait sa thèse appuyée par le commissaire le percevrait comme son allié* ».
[43] Voir notamment D. CHABANOL, « Théorie de l'apparence ou apparence de théorie ? », *AJDA*, 2002, p. 9 : « *Nous voudrions dire avec force que, entre l'apparence d'une justice aseptisée et la réalité d'une justice indépendante, impartiale et compétente, il y a l'écart qui existe entre une authentique et savoureuse boisson tirée du malt et sa copie de même couleur, sucrée et n'ayant jamais connu le malt ni la tourbe. Plus encore, force est de vivre avec l'idée que la justice est l'œuvre d'hommes et de femmes incarnés dans leur passé, leur milieu, leur façon de voir. A tout coup, on trouvera dans ce passé, dans ce milieu, dans cette façon de voir, des signes donnant l'apparence qu'ils pourraient ne pas être impartiaux. Mais le juge idéal serait comme un homme sans nombril, ou comme ce héros kantien aux mains si propres qu'il n'en a plus. L'indépendance, l'impartialité ne sont pas des données acquises une fois pour toutes, par une sorte d'onction dont on pourrait vérifier (par la théorie des apparences) qu'elle a bien été donnée au juge, mais un effort renouvelé à chaque délibéré* » ; R. DE GOUTTES, « L'impartialité du juge. Connaître, traiter, juger : quelle compatibilité », *Revue de science criminelle*, 2003, p. 63-77 ; C. DE BERNARDINIS, « L'impartialité du juge : de l'apparence à la réalité juridique », *Petites affiches*, n° 44, 2 mars 2004, p. 9-20.

pas un cumul classique entre les fonctions de poursuite et de jugement. Il concerne l'impact de la vie professionnelle antérieure du membre du Conseil sur sa vie de juge constitutionnel. Tant la fonction que la personne sont concernées. Plus précisément, lorsque la Cour de Strasbourg recherche un indice de partialité personnelle, elle s'intéresse à ce que le juge a pu dire, s'il a manifesté un parti pris, or ici l'homme ou la femme politique a naturellement manifesté ce parti pris en prenant la défense de telle disposition dans les journaux ou devant une assemblée parlementaire, mais est-ce un indice de partialité personnelle pour autant ? Ou fonctionnelle ? C'est un peu des deux semble-t-il, dans des proportions variables en fonction du degré d'engagement de l'individu sur cette disposition. Nous userons donc de cette distinction avec prudence, celle-ci pouvant parfois s'avérer étriquée face à une réalité complexe.

12. La doctrine a quant à elle commencé à s'interroger précisément sur la question de l'impartialité du juge à partir des années 1990, sous l'influence de la Cour de Strasbourg et plus généralement face à la « *montée en puissance* »[44] du pouvoir des juges. Plusieurs thèses furent dédiées à la question, notamment en droit pénal[45]. Fleurissent aussi les articles de doctrine : bien que les auteurs évoquent souvent l'impartialité comme la simple absence de préjugé[46], certains esquissent des définitions plus riches : sont ainsi évoqués un effort de « *distanciation* »[47], « *une dimension éthique* »[48] ou encore « *l'exercice respectueux de la déontologie* »[49]. Pour J. Pradel, « *l'impartialité est égalité, équité, justice* »[50]. Ces définitions nous renseignent sur l'impartialité du juge, mais restent en même temps superficielles car elles ne définissent

[44] Voir par ex. M. J. MOSSMAN, G. OTIS (dir.), INSTITUT CANADIEN D'ADMINISTRATION DE LA JUSTICE, *La montée en puissance des juges : ses manifestations, sa contestation*, Éd. Thémis, 1999, 468 p.
[45] Voir S. JOSSERAND, *L'impartialité du magistrat en procédure pénale*, Université Pierre Mendès France - Grenoble, 1996, 607 f. ; D. ROETS, *Impartialité et justice pénale*, Éd. Cujas, 1997, 494 p. ; F. KUTY, *L'impartialité du juge en procédure pénale : de la confiance décrétée à la confiance justifiée*, Larcier, 2005, 796 p.
[46] R. DE GOUTTES, « L'impartialité du juge... », *op. cit.* : « *est indépendant, le juge qui ne subit pas de pressions. Est impartial, celui qui n'a pas de préjugé* ».
[47] J.-F. KRIEGK, « L'impartialité, contrepartie exigeante de l'indépendance », *Petites affiches*, n° 137, 12 juillet 1999, p. 5.
[48] *Ibid.* : « *l'impartialité a pour objet d'apporter dans le débat judiciaire, par la distanciation qu'elle implique, la sérénité qui peut faire défaut, et plus précisément, une dimension éthique* […] ».
[49] S. JOSSERAND, *L'impartialité du magistrat en procédure pénale*, *op. cit.,* p. 24 : « *Finalement, l'impartialité doit être le souci de quiconque a pour fonction de porter un regard de "juge" sur une personne, une chose ou un événement. Elle est une condition de l'exercice respectueux de la déontologie, de toute tâche qui consiste à estimer, évaluer, apprécier* ».
[50] J. PRADEL, « La notion européenne de tribunal impartial et indépendant selon le droit français », *Revue de science criminelle*, 1990, p. 692.

l'impartialité que par référence à un idéal plus ou moins flou. Elles ne la définissent pas concrètement.

13. Il est plus intéressant pour notre sujet de nous tourner vers la déontologie. L'intérêt de la déontologie est qu'elle part de la pratique et non des idéaux. C'est « *l'ensemble des devoirs qu'impose à des professionnels l'exercice de leur métier* »[51], autrement dit « *un code de bonnes pratiques* »[52]. Par ailleurs, elle « *aspire à la prévention* »[53], tandis que « *Les règles disciplinaires, répressives, sont destinées à sanctionner les comportements déviants* »[54]. Cette approche est intéressante en ce qu'elle permet d'appréhender l'impartialité au-delà des seuls cas de partialité.

14. La déontologie des magistrats est ancienne[55], mais elle a connu dans les années 2000 un essor particulier suite à l'affaire d'Outreau mais aussi plus généralement du fait de la complexification[56] et de la diversification[57] de la justice. Les thématiques de la qualité de la justice et de la responsabilité des juges deviennent centrales[58]. Dans ce contexte se multiplient les initiatives en matière de déontologie des magistrats[59]. Le Recueil des obligations déontologiques des magistrats voit le jour en 2010 et la Charte de déontologie des membres de la juridiction administrative paraît l'année suivante. Ces recueils sont régulièrement mis à jour depuis lors[60].

---

[51] G. CANIVET, J. JOLY-HURARD, *La déontologie du magistrat*, 2e éd., Dalloz, 2009, p. 9.
[52] *Ibid*. Les auteurs ajoutent p. 10 à propos de la prolifération des codes de déontologie : « *Ce mouvement normatif concrétise la déontologie, qui ne se définit plus uniquement dans l'abstrait, par l'affirmation de principes et de valeurs d'aspiration morale, mais vise aussi des règles précises de comportement, des cas concrets couramment rencontrés par les professionnels dans l'exercice de leur métier* ».
[53] *Ibid.*, p. 17.
[54] *Ibid*.
[55] *Ibid.,* p. 59 et s.
[56] C'est ce que souligne par exemple D. N. Commaret : « *Chargé traditionnellement de garantir les droits et libertés par une décision qui s'impose aux parties, le magistrat se voit désormais confier de multiples attributions qui font de lui un gestionnaire, un administrateur, un chef d'établissement en matière de sécurité, un responsable d'association para-administrative, un assistant social* » (D. N. COMMARET, « Une juste distance ou réflexions sur l'impartialité du magistrat », *Recueil Dalloz*, 1998, p. 262).
[57] Les juges ne sont plus seulement les tribunaux au sens propre, mais existent aussi au sein d'autorités variées au statut intermédiaire, notamment les AAI : « *régulatrices, ces autorités exercent une indéniable mission de moralisation des comportements économiques* » (L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, 2e éd., PUF, 2013, p. 69).
[58] Un nouveau champ de recherche est alors apparu, portant sur l'évaluation de la qualité de la justice (voir notamment : E. BREEN (dir.), *Évaluer la justice*, PUF, 2002, 301 p.).
[59] Voir notamment : J. CABANNES, MINISTERE DE LA JUSTICE, *Rapport de la Commission de réflexion sur l'éthique dans la magistrature,* 1er novembre 2003 ; A. VALLINI, P. HOUILLON, ASSEMBLEE NATIONALE, *Rapport fait au nom de la commission d'enquête chargée de rechercher les causes des dysfonctionnements de la justice dans l'affaire dite d'Outreau et de formuler des propositions pour éviter leur renouvellement*, 6 juin 2006 ; Loi organique n° 2007-287 du 5 mars 2007 *relative au recrutement, à la formation et à la responsabilité des magistrats*.
[60] CONSEIL SUPERIEUR DE LA MAGISTRATURE, *Recueil des obligations déontologiques des magistrats*, version révisée du 9 janvier 2019, disponible sur le site internet de la Cour de cassation ; CONSEIL

15. Alors que le principe d'impartialité est peu explicité dans les codes et la jurisprudence, les recueils de déontologie s'intéressent à l'impartialité du juge en tant que qualité positive et en donnent une définition plus précise. Selon la Charte de déontologie des membres de la juridiction administrative :

> *Les membres de la juridiction administrative exercent leurs fonctions avec impartialité et en toute indépendance. Ces principes fondamentaux exigent que chacun, en toute occasion, se détermine librement, sans parti pris d'aucune sorte, ni volonté de favoriser telle partie ou tel intérêt particulier et sans céder à des pressions extérieures*[61].

Notre préférence va cependant à la définition proposée par le *Recueil des obligations déontologiques des magistrats* : « *Le magistrat doit accueillir et prendre en compte tous les points de vue débattus devant lui, quelles que soient ses opinions personnelles, et faire abstraction de tout préjugé* »[62]. Cette définition admet en effet que le juge n'est pas un être neutre : il a des opinions. Il doit cependant conserver sa « *liberté de réflexion et d'analyse* »[63]. Cette définition est plus proche de celle que nous proposons, voyant l'impartialité comme une exigence relative.

B. Une exigence nécessairement relative

16. La référence abrupte à l'absence de préjugés et de partis pris dans l'esprit du juge, définition pourtant très classique, est largement insuffisante. L'impartialité totale, absolue, n'est pas une qualité humaine. L'allégorie du « *voile d'ignorance* »[64] dont parle

---

D'ÉTAT, *Charte de déontologie des membres de la juridiction administrative*, version révisée du 16 mars 2018, disponible sur le site internet du Conseil d'État. En 2012 est créé le collège de déontologie de la juridiction administrative. En 2015 est créée la Commission nationale de discipline des conseillers prud'hommes. En 2016, le collège de déontologie des magistrats judiciaires. En 2018, sont adoptés les Recueils de déontologie des conseillers prud'hommes et des juges du Tribunal de commerce. Les exemples pourraient être multipliés.

[61] *Ibid.,* p. 15.

[62] CONSEIL SUPERIEUR DE LA MAGISTRATURE, *Recueil des obligations déontologiques des magistrats*, version révisée du 9 janvier 2019, p. 22.

[63] *Ibid.* : « *Le magistrat jouit de tous les droits reconnus à chaque citoyen. Il lui appartient d'apprécier s'il doit demander à être dessaisi ou se déporter chaque fois que son engagement, de nature politique, philosophique, confessionnel, religieux ou associatif, aurait pour conséquence de restreindre sa liberté de réflexion et d'analyse* ».

[64] J. RAWLS, *Théorie de la justice*, Seuil, 1987, p. 38 : « *Personne ne connaît sa place dans la société, sa position de classe ou son statut social, pas plus que le sort qui lui est réservé dans la répartition des capacités et des dons naturels, par exemple l'intelligence, la force, etc. Les partenaires ignorent leurs propres conceptions du bien ou leurs tendances psychologiques* ». Tout nous amènera à penser dans ce travail que cette conception de l'impartialité, si elle a sa place dans une théorie du contrat social, n'est pas celle qui doit être retenue si l'on entend s'intéresser concrètement à l'impartialité du juge.

J. Rawls est certainement un outil de réflexion très utile en sciences sociales[65], mais l'impartialité doit être appréhendée dans un sens plus relatif si l'on entend effectivement l'appliquer au juge.

17. Notre définition de l'impartialité a progressé avec la recherche. Cette définition prend en compte le fait que droit et politique ne sont pas des domaines séparés, comme l'expose avec clarté D. Baranger :

> *Le mot « politique » ne doit pas ici être mal compris. Nous l'appréhendons en général comme signifiant la politique des partis, dite aussi « politicienne ». De ce point de vue, nous sommes très habitués à considérer que le droit est une chose différente de la politique. Ainsi, on conviendra que le juge s'occupe de dire le droit, et ne se mêle pas – ou ne doit pas se mêler – de politique partisane. Mais le phénomène politique dépasse ce cadre étroit des prises de position partisanes. La constitution est au premier chef une réalité politique. Elle impose un cadre à l'action politique à partir d'une certaine vision de la société qui s'est imposée dans le moment constituant ou bien dans le cours d'une certaine histoire nationale. Elle énonce des principes que tout le monde est censé accepter et qui limitent la marge de manœuvre des autorités étatiques. En ce sens beaucoup plus large du terme, la justice constitutionnelle, loin de se borner à se « saisir du politique », est intrinsèquement de nature politique*[66].

Le droit est une manière de faire de la politique pour le Conseil, non seulement de façon négative lorsqu'il s'oppose à la promulgation d'une loi, mais aussi positive en façonnant les règles régissant la société[67]. Cependant, un choix politique, même au sens large, peut-il être impartial ? Oui, si l'on conçoit l'exigence d'impartialité comme une exigence relative. Nous sommes ici en accord avec certaines auteures, notamment M.-A. Frison-Roche, qui parle avec justesse d' « *objectivité dans la subjectivité* » :

> La subjectivité du jugement n'est pas une défaillance ; *elle est le gage de l'humanité de la justice, faite par les hommes pour les hommes. Mais il demeure que le juge doit aborder le débat sans que la cause soit pour lui déjà réglée. L'impartialité, objectivité dans la subjectivité, est en droit la*

---

[65] Voir par ex. F. KANDIL, « La justice est aveugle – Rawls, Harsanyi et le voile d'ignorance », *Revue économique*, 2014, vol. 65, p. 97-124.

[66] D. BARANGER, « Sur la manière française de rendre la justice constitutionnelle. Motivations et raisons politiques dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Jus Politicum*, n° 7, mars 2012, p. 17.

[67] *Ibid.,* p. 21 : « *Ce sont à l'évidence des principes politiques que le Conseil constitutionnel met en œuvre, et il est impossible qu'il en aille autrement. Pour ne prendre qu'un exemple évident, le principe d'égalité – qui est l'un des plus usités devant notre juge constitutionnel – ne peut pas être autre chose qu'un principe politique. Il est le reflet d'une conception politique de la société : celle de la démocratie. Qui plus est, il est compris en France d'une certaine manière, et le juge constitutionnel contribue éminemment à configurer cette conception française de l'égalité et à la faire respecter. Il en va de même de principes tels que la souveraineté nationale. On peut voir à ces exemples que la légalité constitutionnelle n'est pas autre chose que de la politique reconfigurée* ».

> *transposition de l'impératif de "bonne foi philosophique" par laquelle la discussion est admise et l'adhésion à l'argument pertinent par avance concédée en son principe*[68].

Cette idée est aussi évoquée par E. Jouannet :

> *si l'impartialité n'est pas la neutralité, elle n'est donc pas l'absence ou la négation de partis pris, d'influences et de préjugés de la part du juge. Elle est simplement leur mise à distance raisonnable. L'impartialité interdit au juge de prendre parti* a priori *pour un différend qu'il va devoir juger sans pour autant lui demander de s'en tenir à la position d'arbitre neutre dont les auteurs ont montré le caractère illusoire ou factice*[69].

Nous retenons donc la définition suivante du juge impartial : **le juge qui n'a pas pris parti *a priori***. Ce juge impartial, qui n'a pas *encore* pris parti, conserve sa liberté de réflexion. Celle-ci n'est gouvernée ni par ses engagements personnels, ni par sa soumission à une autorité extérieure, ni par ses intérêts propres. À l'inverse, le juge partial est **celui qui a pris parti *a priori*, de façon prématurée**, et qui, de ce fait, a perdu cette liberté de réflexion.

18. L'impartialité du juge est ainsi une qualité qui s'inscrit dans le temps du procès. Notons dès maintenant que l'impartialité n'est pas le fait de s'abstenir de toute appréciation durant la procédure. Comme le note G. Bolard :

> *la décision du juge ne lui vient pas à l'esprit, évidente et soudaine, comme une illumination. Elle est le résultat d'une réflexion sur le litige. La réflexion est plus ou moins progressive, jalonnée d'appréciations provisoires que sauf à défier le bon sens l'impartialité ne saurait exclure. Elles sont à vérifier, grâce au débat contradictoire*[70].

Seul le fait d'avoir **définitivement** tranché la question de façon prématurée constitue un cas de partialité, empêchant le juge d'écouter réellement ses pairs ainsi que les parties,

---

[68] M.-A. FRISON-ROCHE, « 2+1 = la procédure », *in* W. BARANES, M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *La justice...*, *op. cit.*, p. 203. Elle formule par ailleurs cette idée : l'impartialité « *est une garantie des parties à l'instance, corollaire indispensable de ce que l'on désigne désormais comme "le droit au juge", lequel suppose "un droit à un tribunal impartial" qui est préalable à l'idée même d'un procès équitable.* [...] *L'impartialité, qu'elle soit objective dans l'organisation de la juridiction ou subjective dans le comportement du juge particulier, consiste non pas à cesser d'avoir des opinions personnelles ou de parvenir à une sainte désincarnation, mais plus simplement à être apte à être convaincu par un fait, un argument, une interprétation juridique qu'une partie va proposer au juge. Ainsi, ce que l'impartialité interdit, ce n'est pas d'avoir une opinion, c'est de ne pas vouloir en changer, d'être dès le départ hors de portée du débat* » (M.-A. FRISON-ROCHE, « L'impartialité du juge », *Recueil Dalloz*, 1999/6, p. 53).

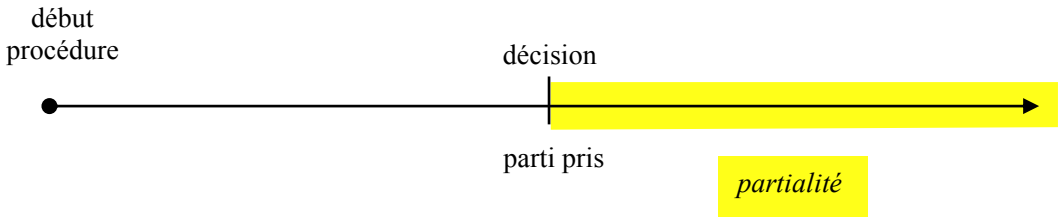
[69] E. JOUANNET, « Actualité des questions d'indépendance et d'impartialité des juridictions internationales : la consolidation d'un tiers pouvoir international ? », *in* H. RUIZ FABRI, J.-M. SOREL (dir.), *Indépendance et impartialité des juges internationaux*, Éd. A. Pedone, 2010, p. 294.

[70] G. BOLARD, « L'impartialité du juge au risque de la loi ? *», La semaine juridique, éd. générale*, n° 42, 12 octobre 2015, p. 1845. Nous ferons usage de ces propos ultérieurement, voir §632.

rendant inutiles les autres garanties du procès que sont notamment le contradictoire et la collégialité.

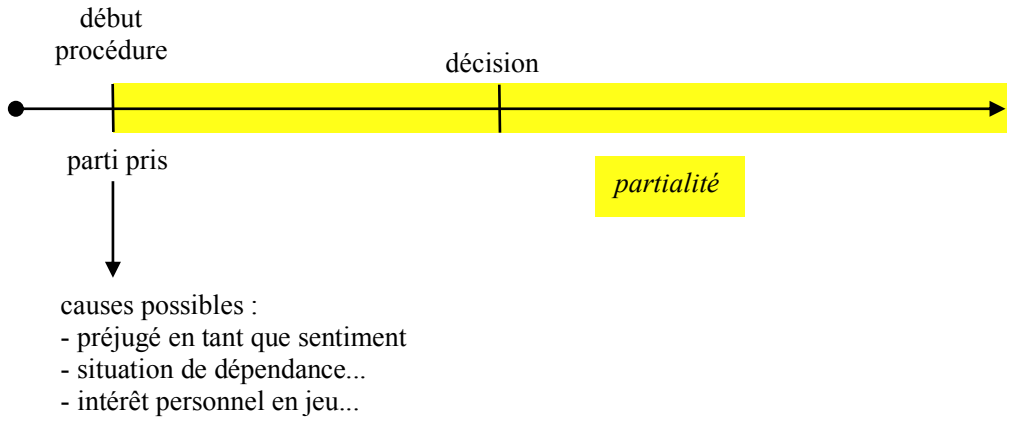
19. Dans cette optique, la partialité n'est plus assimilée au préjugé en tant que sentiment subjectif, renvoyant aux opinions personnelles que peut avoir un juge sur une question. Cette clarification nous permet de **distinguer la partialité de ses causes**. Les causes de partialité sont en effet plurielles. La cause la plus connue est le **sentiment subjectif** du juge, ses préjugés liés à son éducation, sa formation, ses convictions... Une autre cause est la situation de **dépendance**, qui entraîne la soumission du juge à une entité extérieure. Une troisième cause est le **pré-jugé conçu de façon objective**, le choix effectué par le juge dans le passé réputé constituer un parti pris, par exemple le fait d'avoir rendu une décision de justice sur l'affaire ou le fait qu'il ait été à l'initiative de la loi contestée. Une quatrième cause est la situation où le juge est intéressé par l'affaire, où il est **juge et partie** car ses intérêts sont en jeu. Cet intérêt peut être financier, mais aussi plus large, par exemple un intérêt de corps. Une cinquième cause de partialité est la **partialité de la procédure** : si la procédure favorise excessivement un point de vue au détriment des autres, elle rend potentiellement le juge partial.

20. Nous pouvons résumer ces propos sous la forme de deux schémas distinguant la décision « *techniquement partiale* »[71] de la décision authentiquement partiale. Toute décision de justice est un parti pris et est donc techniquement partiale, ce qui ne veut pas dire qu'elle a été prise de façon partiale :



[71] M.-A. FRISON-ROCHE, « L'impartialité du juge », *op. cit*, p. 53.

La décision « authentiquement » partiale est le fruit d'un parti pris prématuré, dont les causes sont multiples :



Cette définition peut paraître radicale. En effet, qu'en est-il de la situation où le juge devient partial en fin de procédure ? Pour répondre à cette question, il faut distinguer plusieurs situations. Si par exemple, le juge fait l'objet d'une soudaine pression qui le conduit, au moment même où il s'apprêtait à énoncer son opinion définitive[72], à prendre une décision plutôt qu'une autre, son impartialité n'est pas en jeu, seulement son indépendance. À notre sens, cette situation est très hypothétique. Il est en effet plus probable qu'un juge cédant aux pressions exercées sur lui subisse ces pressions depuis un certain temps et cède à celles-ci au cours de la procédure. Même s'il cède en fin de procédure, par exemple juste avant le délibéré, cela constitue un cas de partialité puisque l'impartialité est le fait de conserver sa liberté de réflexion jusqu'au terme de la procédure.

21. Nous venons d'établir notre définition de l'impartialité du juge. Il nous faut apporter quelques précisions supplémentaires concernant les liens entre la notion d'impartialité et d'autres notions proches.

C. Impartialité et notions proches

22. L'impartialité est quasiment toujours reliée à l'indépendance[73]. Cependant, bien que « *très proches dans leur mise en œuvre, ces deux notions ne se confondent pas*

[72] Pour le Conseil, cette situation serait celle où les juges s'apprêtent à voter en fin de délibéré. On peut imaginer une pression exercée par un juge sur un autre.
[73] Voir not. D. N. COMMARET, « Une juste distance... », *op. cit.* ; J.-F. KRIEGK, R. DE GOUTTES,

sur le plan conceptuel »[74]. L'indépendance vise toujours l'absence de lien entre deux entités. C'est une qualité extériorisée, contrairement à l'impartialité qui est d'abord relative au for intérieur du juge :

> *Très proches dans leur mise en œuvre, ces deux notions ne se confondent pas sur le plan conceptuel : l'indépendance s'exprime en externe, par rapport à d'autres pouvoirs que le pouvoir judiciaire, celui de l'exécutif et du législatif bien sûr, mais aussi tout pouvoir de fait (celui des médias, des experts, par exemple) ou encore le pouvoir des parties*[75].

L'indépendance est, pour cette raison, une qualité facile à « saisir » : pour protéger l'indépendance du juge, il faut **rompre ses liens avec l'extérieur**, spécifiquement avec les autres pouvoirs publics et les parties. Par ailleurs, l'indépendance est un moyen de l'impartialité du juge, comme le note J. Thomas dans sa thèse : « *L'élément de dépendance crée, de par son existence, une probabilité avérée que l'élément de partialité se réalise. À l'inverse, l'indépendance crée une probabilité d'impartialité d'une entité à l'égard de l'autre* »[76]. Ainsi l'indépendance est une condition de l'impartialité du juge, mais elle ne suffit pas à la garantir.

23. Nous nous distinguons néanmoins de la thèse de J. Thomas portant sur *L'indépendance du Conseil constitutionnel* en ce qu'il définit l'impartialité comme la « *capacité du juge à se déterminer en fonction des seuls éléments apportés lors du procès* »[77], ce qui le conduit à voir une grande diversité de situations comme étant susceptible de rendre le juge partial, dès lors qu'elles pèsent sur le sens de la décision[78]. Cette conception peut être rapprochée de la règle de procédure pénale selon laquelle « *Le juge ne peut fonder sa décision que sur des preuves qui lui sont apportées au cours des débats et contradictoirement discutées devant lui* »[79]. L'idée est que le juge ne doit pas se fonder sur des éléments extérieurs au procès[80], que ce soient ses propres préjugés ou les réactions de l'opinion publique, ce qui limite effectivement le risque de partialité.

« L'impartialité du juge... », *op. cit.*

[74] S. GUINCHARD et *al*., *Droit processuel : droits fondamentaux du procès*, 10e éd., Dalloz, 2019, p. 841.

[75] *Ibid.* Pour la Cour européenne des droits de l'homme, l'indépendance du juge s'entend uniquement à l'égard des pouvoirs exécutif et législatif et des parties (CEDH, 15287/89, 24 novembre 1994, *Beaumartin c. France,* §38 ; CEDH, 8790/79, 22 octobre 1984, *Sramek c. Autriche*, §42).

[76] J. THOMAS, *L'indépendance du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 10.

[77] *Ibid.,* p. 80.

[78] *Ibid.*, p. 82.

[79] Art. 427 al. 2 CPP.

[80] J. THOMAS, *L'indépendance du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 81 : « *Existentielle ou systémique, elle peut être comprise dans un sens large, de telle sorte que toute source d'influence soit assimilée à une dépendance. Par exemple, un individu peut être considéré comme dépendant d'un autre s'il voit son comportement guidé par les directives de celui-ci. De même, si des valeurs et des principes lui ont été*

24. À notre sens, cette règle ne peut néanmoins définir la notion de partialité. Notre conception de la partialité est donc plus restrictive : seul le parti pris prématuré constitue un cas de partialité. Cela signifie que le juge constitutionnel peut se déterminer en fonction d'éléments extérieurs au procès constitutionnel. Ceci explique notamment que des pratiques telles que le « pré-débat contradictoire »[81] ou la « porte étroite »[82] soient admises devant le Conseil constitutionnel. Enfin, notre conception de la partialité étant restrictive, notre conception de la dépendance l'est aussi : seule la situation de soumission, organique ou personnelle est susceptible de rendre le juge constitutionnel partial à nos yeux[83].

25. L'impartialité doit ensuite être distinguée de la neutralité. Il est possible de distinguer entre la neutralité passive qui vise le fait de s'abstenir de prendre parti dans un débat ; et la neutralité active, permettant la décision[84]. Seule cette seconde acception peut être rapprochée de l'impartialité du juge, puisque ce dernier est amené, par définition, à trancher une question. Néanmoins, nous n'utiliserons pas ce terme, car il nous semble être source de confusions inutiles concernant le juge[85].

26. Il est par ailleurs important de clarifier les liens entre impartialité, objectivité et subjectivité. L'objectivité est en philosophie la « *qualité de ce qui existe en soi, indépendamment du sujet pensant* »[86] et dans le langage courant la « *qualité de ce qui donne une représentation fidèle de la chose observée* »[87] mais aussi le « *fait d'être dépourvu de partialité* »[88]. Inversement, la subjectivité est la *« qualité (inconsciente ou intérieure) de ce qui appartient seulement au sujet pensant* »[89] mais aussi la *« qualité de*

---

inculqués au point qu'il ne puisse agir sans en tenir compte et sans y conformer son comportement, il pourra être considéré comme soumis à une influence permanente relevant de la dépendance. Cette rapide explication doit permettre d'ouvrir le sens de l'indépendance – ou de la dépendance – afin d'y rattacher toutes les sources d'influence susceptibles de compromettre l'impartialité du juge ».

[81] Voir *infra* §638 et s.

[82] Voir *infra* §689 et s.

[83] Voir le chapitre consacré à ce thème aux §452 et s.

[84] Voir S. BAUME, « De l'usage des pouvoirs neutres », *Pouvoirs*, n° 143, 2012/4, p. 17-27.

[85] Par ailleurs ce terme est probablement dépassé pour le juge, comme le souligne F. Terré : « *si, à une certaine époque, l'expression de neutralité du juge a pu être satisfaisante, il n'en va plus de même aujourd'hui car le mouvement de réforme des diverses procédures a porté à augmenter les pouvoirs du juge, y compris au moyen des mesures d'instruction qu'il peut ordonner, quitte à accroître corrélativement le principe de contradiction* » (F. TERRE, *Introduction générale au droit*, 10e éd., Dalloz, 2015, p. 464).

[86] « Objectivité », *TLFI*, *op. cit.,* A.

[87] *Ibid.,* B.1.

[88] *Ibid.,* B.2.

[89] *Ibid.,* « subjectivité », A.1.a).

ce qui ne donne pas une représentation fidèle de la chose observée »[90] et le « *fait d'être partial* »[91].

27. Si dans le langage courant subjectivité et partialité peuvent être considérées comme synonymes, cela constitue une simplification abusive concernant l'activité du juge. Juger est en effet une activité subjective, une activité de la « raison pratique »[92] et non une activité purement déductive[93]. Nous nous attacherons à démontrer que juger de la constitutionnalité de la loi est une activité profondément humaine malgré le fait que le contrôle de la constitutionnalité des lois est un contrôle de norme à norme. Cela n'empêche pas les juges de recourir à des méthodes d'interprétation et à des critères d'appréciation qui objectivent, dans une certaine mesure, leur raisonnement, au sens où ces critères et méthodes permettent aux juges de ne pas se fonder sur leurs seules impressions subjectives pour juger de la constitutionnalité de la loi.

28. L'impartialité est une qualité relative et autonome, ce qui nous permet d'envisager son étude. Se pose cependant la question de savoir si le Conseil constitutionnel doit être impartial pour accomplir la mission qui lui est impartie.

II. La qualité nécessaire d'un juge constitutionnel

29. Le Sénat conservateur, créé par la Constitution de l'an VIII et inspiré du projet de jury constitutionnaire de Sieyès, fut le premier organe officiellement habilité à exercer un contrôle de constitutionnalité en France. En tant que conservateur de la Constitution, il avait le pouvoir d'annuler pour inconstitutionnalité tous les actes qui lui étaient déférés par le Tribunat ou par le Gouvernement[94]. Ses membres, initialement au nombre de soixante, bénéficiaient de certaines garanties d'indépendance : ils étaient

---

[90] *Ibid.*, B.1.
[91] *Ibid.*, B.2.
[92] Voir nos développements aux §179 et s. Nous nous référons aux travaux de C. Perleman, notamment à son ouvrage *Éthique et droit* (2e éd., Éd. de l'Université de Bruxelles, 2012, 821 p.).
[93] Comme le formule D. Rousseau : « *une juridiction, comme toute institution, est une "chose publique" qui n'appartient à personne et fonctionne dans l'objectivité de la règle de droit, quelle que soit la personne qui la dirige. Le propos est noble, mais, et chacun le sait et, en privé, le dit, il décrit davantage la réalité idéalisée que la réalité vécue. Une institution est, sans doute, une histoire, une idée faite corps, des intérêts contraires coagulés, mais aussi des hommes ; et pour celui qui la dirige, le souci de l'institution se confond nécessairement avec le souci de soi. Ainsi en va-t-il de la vie du Conseil comme de toute autre institution* » (D. ROUSSEAU, *Sur le Conseil constitutionnel : la doctrine Badinter et la démocratie*, Descartes & Cie, 1997, p. 11).
[94] Constitution du 22 frimaire an VIII, art. 21.

nommés à vie et inamovibles[95] et étaient « *à jamais inéligibles à toute autre fonction publique* »[96]. La saisine du Sénat pour inconstitutionnalité était cependant « *illusoire* »[97]. Il ne pouvait être saisi que par le Tribunat qui était un organe faible et par le Gouvernement qui n'avait aucun intérêt à le saisir puisqu'il avait l'initiative exclusive des lois et disposait du pouvoir réglementaire[98]. Le Sénat ne fit jamais usage de ses pouvoirs de contrôle. Choyé par l'Empereur, il fut l'un de ses plus grands alliés « *en développant une catégorie juridique inconnue de la constitution : les sénatus-consultes, terminologie faisant revivre, aux côtés du nouveau César, la République romaine* »[99]. Bien qu'ayant prononcé la déchéance de Napoléon et de sa famille le 2 avril 1814, le Sénat conservateur était entièrement dépendant du pouvoir, donc partial et échoua dans l'accomplissement de sa mission de contrôle.

30. Il en fut de même pour le Sénat du Second Empire. Ce dernier bénéficiait de certaines garanties d'indépendance comme l'inamovibilité et la nomination à vie[100], mais ces garanties étaient largement contrebalancées par l'emprise de Louis-Napoléon Bonaparte, qui par exemple convoquait et prorogeait l'assemblée[101]. Il présentait pourtant la particularité intéressante d'être « *le gardien du pacte fondamental et des libertés publiques* »[102] auquel étaient soumises toutes les lois avant leur promulgation[103]. De plus la Constitution prévoyait qu'il pouvait annuler tout acte déféré par le gouvernement ou par une pétition de citoyens pour inconstitutionnalité[104]. Le Sénat ne s'est cependant pas saisi de ce rôle et continua de jouer « *une fonction auxiliaire constituante active par la voie de sénatus-consultes* »[105], comme sous le Premier Empire. Il se transforma progressivement en chambre législative avec les sénatus-consultes du 18 juillet 1866 et du 14 mars 1867 et le contrôle de constitutionnalité fut abandonné.

---

[95] *Ibid.,* art. 15
[96] *Ibid.,* art. 18.
[97] P. JAN, *La saisine du Conseil constitutionnel*, LGDJ, 1999, p. 8-9.
[98] Constitution du 22 frimaire an VIII, art. 44.
[99] M. MORABITO, *Histoire constitutionnelle de la France de 1789 à nos jours,* 16e éd., LGDJ, 2020, p. 166.
[100] Constitution du 14 janvier 1852, art. 21.
[101] *Ibid.*, art. 24.
[102] *Ibid.*, art. 25.
[103] *Ibid.*, art. 25 et 26 : aucune loi ne pouvait être promulguée avant d'avoir été soumise au Sénat. Il pouvait s'opposer à la promulgation des lois contraires à la Constitution, mais aussi à la promulgation des lois contraires « *à la religion, à la morale, à la liberté des cultes, à la liberté individuelle, à l'égalité des citoyens devant la loi, à l'inviolabilité de la propriété et au principe de l'inamovibilité de la magistrature* [...] ».
[104] *Ibid.*, art. 29.
[105] M. MORABITO, *Histoire constitutionnelle de la France..., op. cit.*, p. 273.

31. L'exercice du contrôle de constitutionnalité des lois se solda donc, sous l'Empire, par un échec, ce qui suscitera une méfiance durable à l'égard de ce mécanisme. Sous la III[e] République, la méfiance continua, alimentée par le légicentrisme et la publication en 1921 de l'ouvrage d'E. Lambert sur le gouvernement des juges[106]. Cependant en 1946, les circonstances sont, du fait de la Seconde Guerre mondiale, plus favorables à la mise en place d'une garantie juridictionnelle de la Constitution, ce qui permet la naissance du Comité constitutionnel de la Constitution du 27 octobre 1946[107]. Néanmoins, sa saisine est si encadrée qu'il exerce très peu le pouvoir qui lui est alloué[108]. Le Comité « *examine si les lois votées par l'Assemblée nationale supposent une révision de la Constitution* »[109]. La violation de la Constitution ne peut en outre porter que sur les Titres I à X de la Constitution, c'est-à-dire que tout contrôle du respect des droits et libertés est exclu. Comme le nota G. Vedel, le Comité joue avant tout un rôle de conciliateur, puisqu'il s'efforce d'abord de provoquer un accord entre l'Assemblée nationale et le Conseil de la République[110].

32. Il n'est saisi qu'une seule fois, le 16 juin 1948, ce qui aboutira à une décision de non conformité à la Constitution du règlement de l'Assemblée nationale concernant un point de procédure. Le Comité se range dans sa décision à l'avis du Conseil de la République, considérant « *que les dispositions des articles 64 et 66 du règlement de l'Assemblée nationale qui ne prévoient pour les débats de cette dernière aucun délai préalable, ne permettent pas d'assurer le respect de l'obligation imposée au Conseil de la République par l'article 20* »[111] de la Constitution. Il demande ensuite aux assemblées de se concerter afin de modifier en conséquence ces règlements[112]. Ainsi que le note M. Charpy, « *le Comité est parvenu à exercer un rôle effectif de conciliation entre les deux chambres du Parlement* »[113]. Il a agi en tiers venant trancher une question

---

[106] E. LAMBERT, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis : l'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Marcel Giard & Cie, 276 p.
[107] Le projet du 19 avril 1946 n'y faisait cependant pas référence.
[108] Constitution du 27 octobre 1946, art. 92, al. 1 : « *Dans le délai de promulgation de la loi, le Comité est saisi par une demande émanant conjointement du président de la République et du président du Conseil de la République, le Conseil ayant statué à la majorité absolue des membres le composant* ».
[109] *Ibid.,* art. 91.
[110] *Ibid.,* art. 92 al. 2. Voir G. VEDEL, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, Dalloz, 2002, p. 551-555.
[111] Voir pour la reproduction de la décision tirée des Archives nationales : M. CHARPY, « *Le Comité constitutionnel de la Constitution de la IVe République* », *Jus Politicum* [en ligne], n° 16, annexe 5.
[112] *Ibid.,* p. 466-470 pour le récit des circonstances de cette décision.
[113] *Ibid.,* p. 469.

de droit dont l'autorité a été respectée. L'Assemblée nationale modifia son règlement dans le sens préconisé par le Comité. Le Comité constitutionnel de 1946 permit ainsi l'acceptation du principe de la justice constitutionnelle et offrit un exemple duquel des leçons pourront être tirées pour le Conseil en 1958.

33. Si le contrôle de constitutionnalité de la loi n'est pas mentionné dans la loi du 3 juin 1958, lors des travaux préparatoires de la Constitution de 1958, le principe même de ce contrôle sera rapidement accepté : il est prévu dans les travaux ministériels dès juin 1958. Cependant, les travaux du Comité consultatif montrent d'une part, que la méfiance à l'égard du contrôle de constitutionnalité reste forte en 1958 et que, d'autre part, les membres du Comité hésitent sur la nature de l'institution créée à cet effet. Comme pour le Comité constitutionnel de 1946 et ses prédécesseurs, aucune condition de compétence juridique n'est imposée[114]. La saisine reste limitée aux plus hautes autorités de l'État et la saisine par le citoyen, si elle est évoquée, est catégoriquement rejetée par certains membres[115].

34. Le Gouvernement refuse par ailleurs durant ces travaux de protéger la saisine d'une promulgation intempestive de la loi par le Président de la République, ce qui est révélateur. En effet, les membres du Comité consultatif constitutionnel soulèvent rapidement le fait que « *rien ne garantit que le Président de la République laissera à ceux qui le peuvent le temps de saisir effectivement le Conseil* »[116]. Plusieurs membres du Comité, notamment M. Waline présentent des amendements pour protéger la saisine de cette situation. Le représentant du Gouvernement R. Janot finit par couper court au débat[117] en imposant la solution privilégiée par C. de Gaulle. J. Thomas note que

> *Si une impression doit subsister de cet épisode, c'est probablement que le général de Gaulle, promis à la magistrature suprême, a souhaité se ménager des possibilités de contournement du Conseil constitutionnel. Comme il a été dit, le Conseil tel qu'il est introduit ne doit être une contrainte que pour le Parlement*[118].

---

[114] Nous évoquerons plus précisément les travaux du Comité consultatif constitutionnel sur ce point aux §546 et s.

[115] Voir COMITE NATIONAL CHARGE DE LA PUBLICATION DES TRAVAUX PREPARATOIRES DES INSTITUTIONS DE LA V^E^ REPUBLIQUE, 1987-2001, *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958,* La Documentation française, vol. II, p. 104, intervention de M. Marcilhacy et p. 178, intervention de M. Coste-Floret ; vol. III p. 349, intervention de M. Lefas.

[116] J. THOMAS, *L'indépendance du Conseil constitutionnel*, LGDJ, 2010, p. 68-70. Voir les *Documents pour servir à l'histoire...,* vol. I, p. 384.

[117] *Ibid.,* vol. III, p. 165.

[118] J. THOMAS, *L'indépendance du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 70.

Dès lors, au regard de l'histoire du contrôle de constitutionnalité en France, se pose la question de savoir si parler de l'impartialité du Conseil constitutionnel a un sens. Le Conseil est, par conception, un mécanisme de rationalisation du parlementarisme. L'on pourrait affirmer qu'il est **par essence partial**, en tant que gardien du déséquilibre des pouvoirs au profit de l'exécutif. Ceci est d'autant plus vrai que le Conseil sera, dans une assez large mesure, un soutien à l'exécutif durant les premières années de son existence. Ceci est lié à plusieurs facteurs, notamment la jeunesse de la Constitution[119] et le charisme du général de Gaulle. Jusqu'au départ du général de Gaulle en 1969, la Constitution n'était pas distinguée de son « père » devenu Président de la République : « *le fait de veiller sur la Constitution ne pouvait être clairement distingué du fait de ménager le "personnage – organe" qui en était l'âme* »[120].

35. Cela signifie-t-il que le contrôle de constitutionnalité était voué en France à être une fonction politique et partiale, au service de l'exécutif, à l'image d'un Sénat conservateur ? Non, car juger de la constitutionnalité de la loi est **une activité juridictionnelle** (A) qui, pour être véritablement menée à bien, doit l'être par un organe impartial (B).

A. Juger de la constitutionnalité de la loi, une fonction juridictionnelle

36. L'exigence d'impartialité ne s'applique pas qu'aux juges. Il a par exemple été démontré que l'Administration doit être impartiale afin de mieux garantir l'opportunité de ses décisions[121]. La spécificité de l'exigence d'impartialité du juge constitutionnel est liée au caractère juridictionnel des fonctions qu'il exerce. Ce caractère juridictionnel permet de justifier la place du juge constitutionnel au sein de la démocratie, en tant qu'organe participant à la fonction législative dans la forme juridictionnelle, c'est-à-dire que le Conseil constitutionnel trouve sa légitimité démocratique en participant au maintien de la paix sociale par le traitement

[119] *Ibid.,* p. 115 : « *Un Conseil créé afin de veiller essentiellement au respect par le Parlement des mécanismes de rationalisation du parlementarisme, et à titre principal du domaine de la loi, ne pouvait que se sentir lié par les intentions des rédacteurs de la Constitution* ».
[120] *Ibid.,* p. 116.
[121] Voir L. DE FOURNOUX, *Le principe d'impartialité de l'Administration*, Université de Strasbourg, 2017, p. 69-110.

juridictionnel de certains conflits[122]. Juger de la constitutionnalité de la loi est ainsi une fonction juridictionnelle (1) contentieuse (2).

1. Une fonction juridictionnelle

37. Nous verrons qu'il existe un indéfectible lien entre l'exercice d'une fonction juridictionnelle et l'exigence d'impartialité. Toutefois, se pose la question de savoir si le Conseil exerce bien une fonction juridictionnelle lorsqu'il juge de la constitutionnalité de la loi, que ce soit dans le cadre du contrôle *a priori* ou de la QPC. Ainsi que le note I. Boucobza concernant cette notion,

> *L'observation des justifications de l'attribution de la "qualité d'organe de la fonction juridictionnelle" révèle que les problèmes d'identification ne sont pas, comme le laissent penser la plupart des discours, des problèmes de classification ou de reconnaissance d'une "nature" existante* a priori. *Il s'agit au contraire de questions de "politique du droit", autrement dit de distribution des compétences et donc de justification de l'intégration de certains actes dans la classe désignée sous la locution "fonction juridictionnelle"*[123].

I. Boucobza démontre dans sa thèse que les débats sur cette notion servent en doctrine à « *régler les rapports entre les pouvoirs* »[124]. En conséquence, les auteurs ne se sont jamais entendus sur ce qu'est, dans son « essence », une fonction juridictionnelle, puisque cette essence n'existe pas[125].

38. La question du rapport entre les pouvoirs se reflète dans les travaux du Comité consultatif constitutionnel à propos du Conseil constitutionnel. Les intervenants sont divisés sur la question de la nature du Conseil, comme en témoigne une réponse de M. Martin au président Latournerie : « *Monsieur le président, les rapporteurs et les commissaires du Gouvernement ont été, eux-mêmes, fort divisés sur le point de savoir si*

---

[122] Voir, pour des précisions supplémentaires sur cette idée, *infra* §50 et s.

[123] I. BOUCOBZA, *La fonction juridictionnelle, contribution à une analyse des débats doctrinaux en France et en Italie*, Dalloz, 2005, p. 209.

[124] *Ibid.*, p. 210. Voir aussi p. 24 : « *On peut admettre qu'une seule définition n'existe pas mais que lorsque les auteurs défendent des thèses opposées, ils défendent* des *définitions matérielles de la fonction juridictionnelle pour en tirer des conséquences organiques* ».

[125] I. Boucobza précisait à ce propos : « *La recherche d'un critère "matériel" renvoie plus généralement à la croyance diffuse parmi les juristes que les classifications peuvent être vraies ou fausses. Or, elles ne sont que la combinaison de plusieurs définitions, c'est-à-dire des conventions de langage. Elles n'ont pas "d'existence" dans le monde. S'il n'existe pas de fonction juridictionnelle dans la nature des choses, on ne peut que stipuler une définition à des fins de connaissance ou de politique juridique* » (p. 147).

le Conseil constitutionnel était, ou non, une juridiction, et quelle était la portée exacte de ses décisions »[126]. Le choix est alors fait de « *réserver cette question* »[127]. Plus précisément, alors que certains membres du Comité souhaitaient que la Constitution mentionne explicitement l'autorité de chose jugée des décisions du Conseil[128], d'autres membres comme R. Janot, ne sont pas « convaincus » que le Conseil est une juridiction[129]. Un compromis est trouvé dans la formule selon laquelle les décisions du Conseil constitutionnel « *s'imposent à toutes les autorités administratives ou juridictionnelles* »[130].

39. Ce compromis est compréhensible au début de la V^e^ République : une façon de faire accepter le Conseil constitutionnel est de le considérer comme un organe *ad hoc*, spécifique[131]. Selon T.-S. Renoux le contrôle de constitutionnalité n'a été accepté par les parlementaires que parce que le Conseil était considéré « *comme un démembrement de leur propre institution, pratiquant une sorte d'auto-contrôle* »[132]. Est ici refusée l'immixtion d'un « pouvoir juridictionnel » dans la fonction législative.

40. La doctrine estime cependant que le Conseil « *conçu initialement comme un organe politique* »[133], est devenu avec le temps une juridiction. Cette présentation doit être précisée. Le Conseil a toujours contrôlé la constitutionnalité des lois. Sa mission a toujours été la même. Considérer que cette mission, d'abord exercée par un organe politique, fut ensuite progressivement confiée à une juridiction, ne suffit pas. En effet,

---

[126] *Documents pour servir à l'histoire...,* vol. III, p. 163.
[127] *Ibid.*, p. 164, avis de M. Janot : « *En tout cas, si l'on veut réserver cette question il faudrait au moins dire, et on aboutirait ici au même résultat : "Les décisions du Conseil constitutionnel s'imposent à toutes les autorités administratives et juridictionnelles"* ».
[128] Notamment intervention du président Latournerie, p. 164 : « *Mais – et c'est à mes yeux au moins aussi important que les compétences dont nous avons parlé jusqu'à présent – lorsqu'il s'agit de l'appréciation de la constitutionnalité d'une loi organique ou simple – articles 57 et 58 –, à mon avis, c'est une opération nettement juridictionnelle* ».
[129] *Ibid.,* intervention de R. Janot : « *Je crains que l'expression : "autorité de la chose jugée", signifie que cet organisme est une juridiction, et je n'en suis pas convaincu* ».
[130] *Ibid.,* p. 165.
[131] *Documents pour servir à l'histoire...,* vol. III, p. 373, intervention de M. Latournerie : « *En ce qui concerne le Conseil constitutionnel, ce Conseil est, au moins, autant politique que juridique, ou du moins c'est une juridiction politique* ».
[132] T.-S. RENOUX, « Le Conseil constitutionnel et le pouvoir judiciaire en France dans le modèle européen de contrôle de constitutionnalité des lois », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 46, n° 3, juillet-septembre 1994, p. 892. Il ajoute : « *Ce phénomène est classique dans la création des Hautes Juridictions en France. Celles-ci sont toujours placées, au départ, sous le contrôle, réel ou supposé, d'un pouvoir public préexistant : la Cour de cassation (juridiction judiciaire suprême en France) a été conçue, après la Révolution française de 1789, comme un appendice du corps législatif (auquel elle devait renvoyer toute question d'interprétation de la loi) et le Conseil d'État (juridiction administrative suprême) comme un appendice du pouvoir Exécutif lorsqu'il fut institué par la Constitution française du 13 décembre 1799* ».
[133] I. BOUCOBZA, *La fonction juridictionnelle..., op. cit.,* p. 67.

cela ne répond pas à la question de savoir si la fonction exercée est juridictionnelle ou non. Pour ce faire, il faut rechercher, et donc inévitablement choisir, une définition matérielle de cette notion.

41. La Cour de Strasbourg estime de longue date qu' « *un tribunal se caractérise au sens matériel par son rôle juridictionnel : trancher, sur la base de normes de droit et à l'issue d'une procédure organisée, toute question relevant de sa compétence* »[134]. La Cour se fonde ainsi sur l'exercice d'une fonction juridictionnelle pour trancher la question de savoir si l'organe est un « tribunal » au sens de l'article 6§1. Elle estime en effet qu'un organe peut exercer une multiplicité de fonctions et être qualifié de tribunal : « *un tel cumul d'attributions ne saurait à lui seul priver une institution de la qualité de "tribunal" pour certaines d'entre elles* »[135]. Ce faisant, elle assimile directement la qualité de tribunal aux fonctions exercées *en l'espèce*, dans une démarche pragmatique. Il nous semble problématique d'affirmer que le Conseil est une juridiction selon une telle démarche sauf à assimiler, comme la Cour européenne, fonction juridictionnelle et juridiction, ce qui conduit à confondre l'organe et la fonction et a pour conséquence que l'organe peut être une juridiction à un moment et ne plus l'être à un autre[136].

42. Un autre élément nous pose des difficultés dans cette définition : la référence à une « procédure organisée ». Cette expression renvoie notamment aux garanties d'indépendance et d'impartialité que doit présenter le tribunal au sens de l'article 6§1[137]. Cette référence est logique chez la Cour de Strasbourg car celle-ci estime qu'un organe ne peut recevoir la qualification de « tribunal » au sens de l'article 6§1 que s'il présente certaines garanties. Le problème est que cela revient à estimer que la fonction

---

[134] CEDH, Gr. Ch., 25781/94, 12 mai 2014, *Chypre c. Turquie,* §233. Voir aussi CEDH, 22107/93, 25 février 1995, *Findlay c. Royaume-Uni*, §77 : « *Le pouvoir de rendre une décision obligatoire non susceptible de modification par une autorité non judiciaire est inhérent à la notion même de "tribunal"* ».

[135] CEDH, 8950/80, 30 novembre 1987, *H. c. Belgique,* §50.

[136] J.-C. COLLIARD, « Un nouveau Conseil Constitutionnel ? », *Pouvoirs*, n° 137, 2011/2, p. 157 : « *Le premier effet de la QPC c'est de régler, me semble-t-il, la sempiternelle question de savoir si le Conseil est ou non une juridiction ; je n'ai pour ma part jamais eu de doutes là-dessus, dans le sens affirmatif. Comment sans cela accepter que les indiscutables juridictions de l'ordre judiciaire ou de l'ordre administratif puissent s'entendre dire par une instance non identifiée si elles doivent ou non appliquer la loi ? Certes, on pourra toujours soutenir que le Conseil est une juridiction lorsqu'il statue en matière électorale ou en matière de QPC mais ne l'est pas dans le contrôle* a priori*, ce raffinement a ses limites et même la chauve-souris a dû être classée dans un genre* ».

[137] Arrêt précité CEDH *Chypre c. Turquie,* §233 : « *Il doit aussi remplir une série d'autres conditions – indépendance, notamment à l'égard de l'exécutif, impartialité, durée du mandat des membres, garanties offertes par la procédure – dont plusieurs figurent dans le texte même de l'article 6§1* ».

juridictionnelle n'existe que si elle est « bien » exercée[138]. À notre sens, si l'exigence d'impartialité et les qualités du procès équitable accompagnent nécessairement la fonction juridictionnelle, elles ne la définissent pas.

43. Finalement, sans nous écarter totalement de la définition retenue par la Cour européenne des droits de l'homme, nous lui avons préféré la définition proposée par M. Waline dans sa préface aux *Grandes décisions du Conseil constitutionnel*. M. Waline distingue, pour identifier la fonction juridictionnelle, un critère matériel (le fait de statuer en droit) et un critère formel (l'autorité de chose jugée)[139]. F. Luchaire reprend cette distinction et distingue de plus entre décision juridictionnelle contentieuse, qui règle une contestation, et non contentieuse en l'absence de toute contestation[140].

44. La référence à l'autorité de chose jugée a pu être contestée comme critère de l'acte juridictionnel[141] au motif que c'est un effet de l'acte juridictionnel et non un élément de celui-ci. Cette vision est cependant discutable. À notre sens ce critère est déterminant dans la caractérisation de l'activité juridictionnelle car il manifeste la **volonté** d'accorder à une décision la force de vérité légale[142]. L'autorité de chose jugée est un pouvoir du dernier mot juridiquement établi comme tel, un privilège exorbitant reconnu au juge, auquel sont attachés des devoirs spécifiques. Il nous semble, pour ce motif, que l'autorité de chose jugée est une caractéristique essentielle de la fonction juridictionnelle telle que nous la concevons. Or les décisions rendues par le Conseil ont force de vérité non pas légale mais constitutionnelle en vertu de l'article 62 de la Constitution. Nous avons précédemment relevé les débats du Comité consultatif constitutionnel à propos de la formule retenue par cet article[143] : l'expression « autorité

---

[138] Une telle conception n'est pas propre à la Cour de Strasbourg. On la retrouve par exemple chez R. Carré de Malberg pour qui la justice se distingue de l'administration par son assujettissement à des « *formes spéciales et rigoureuses* » qui garantissent la « *haute impartialité* » du juge (R. CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État : spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français,* t. I, Éd. du CNRS, p. 768, disponible sur : <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k9359q>).

[139] M. WALINE, « Préface de la première édition », *in* L. FAVOREU, L. PHILIP *et al.*, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 19e éd., Dalloz, 2018, p. V-XI.

[140] F. LUCHAIRE, *Le Conseil constitutionnel*. *Tome I, Organisation et attributions*, 2e éd. refondue, Economica, 1997, p. 41-42.

[141] Voir not. S. GUINCHARD *et al*., *Procédure civile*, 35e éd., Dalloz, 2020, p. 786.

[142] Voir G. JEZE, *Cours de droit public (licence), professé à la Faculté de droit de Paris pendant le 2e semestre 1923-1924*, 1924, Marcel Giard, p. 107 et s., disponible sur : <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k147761p>.

[143] Voir *supra* §38.

de chose jugée » n'est pas explicitement mentionnée par la Constitution. Le Conseil l'a cependant lui-même implicitement affirmée en 1962[144], puis explicitement en 1988[145].

45. Ensuite le contrôle de la constitutionnalité des lois consiste à contrôler la conformité d'une norme inférieure à une norme supérieure, ce qui est sans aucun doute une question de droit. Il pourrait cependant être répondu que le Conseil ne statue pas qu'en droit, puisqu'il prend en compte, parfois largement, des éléments d'opportunité. Ceci est valable pour tout juge mais encore plus pour le Conseil dont les décisions ont une incidence politique et sociale potentiellement très forte. Cependant, estimer que le Conseil devrait uniquement statuer en droit pour être un véritable juge revient à penser le droit comme un **domaine hermétique** aux considérations d'ordre politique, et inversement :

> *le droit serait l'univers de la neutralité, de l'impartialité et de la connaissance pure excluant toute subjectivité et tout libre arbitre de celui qui le met en œuvre ; le politique serait au contraire le monde des choix partisans, de la volonté libre par laquelle un groupe exprime ses valeurs propres*[146].

Comme le note D. Rousseau « *Cette représentation, qui participe à l'idéologie particulière des juristes, est largement illusoire* »[147]. La Cour européenne des droits de l'homme apporte sur ce point une nuance bienvenue lorsqu'elle énonce qu'un tribunal tranche, *sur la base* de normes de droit, toute question relevant de sa compétence.

46. Ces éléments permettent d'affirmer que le contrôle de la constitutionnalité des lois, tel qu'il est exercé par le Conseil constitutionnel, est bien une fonction juridictionnelle. *A contrario,* le Sénat conservateur du Premier Empire n'exerçait pas une fonction juridictionnelle puisqu'il ne pouvait qu' « *exprimer l'opinion* qu'il n'y a pas lieu à promulguer la loi »[148]. Cela ne signifie pas, en revanche, que les juges constitutionnels français ont toujours eu conscience de la nature juridictionnelle de leur

[144] CC, 62-18 L, 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*, §2.
[145] CC, 88-244 DC, 20 juillet 1988, *Loi portant amnistie*, §18 ; CC, 89-258 DC, 8 juillet 1989, *Loi portant amnistie,* §13.
[146] D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel, op. cit.*, p. 67.
[147] *Ibid.*
[148] Constitution du 28 floréal an XII, art. 71.

fonction, ni que le contrôle de constitutionnalité a toujours été accompagné des garanties procédurales propres à assurer le bon exercice de cette fonction.

47. Enfin le fait que le Conseil exerce une fonction juridictionnelle n'élimine pas la possibilité pour ce dernier de participer à l'exercice de la fonction législative. Ce n'est en aucun cas exclusif dans une conception souple de l'équilibre des pouvoirs, permettant à un même organe de participer à l'exercice de plusieurs fonctions[149]. M. Troper rappelle ainsi que le Conseil est non seulement un législateur négatif mais aussi positif[150]. À notre sens, le Conseil participe à l'exercice de la fonction législative *dans la forme juridictionnelle*[151]. Plus précisément, le Conseil constitutionnel participe à la fonction législative en tranchant un litige dans le cadre d'un procès constitutionnel, opposant ainsi le respect de la Constitution aux gouvernants.

2. Un procès constitutionnel

48. Contrairement à ce que l'on pourrait penser, le procès ne fait pas l'objet d'une définition unitaire et admise par tous[152]. Dans son *Précis* de droit processuel, S. Guinchard définit le procès selon trois éléments[153] : altérité (contestation entre deux personnes, familles, groupes, États...), autorité (intervention d'un tiers susceptible de vider la dispute), pouvoir (recours à la force publique en cas d'inexécution). Cette définition ne peut être appliquée au Conseil constitutionnel dans sa dernière branche[154], ni aux juridictions internationales.

49. Le dictionnaire Cornu propose quant à lui une définition très générale : « *Litige soumis à un tribunal ; contestation pendante devant une juridiction* »[155]. Cette

[149] Voir nos développements complémentaires sur la notion de « tiers », *infra* §68 et s.
[150] F. HAMON, M. TROPER, *Droit constitutionnel*, 41e éd., LGDJ, 2020, p. 142 : « *Il ne se prononce pas seulement sur la loi qui lui est soumise, mais dans les motifs de ses décisions, il donne des interprétations générales de la constitution, dont on peut déduire des prévisions de ses attitudes futures. Ces motifs font ainsi figure de directives générales, dont le gouvernement, lorsqu'il prépare un projet de loi, ou les assemblées parlementaires, lorsqu'elles débattent, doivent nécessairement tenir compte* ».
[151] Sur le caractère démocratique de cela, voir notamment notre conclusion générale, §793 et s.
[152] Il est même peu défini en tant que tel par les manuels de droit processuel, comme le remarquent les auteurs de la *Théorie générale du procès* (voir L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, *op. cit.*, p. 306).
[153] S. GUINCHARD et al., *Droit processuel : droits fondamentaux du procès*, 10e éd., Dalloz, 2019, p. 87.
[154] Sauf à évoquer la responsabilité de l'État du fait des lois inconstitutionnelles récemment reconnue. Voir *infra* §193.
[155] « Procès », G. CORNU (dir.), ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Vocabulaire juridique*, 13e éd. mise à jour, PUF, 2020, 1091 p.

définition rejoint la définition d'H. Motulsky : « *Le procès est envisagé en tant qu'activité contentieuse, c'est-à-dire opposant des intérêts : c'est ce qu'exprime la notion de litige ; mais, pour qu'il y ait procès, pour qu'il y ait contentieux, il faut que le litige soit d'ordre juridique et qu'il se déroule devant une juridiction* »[156]. Pour notre part, nous identifierons essentiellement le procès constitutionnel à partir de l'existence **d'un litige** et de l'exercice par le Conseil de **fonctions juridictionnelles** dans le cadre du contrôle de la constitutionnalité des lois.

50. En effet, « *il n'y a pas de procès sans litige* »[157]. Le litige est un conflit autorisé à s'exprimer dans la forme juridictionnelle. C'est un conflit qui n'est matière à procès qu'à la condition « *d'être juridiquement relevant* »[158]. Pour qu'il y ait litige, il faut que deux points de vue s'opposent (élément d'altérité). Pour autant, le litige ne se réduit pas à la conception civiliste de celui-ci : un litige n'est pas seulement un conflit de volontés entre particuliers[159], sinon cela conduirait « *à nier l'existence d'un litige en matière pénale et, en matière administrative, dans le recours pour excès de pouvoir* »[160]. Le désaccord peut opposer une volonté particulière à la puissance publique ou à la société :

> *Certes, ni le contentieux administratif de l'excès de pouvoir, ni la procédure pénale n'expriment un désaccord entre particuliers. Un conflit n'en existe pas moins, même si le litige oppose un particulier à la puissance publique, dans le contentieux administratif de l'excès de pouvoir, ou à la société elle-même dans la procédure pénale. Et ce conflit est bien d'ordre juridique, même s'il ne met pas forcément en cause des intérêts constitués sous forme de droits subjectifs*[161].

À notre sens, et nous avons bien conscience que cette affirmation peut heurter, un conflit de normes peut aussi s'analyser comme un litige[162], parce qu'un tel conflit n'est

---

[156] H. MOTULSKY, *Droit processuel*, Paris : Éd. Montchrestien, 1973, p. 5.
[157] L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, *op. cit.*, p. 308.
[158] *Ibid.*, p. 312.
[159] Voir les développements consacrés à cette question par T. SANTOLINI, *Les parties dans le procès constitutionnel*, Bruylant, 2010, partic. p. 53-78 ; A.-M. LECIS COCCU ORTU, *Les interventions des tiers porteurs d'intérêts collectifs dans les contentieux constitutionnels incidents français et italiens : étude sur l'élargissement du débat contradictoire dans un contentieux constitutionnel concret et objectif*, LGDJ, 2018, partic. p. 41-71. Voir aussi les développements sur le renouvellement de la pensée du procès civil dans le manuel de S. GUINCHARD *et al.*, *Procédure civile*, *op. cit.*, p. 15 et s.
[160] L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, *op. cit.*, p. 314.
[161] *Ibid.*
[162] Cette opinion est aussi défendue, selon une argumentation fondée sur l'existence d'une contestation, par T. Santolini dans sa thèse : T. SANTOLINI, *Les parties dans le procès constitutionnel*, *op. cit.*, p. 47-48. Voir M. HAURIOU, « Les éléments du contentieux », *Recueil de législation de la faculté de droit de Toulouse,* 1905, p. 30 et s. et J. CHEVALIER, « Fonction contentieuse et fonction juridictionnelle », *in Mélanges M. Stassinopoulos*, Paris : LGDJ, 1974, p. 208.

jamais un « pur » conflit de normes, comme le montrent le contentieux de l'excès de pouvoir et le contrôle de constitutionnalité des lois : un conflit de normes est toujours, en même temps, un conflit de volontés et potentiellement d'intérêts[163].

51. L'on pourrait nous opposer que les lois organiques et les règlements des assemblées sont simplement « *soumis* »[164] au Conseil, que la contestation n'est pas volontaire, qu'elle est soulevée d'office, directement par la Constitution elle-même : le conflit est rendu juridiquement relevant par celle-ci, sans qu'une volonté *actuelle* ait à intervenir. C'est pourquoi l'on affirme que le conflit est purement objectif : son seul objet est la protection du droit. Pour plusieurs auteurs, l'idée serait alors que le juge exercerait une fonction juridictionnelle consistant à dire le droit, mais que cette fonction serait non contentieuse, faute de litige[165]. G. Vedel soulignait notamment, à l'appui de cette idée, le fait que « *la mission du Conseil constitutionnel n'est pas limitée par la saisine* »[166]. La saisine serait ainsi en quelque sorte un acte neutre, un simple « vecteur » permettant au Conseil de vérifier la constitutionnalité de la loi[167].

52. Pourtant, il existe bien une volonté derrière la transmission automatique : celle du Constituant, qui était de soumettre la volonté du Parlement au respect des règles posées par la Constitution, **en particulier** concernant les règlements des assemblées et les lois organiques : « *La création du "Conseil constitutionnel" manifeste*

---

[163] Nous développons ces idées aux §54-55. Voir aussi les §643 et s.

[164] Const. 1958, art. 61 al. 1.

[165] Selon P. Jan, il n'existe pas de litige dans le cadre du contrôle *a priori* des lois, le Conseil exerçant dans ce cadre des attributions non contentieuses, c'est-à-dire gracieuses (s'il n'y a pas de contestation, il n'y a pas de contentieux). Cela ne l'empêche pas, cependant, de qualifier le contrôle préventif de procès au sein duquel s'exprime un certain nombre de parties, ce qui nous semble déroutant (Voir P. JAN, *Le procès constitutionnel*, 2e éd., LGDJ, 2010, partic. p. 18-39 et 156-163).

[166] Voir G. VEDEL, « L'accès des citoyens au juge constitutionnel. La porte étroite », *La Vie Judiciaire*, n° 2344, 11-17 mars 1991, p. 1 : « *Sur le premier point, il faut se rappeler que lorsque, postérieurement à son vote et préalablement à sa promulgation, une loi est déférée au Conseil constitutionnel, celui-ci n'est pas à proprement parler saisi d'un recours contentieux. En effet, la saisine, quels qu'en soient l'auteur ou les auteurs, a pour effet d'imposer au Conseil constitutionnel de procéder à une lecture de toutes les dispositions de la loi et à se prononcer sur leur conformité à la Constitution. Ainsi, la mission du Conseil constitutionnel n'est pas limitée par la saisine ; le juge peut et doit étendre le contrôle de constitutionnalité à la totalité de la loi qui lui est déférée. Il s'ensuit qu'il a le pouvoir non seulement de soulever d'office des griefs qui n'ont pas été formulés à l'encontre des dispositions critiquées par les auteurs de la saisine (pouvoir qu'a tout juge en ce qui concerne les moyens d'ordre public) mais encore, de censurer des dispositions qui ne font l'objet de la part des auteurs de la saisine d'aucune critique* ».

[167] Une telle conception a naturellement des conséquences sur le contradictoire : « *qu'il ne s'agit pas d'un contentieux supposant une opposition de prétentions mais seulement d'une troisième lecture de la loi faite du point de vue de sa constitutionnalité et, en termes de pur droit objectif, le Conseil est censé se borner à procéder à une confrontation entre la loi et la Constitution, ce qui réduit l'instruction à un pur travail de réflexion juridique* » (*Ibid.*, p. 13).

la volonté de subordonner la loi, ***c'est-à-dire la décision du Parlement****, à la règle supérieure édictée par la Constitution* »[168].

53. Il faut ici considérer la genèse du contrôle de constitutionnalité : le Constituant a créé un conflit juridictionnel entre normes pour contrer la domination par le législateur du système institutionnel sous les républiques précédentes. Le choix des mots est important : le Conseil est l' « ***arme*** *contre la déviation du régime parlementaire* »[169]. En créant de toutes pièces un conflit juridictionnel entre la loi et la Constitution, le Constituant a opposé sa volonté, telle qu'interprétée par le juge[170], à celle du législateur. On retrouve ici l'essence du procès, qui est d'assurer la paix sociale[171]. À notre sens, un conflit de normes peut donc être, en lui-même, considéré comme un litige, car c'est bien un véritable et authentique conflit et non une simple question de droit qui est posée au juge, par exemple une demande en interprétation d'un texte[172]. Nous retenons donc une vision du litige fondée sur l'essence contentieuse du contrôle de constitutionnalité[173].

---

[168] « Allocution de Michel Debré devant le Conseil d'État – 27 et 28 août 1958 », *in Documents pour servir à l'histoire...,* vol. III, p. 260. J.-L. Debré explique notamment que *« M. Debré eut gain de cause sur les ministres d'État, pour ce qui concerne la disposition constitutionnelle imposant que les règlements des Assemblées parlementaires soient, préalablement à leur mise en application, soumis au Conseil constitutionnel* » (J.-L. DEBRE, *La Constitution de la Ve République,* PUF, 1975, p. 19). On retrouve la saisine obligatoire du Conseil dès juin 1958 dans les travaux ministériels : « *Le Conseil constitutionnel est en outre réuni obligatoirement pour avis avant la promulgation d'une loi organique et le vote par les Assemblées parlementaires de leur règlement intérieur* » (*Ibid.*, p. 94). La rédaction évolue avec l'avant-projet de Constitution du 19 juillet 1958 : « *Art. 56 – Toute loi organique, avant sa promulgation, est soumise au Conseil constitutionnel. Il en est de même pour les règlements des Assemblées parlementaires à la demande du président de l'Assemblée intéressée* » (*Documents pour servir à l'histoire...*, vol. I, p. 467). Le Comité consultatif constitutionnel, à travers un amendement de J. Gilbert-Jules qui ne suscite pas d'objection, supprime les mots « *à la demande du président de l'Assemblée intéressée* » lors de la séance du 5 août 1958 (*ibid.,* vol. II, p. 173).

[169] *Ibid.*, vol. III, p. 260.

[170] L'interprétation étant un acte de volonté, il est possible d'affirmer qu'est opposée à la volonté du législateur celle du Conseil constitutionnel. Néanmoins, si l'interprétation est un acte de volonté, cette volonté s'exerce dans un cadre contraignant. Nous traiterons le détail de cette question *infra* aux §87 et s. Sur l'évolution des idées à ce propos, voir M.-J. REDOR, *De l'État légal à l'État de droit...*, *op. cit.,* p. 294 et s. : « *Cette prise en compte du droit comme norme suprême de référence est ainsi destinée à jouer un rôle essentiel dans la lutte contre l'omnipotence parlementaire* » (p. 295). Voir aussi D. ROUSSEAU, « La démocratie continue, espace public et juge constitutionnel », *Le Débat*, n° 96, 1997/4, p. 73-88.

[171] Cette essence a été rappelée récemment par L. Fabius dans son discours des vœux pour 2020 : « *Sur le fond, je relève que beaucoup des dossiers portés devant le Conseil suscitaient au moment de notre saisine des débats et parfois des tensions dans la société, qu'il s'agisse de la pénalisation des clients de personnes se livrant à la prostitution (décision QPC du 1er février 2019), de l'examen radiologique des tests osseux aux fins de détermination de l'âge des migrants (décision QPC du 21 mars 2019).* [...] *La quasi-totalité de ces décisions, une fois prises, se sont accompagnées d'une baisse ou d'une disparition des tensions préalables. C'est un aspect important dans l'équilibre de notre société* » (L. FABIUS, Discours des vœux du 16 janvier 2020, disponible sur le site internet du Conseil constitutionnel).

[172] L'on nous opposera peut-être concernant les règlements des assemblées et les lois organiques, que le Conseil procède à une simple « vérification » de constitutionnalité. Cette critique ne tient pas à partir du moment où l'on considère l'acte juridictionnel comme une *constatation* par nature : « *Nous inclinons à mettre l'accent, de manière générale, sur le critère téléologique fondé sur le but de la fonction*

54. Cette nature conflictuelle s'est trouvée renforcée après 1974, parce que le conflit de normes s'est doublé d'autres conflits du fait de la subjectivisation du procès fait à la loi : l'ouverture de la saisine par le Constituant dérivé à soixante députés ou soixante sénateurs donna à l'opposition un nouveau moyen de s'opposer à la majorité. La QPC ouvre quant à elle en 2010 la possibilité pour le justiciable de s'opposer au législateur, passé ou actuel, au nom du respect des droits et libertés que la Constitution garantit. Ces conflits dépassent le litige porté devant le juge : ils lui préexistent et lui survivent sous d'autres formes[174].

55. En deçà de ces conflits qui alimentent la nature contentieuse du contrôle, le procès constitutionnel est le lieu d'expression d'intérêts contradictoires, qui s'expriment selon des modalités différentes au cas par cas des questions de constitutionnalité. Ces intérêts sont multiples : ce sont ceux des saisissants et du Gouvernement, qui prennent la place du demandeur et du défendeur dans le procès. Ce sont aussi les tiers, qui ont vocation à intervenir dans la procédure[175]. Comme l'a notamment rappelé T. Santolini, le but de ces acteurs n'est pas le seul apurement de l'ordre juridique : *« leurs initiatives sont le plus souvent conditionnées par des considérations clairement déterminées qui n'ont rien de commun avec la défense désintéressée de la constitutionnalité* »[176]. Le procès constitutionnel comprend donc à notre sens plusieurs strates, même si le litige constitutionnel *« ne met pas forcément en cause des intérêts constitués sous forme de droits subjectifs* »[177].

---

juridictionnelle, ce but étant littéralement de dire le droit (la juridiction) c'est-à-dire d'opérer la vérification des situations juridiques à l'aide d'une constatation qui constitue, à elle seule, l'acte juridictionnel » (S. GUINCHARD *et al*., *Procédure civile*, *op. cit.*, p. 791).

[173] Cette conception peut être trouvée dans les travaux préparatoires de la Constitution : « *M. le garde des Sceaux estime qu'aucun organe de l'État ne doit se considérer comme souverain et que par conséquent des lois contraires à la Constitution doivent pouvoir être censurées. M. Luchaire répond à l'observation de M. Chandernagor et fait remarquer que le Conseil constitutionnel ne pouvant être saisi que par le président de la République, le président de l'Assemblée nationale ou le président du Sénat ne sera pas en réalité le gardien de la Constitution, mais permettra de régler certains litiges d'ordre juridique opposant les grands organes de l'État* » (*Documents pour servir à l'histoire...,* vol. I, p. 382). Voir aussi par exemple l'intervention de M. Triboulet : « *Que devons-nous chercher ? La possibilité, pour ceux qui souffrent de la violation de la Constitution, de protester* » (*Ibid.,* vol. II, p. 178-179).

[174] Voir A. JEAMMAUD, « Conflit, différend, litige », *Droits*, 2001/2, n° 34, p. 20 : « *Le passage des termes plus ou moins complexes et clairs d'un conflit à ceux d'un différend éventuellement explicité entre les parties, et en tout cas aux prétentions soumises à un juge, ainsi qu'aux moyens juridiques et arguments qui les soutiennent, tient davantage du déplacement et de la réduction que de la traduction. D'où la distance, déjà signalée, du litige au conflit qui constitue son origine et son contexte, ou qui en naîtra* ».

[175] Voir nos développements *infra* §687 et s.

[176] T. SANTOLINI, *Les parties dans le procès constitutionnel*, *op. cit.,* p. 46.

[177] L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, *op. cit.*, p. 314.

56. De ce fait, il existe bien un litige devant le Conseil, conflit de normes, de volontés et d'intérêts, autorisé à s'exprimer dans la forme juridictionnelle par la Constitution à ses articles 61 et 61-1. Il existe donc un procès constitutionnel, que ce soit dans le cadre du contrôle *a priori* ou de la QPC.

57. Certes, du point de vue des représentations, il n'y a probablement pas eu procès constitutionnel avant 2010. La QPC, avec la présence du justiciable et la mise en place de garanties procédurales renforcées, rejoint la représentation classique du procès. Cependant, ce que nous souhaitons souligner ici est **l'essence conflictuelle** du contrôle de la constitutionnalité des lois exercé par le Conseil. Le Conseil est toujours intervenu pour trancher un conflit de normes qui était aussi un conflit de volontés, même si c'était au départ sous une forme embryonnaire du point de vue des garanties procédurales. Nous verrons que cette nature contentieuse **justifie un renforcement des garanties procédurales dans le cadre du contrôle *a priori***[178].

58. Parce que le contrôle de la constitutionnalité des lois, tel qu'il est prévu dans le cadre de la V^e^ République, est une fonction juridictionnelle contentieuse, le Conseil constitutionnel doit être impartial, cette qualité étant nécessaire à l'accomplissement de sa mission.

B. L'impartialité, qualité nécessaire du Conseil constitutionnel

59. Nous avons défini la fonction juridictionnelle à partir de deux critères : le fait de trancher, sur la base de normes de droit, une question et le fait de rendre une décision dotée de l'autorité de chose jugée. Or l'impartialité du juge est liée à chacune de ces caractéristiques : le juge ne peut pas « dire le droit » s'il est partial (1). Ensuite, la force de vérité accordée à ses décisions suppose son impartialité : c'est une question de légitimité répondant à la question « qui garde le gardien ? » (2). Enfin, nous avons établi que le contrôle de la constitutionnalité des lois exercé par le Conseil est une fonction juridictionnelle contentieuse. Or l'impartialité est nécessaire à celui qui entend se positionner en tiers amené à résoudre un litige (3).

[178] Voir *infra* §649 et s.

1. Être impartial pour trancher une question de droit

60. La fonction juridictionnelle possède indubitablement une dimension subjective. Pour autant, subjectif n'est pas synonyme d'arbitraire et il est toujours attendu du juge qu'il « dise le droit », malgré les limites avouées d'une telle exigence. Or, pour accomplir cette mission, le juge doit nécessairement être impartial. Prenons un exemple flagrant : le Conseil constitutionnel doit faire respecter l'article 27 de la Constitution selon lequel « *le droit de vote des membres du Parlement est personnel* ». Supposons que les membres du Conseil constitutionnel soient partiaux : ils sont tous contre cette règle qu'ils trouvent impraticable pour les parlementaires et ne veulent pas l'appliquer. Un Conseil partial permettra par exemple aux parlementaires de contourner cette règle via leur règlement. Un Conseil se comportant ainsi faillirait à sa mission : faire respecter la Constitution[179]. La partialité déforme les textes, elle empêche le juge de les « écouter ». Si le juge est partial, les textes deviennent un simple outil au service de sa partialité, il échoue alors à accomplir sa mission : juger de la constitutionnalité de la loi.

61. Nous verrons tout au long de cette thèse qu'il existe une différence fondamentale entre la situation où le juge accomplit son office en fonction de ses seules préférences personnelles et la situation où ses préférences occupent une place dans la prise de décision mais n'entravent pas sa réflexion. Ainsi, malgré la liberté reconnue au juge, l'exigence d'impartialité garde son fondement : même si le fait de trancher une question de droit n'est pas un acte de connaissance, le juge reste chargé de faire respecter un texte qui est extérieur à sa personne[180].

62. Pour cette raison, il est tout à fait logique de trouver dans les travaux préparatoires de la Constitution plusieurs références à l'impartialité du Conseil constitutionnel. En effet, si la nature de l'institution est incertaine en 1958, aucun doute n'est permis sur sa mission maintes fois rappelée dans ces travaux : vérifier la

[179] L'expérience du Sénat conservateur le montre, comme l'a remarqué G. Vedel : « *Le système présente de sérieux inconvénients. Passons sur ceux qui étaient inhérents au fait que le Sénat était soumis et inféodé au chef de l'État. Mais l'inconvénient majeur et qui tient à l'essence même du système, c'est qu'une Assemblée politique est mal placée pour faire œuvre juridique. Théoriquement, l'Assemblée chargée du contrôle de constitutionnalité doit se comporter en juge et dire si la loi est ou non conforme à la Constitution, ce qui est une question de droit. Mais (l'exemple du Sénat de 1852 le prouve), l'organe chargé du contrôle en vient très vite à juger l'utilité des lois, leur valeur pratique. De juge chargé d'apprécier la constitutionnalité de la loi, il se faisait législateur, chargé d'en apprécier l'opportunité* » (G. VEDEL, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, réédition présentée par G. Carcassonne et O. Duhamel, Dalloz, 2002, p. 125).

[180] Voir nos développements *infra* §90 sur la place du texte dans l'interprétation.

conformité de la loi à la Constitution, ce dont témoigne l'allocution de M. Debré devant le Conseil d'État lors de la réunion des 27 et 28 août 1958[181].

63. En effet, bien que certains comme F. Luchaire, refusent l'appellation de *« gardien de la Constitution »*[182], il est clair que pour tous, le Conseil est bien l'organe désigné pour faire respecter la Constitution, et ce notamment à travers l'article 61 de celle-ci pour les règlements des assemblées, les lois organiques et les lois ordinaires. L'exposé des motifs de l'avant-projet de Constitution du 29 juillet 1958 est particulièrement clair : « *La nécessité d'un organisme impartial, chargé de veiller à l'application de la Constitution* […] »[183]. Les commentaires sur la Constitution, rédigés par certains de ses plus éminents rédacteurs, insistent eux aussi sur les liens entre la mission du Conseil et l'impartialité de ses membres et expliquent la mention de cette exigence dans le serment prêté par les conseillers lors de leur entrée en fonctions :

> *Enfin, et c'est le dernier groupe de règles, les membres du Conseil sont assujettis à certains devoirs. Les uns se rattachent étroitement à l'exercice même de leur fonction. Ce sont ceux que mentionne la formule du serment et qui sont pour partie transposés du serment des magistrats : exercer leurs fonctions en toute impartialité dans le respect de la Constitution, garder le secret des délibérations et des votes*[184].

Le général de Gaulle déclara enfin, lors de la cérémonie d'installation du Conseil constitutionnel : « *La République vous fait entièrement confiance et sait qu'elle peut compter sur votre impartialité pour faire respecter la lettre et l'esprit de notre Constitution* »[185]. L'exigence d'impartialité du Conseil ne se fonde cependant pas sur la seule mission impartie au Conseil : c'est aussi une question de légitimité dans un État de droit.

---

[181] *Documents pour servir à l'histoire...,* vol. III, p. 260. Voir aussi par exemple dans le vol. II, p. 327, les propos de M. Barrachin : « *Le Conseil constitutionnel est là pour juger de la légalité d'une loi, pour dire si cette loi est conforme à la Constitution* ».

[182] *Ibid.*, vol. II, p. 382 : « *M. Luchaire répond à l'observation de M. Chandernagor et fait remarquer que le Conseil constitutionnel ne pouvant être saisi que par le président de la République, le président de l'Assemblée nationale ou le président du Sénat ne sera pas en réalité le gardien de la Constitution, mais permettra de régler certains litiges d'ordre juridique opposant les grands organes de l'État* ».

[183] *Ibid.,* vol. I, p. 525.

[184] *Ibid.,* vol. IV, p. 285.

[185] « Le général de Gaulle a installé le Conseil constitutionnel », *Le Monde*, 6 mars 1959.

2. Être impartial pour rendre une décision ayant force de vérité

64. Le fait de trancher une question de droit ne peut être assimilé à un acte de connaissance. En effet, dire le droit n'est pas décrire mais prescrire et comme l'a notamment rappelé M. Troper[186], les prescriptions ne peuvent être ni vraies ni fausses. Pourtant et paradoxalement, le fait pour le juge de trancher une question de droit en rendant une décision dotée de l'autorité de chose jugée revient à énoncer une forme de vérité : ce n'est pas la vérité au sens strict mais l'énonciation d'une affirmation réputée telle. C'est la vérité légale et plus précisément ici, « constitutionnelle »[187] : celle qui s'impose, clôt le débat et assure, en principe, la paix sociale :

> *C'est bien jusque-là qu'il faut aller : derrière le procès, il y a le conflit, le différend, la querelle, le litige ; et à l'arrière-plan du conflit il y a la violence. La place de la justice se trouve ainsi marquée en creux, comme faisant partie de l'ensemble des alternatives qu'une société oppose à la violence et qui toutes à la fois définissent un État de droit*[188].

Si ce n'est pas la violence du litige entre personnes privées qui est empêchée par le Conseil constitutionnel, c'est celle des organes les plus puissants de l'État. La justice constitutionnelle est née du refus de laisser le monopole du pouvoir à ceux qui n'en sont que les dépositaires. Elle impose le respect d'une règle supérieure, celle adoptée par le peuple constituant, aux organes constitués. Elle est la gardienne de l'État de droit au plus haut niveau.

65. C'est cependant encore un organe constitué qui assure ce respect. Plus encore, le juge constitutionnel, dont les décisions sont revêtues de l'autorité absolue de chose jugée, est doté d'un pouvoir qui est, dans une certaine mesure, suprême. Dans ces conditions, une question ancienne a retrouvé toute son actualité : *quis custodiet ipsos custodes,* qui garde le gardien ?[189] La réponse à cette question conditionne la légitimité du Conseil, essentielle à sa survie. En effet, toute institution qui rend des décisions

---

[186] M. TROPER, *La philosophie du droit*, 4e éd., PUF, 2015, p. 28.

[187] Expression de "vérité constitutionnelle" utilisée par G. PALEWSKI lors des séances des 26, 27 et 28 avril 1972. Voir J. BONNET *et al*., *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel : 1958 1986*, 2e éd., Dalloz, 2014, p. 160.

[188] P. RICŒUR, *Le Juste*, Éd. Esprit, 1995, p. 189.

[189] La réponse négative à cette question entraîne immédiatement l'accusation d'illégitimité du contrôle exercé. La Convention rejeta en bloc le projet de jury constitutionnaire de Sieyès en 1795 pour cette raison. Voir l'intervention de Thibaudeau : « *Si le jury constitutionnaire, dont les fonctions seront déterminées par la constitution, en passe les limites, qui est-ce qui réprimera son usupration ? [...] On ne fait que reculer la difficulté d'un degré de plus* » (cité par M. MORABITO, *Histoire constitutionnelle de la France de 1789 à nos jours, op. cit.*, p. 133).

contraignantes doit pouvoir bénéficier d'une certaine légitimité[190] : le juge constitutionnel rend des décisions qui n'ont de sens que si elles sont appliquées. Or dans un État de droit, l'efficacité des décisions du juge constitutionnel ne repose pas sur la force mais sur leur autorité, leur acceptabilité.

66. Plusieurs moyens de légitimation sont utilisés par le Conseil. L'un de ces moyens est, par exemple, le rôle d'aiguilleur du Conseil, tel que théorisé par G. Vedel[191]. Cependant, la légitimité du juge constitutionnel est essentiellement matérielle[192] : elle tient dans l'accomplissement par ce dernier de sa mission et, de plus en plus, dans l'existence de garanties procédurales au service de cet objectif[193].

67. En effet, la montée en puissance des principes du procès équitable sous l'impulsion de la Cour européenne des droits de l'homme a invité les acteurs du droit et l'opinion publique à s'interroger sur ce qu'est un « bon » procès. La mise en place de la QPC en 2010 a permis d'inclure le Conseil dans la sphère des juridictions soumises à ces standards, ce qui a vocation à modifier, à terme, l'architecture entière du procès constitutionnel en France[194]. Ainsi, la légitimité du Conseil se joue aujourd'hui, nous semble-t-il largement, sur l'existence de procédures et de garanties permettant de démontrer l'existence d'un « bon » procès constitutionnel. Ce qualificatif renvoie à une notion subjective, mais la contrainte de légitimité est elle-même intersubjective[195]. L'impartialité est ainsi l'une des conditions de la légitimité du Conseil.

Le Conseil doit enfin être impartial pour conserver son statut de tiers par rapport au conflit porté à sa connaissance.

---

[190] Cette question fera l'objet de développements aux §181 et s.

[191] Les décisions du Conseil peuvent toujours être surmontées par le pouvoir constituant dérivé : G. VEDEL, « Le Conseil constitutionnel, gardien du droit positif ou défenseur de la transcendance des droits de l'homme », *Pouvoirs*, n° 45, 1988, p. 149-159.

[192] Voir *infra* §185 et s.

[193] De règles d'« *éthique de la discussion* [...] *qui incluent notamment le respect du contradictoire et de l'égalité des armes, la garantie de l'impartialité du juge et l'obligation de motivation des décisions de justice* » (B. FRYDMAN, *Le sens des lois : histoire de l'interprétation et de la raison juridique*, 3e éd., Bruylant, 2011, p. 674). Voir nos développements complémentaires *infra* aux §185 et s. Voir aussi T. PERROUD, « La neutralité procédurale du Conseil constitutionnel », *La Revue des Droits de l'homme* [en ligne], n° 15, 2019.

[194] Voir nos développements sur la construction du procès constitutionnel *infra* §627 et s.

[195] « Intersubjectif », TLFI, *op. cit*., B. : « *Qui relève de la subjectivité collective (croyances, sentiments, stéréotypes, idéologie, etc.)* ».

3. Être impartial pour trancher un litige

68. Dans le cadre du contrôle *a priori,* l'existence d'un litige constitutionnel, conflit de normes, de volontés et d'intérêts autorisé à s'exprimer dans la forme juridictionnelle devant le Conseil constitutionnel, suppose l'intervention d'un tiers extérieur à ce conflit. Cependant, le Conseil, qui dispose d'un pouvoir créateur, participe, dans la forme juridictionnelle, à la fonction législative. Comment peut-on parler de tiers dans ces conditions ? Il nous faut revenir à la théorie de la séparation des pouvoirs pour justifier l'utilisation de ce mot concernant le Conseil constitutionnel. La théorie rigide de la séparation des pouvoirs prône une spécialisation et une indépendance des pouvoirs : chaque pouvoir doit être confié à un organe distinct et indépendant des autres. Cependant, dans la conception souple de la séparation des pouvoirs, les différentes fonctions sont réparties entre une pluralité d'organes, qui peuvent participer à l'exercice de plusieurs fonctions[196].

69. Dans cette optique, s'il est certain que, pour accomplir sa mission impartialement, le juge constitutionnel doit être indépendant, il y a cependant une distinction à effectuer entre l'indépendance de l'organe et des juges qui le composent et l'extériorité totale de cet organe au système politico-juridique. Le juge constitutionnel, pas plus que le juge ordinaire, n'est extérieur à ce système. En ce sens, la notion de tiers est une fiction juridique. Plus encore, le juge constitutionnel tient une place particulière au sein de ce système puisqu'il participe directement à l'exercice de la fonction législative. Son pouvoir est politique au sens large car il participe à la création des règles, de nature constitutionnelle et législative, régissant la société. En ce sens, le Conseil n'est pas tiers.

70. Le Conseil doit en revanche être tiers aux sens organique et personnel : il doit être organiquement et personnellement indépendant du Gouvernement, du Parlement et de leurs membres, ce qui lui permet de trancher impartialement le litige porté à sa connaissance. Cette qualité est d'autant plus nécessaire que, nous l'avons souligné, le conflit entre la loi et la Constitution est lui-même traversé d'autres conflits : entre la volonté d'une minorité de parlementaires et la volonté majoritaire, entre les intérêts défendus par le secrétariat général du Gouvernement et ceux des saisissants...

[196] Notre présentation est très schématique. Pour les limites de cette distinction, voir, parmi de nombreux écrits, M. TROPER, « Séparation des pouvoirs », *Dictionnaire Montesquieu* [en ligne], ENS Lyon, septembre 2013, disponible sur : <http://dictionnaire-montesquieu.ens-lyon.fr/fr/article/1376427308/fr>.

Ces divers acteurs n'auraient aucune raison de saisir le Conseil ni de participer au procès constitutionnel si le Conseil était soumis organiquement ou personnellement à l'un des protagonistes du procès constitutionnel[197].

71. Le lien entre le rôle de tiers joué par le Conseil et son impartialité possède ensuite une force particulière dans le cadre de la QPC. La mise en place de la QPC constitue une rupture dans l'histoire du Conseil. En effet, alors que les pouvoirs publics constitutionnels que sont le Parlement et le Gouvernement ne sont pas dotés de droits subjectifs[198], il en est autrement des justiciables : qu'ils soient une personne physique ou morale, publique ou privée, ils sont dans le cadre de la QPC, dotés de droits qui leur sont propres, dont le droit à un juge impartial. Cette exigence est juridiquement sanctionnée dans le cadre de la QPC par le biais de la soumission de ce contentieux à l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme. En effet depuis son arrêt *Ruiz-Mateos c. Espagne*, la Cour de Strasbourg applique l'article 6§1 aux cours constitutionnelles dès lors que « *des droits garantis aux requérants par ce texte ont été touchés en l'espèce* »[199], que la question ait été posée devant une juridiction ordinaire comme ce fut le cas dans l'affaire *Ruiz-Mateos*, ou que la saisine de la Cour constitutionnelle soit directe[200]. Pour la Cour européenne, ce qui importe est que la question de constitutionnalité ait une incidence sur l'issue du litige[201]. Bien que, faute de jurisprudence, la soumission de la QPC aux exigences de l'article 6§1 reste à confirmer[202], il est fort probable qu'elle le soit effectivement : la pratique a démontré à quel point la QPC pouvait impacter les droits des requérants, parfois de façon très

---

[197] Voir les propos de J. THOMAS, *L'indépendance du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 71 : « *L'impartialité d'un juge présente un intérêt fondamental, puisqu'elle est la raison d'être de son intervention en qualité de tiers, chargé de départager des revendications contraires.* [...] *En effet, s'il ne l'est pas, tout procès sera inique pour au moins une partie et un conflit n'aura que peu de raisons d'être porté devant le tribunal puisque les deux intéressés n'auront pas la perspective d'une solution acceptable. Un juge partial n'est qu'un instrument de pouvoir d'une partie contre l'autre, soit une violence qui, bien que non physique, s'oppose à toute recherche pacifique d'une solution* ».

[198] Pour de plus amples précisions, voir *infra* §643 et s.

[199] CEDH, 12952/87, 23 juin 1993, *Ruiz-Mateos c. Espagne*, §57.

[200] CEDH, Gr. Ch., 20024/92, 16 septembre 1996, *Süssmann c. Allemagne*.

[201] Arrêt *Ruiz-Mateos c. Espagne* précité, §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* ».

[202] M. GUILLAUME, « Question prioritaire de constitutionnalité et Convention européenne des droits de l'homme », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 32, 2011/3, p. 67 : « *Au total, faute de jurisprudence, il n'est pas possible de conclure sur l'application de l'article 6 § 1 à la procédure de QPC devant le Conseil constitutionnel. En tout état de cause, celui-ci a souhaité entourer cette procédure devant lui de toutes les garanties qu'offre cette disposition* ».

négative lorsque le Conseil décide de reporter l'abrogation de la loi, conduisant à l'application d'une loi reconnue comme étant inconstitutionnelle aux instances en cours[203]. La subjectivisation du litige constitutionnel a donc entraîné, dans le cadre de la QPC, un renforcement de l'exigence d'impartialité, devenue un droit des parties.

72. L'intérêt du sujet est ici démontré, c'est-à-dire que le Conseil constitutionnel doit être impartial pour accomplir la mission qui lui est impartie par la Constitution, à tous points de vue. Une question surgit alors naturellement : celle de la concrétisation de cette exigence, tant dans le cadre du contrôle *a priori* que de la QPC.

III. Le Conseil constitutionnel peut-il être impartial ?

Après avoir délimité le sujet et effectué certaines précisions nécessaires (A), nous expliquerons la problématique retenue (B).

A. Précisions méthodologiques

73. Du point de vue de la délimitation du sujet, seul le contentieux de la constitutionnalité des lois a été étudié. Limiter notre étude au contrôle de la constitutionnalité des lois nous a permis de nous focaliser sur les spécificités de ce contrôle. Nous n'aurions pas eu ce loisir si nous avions réalisé une étude plus générale. Il aurait en particulier été trop ambitieux d'inclure le contentieux électoral dans notre étude. De même, bien qu'il eût été intéressant d'étendre notre travail à la Cour de cassation et au Conseil d'État en tant que juridictions de renvoi des QPC, un tel travail aurait étendu notre recherche de façon déraisonnable.

74. Nous nous appuierons ensuite sur la théorie réaliste de l'interprétation. La liberté du juge est plus ou moins grande suivant la théorie de l'interprétation envisagée : pour la théorie de l'interprétation connaissance, le sens est préexistant et doit être « découvert » par le juge. La liberté et le rôle du juge sont donc limités : le juge n'est pas l'auteur de la norme. De plus, puisque le texte possède une « véritable »

[203] Or la Cour de Strasbourg va jusqu'à examiner l'impartialité de l'expert, dès lors que son intervention a eu une incidence déterminante sur l'issue du litige (voir par exemple CEDH, 31930/04, 5 juillet 2007, *Sara Lind Eggertsdottir c. Islande*, §47).

signification, l'interprétation retenue par le juge peut être vraie ou fausse. Au contraire, la théorie de l'interprétation volonté fait naître le sens dans l'opération d'interprétation, laissant ainsi une grande place à la subjectivité du juge. Comme le souligne M. Troper, le véritable auteur de la norme est son interprète authentique :

> *Si la norme en vigueur est la signification d'un énoncé, il n'y a pas de norme tant que cette signification n'a pas été établie* […]. *Aussi le législateur ne doit-il pas être considéré comme l'auteur de la norme, car il n'est que l'auteur de l'énoncé. Décrire une norme en vigueur n'est donc pas décrire l'acte de production d'un énoncé, ni cet énoncé lui-même, mais l'acte par lequel une autorité publique, par exemple un tribunal, attribue à cet énoncé une signification. Cet acte, appelé « interprétation juridique », crée une obligation officielle de donner à l'énoncé une certaine signification objective*[204].

La conséquence de cela est que l'interprétation choisie par le juge ne saurait être qualifiée de vraie ou fausse. Elle est un choix forcément subjectif. Néanmoins, si ce choix est subjectif, il n'est pas pour autant arbitraire car le juge est socialement contraint à une certaine cohérence : l'interprétation « *est juridiquement libre, mais socialement déterminée* »[205]. De plus, bien que l'énoncé ne soit pas une norme, il reste que « *la norme est une interprétation d'un énoncé donné : elle dépend au moins en partie de ce qu'est cet énoncé* »[206]. C'est cette seconde optique que nous avons choisie, car elle concorde avec nos observations : le sens de la norme n'est pas prédéterminé, il n'y a pas d'interprétation unique et véritable qui s'impose à l'interprète. Nous constaterons ainsi, dans le Titre I, que le Conseil constitutionnel bénéficie d'une très grande liberté dans l'interprétation de la Constitution et dans l'appréciation de la conformité de la loi à la Constitution.

75. Notre démarche est ensuite inductive et non déductive. Nous ne sommes pas partis d'une théorie de laquelle nous aurions fait découler des conséquences pratiques. Au contraire, notre démarche a été d'observer de façon critique la pratique, notamment procédurale, du Conseil[207]. Pour ce faire nous avons eu recours à des matériaux très divers : discours, témoignages, comptes rendus des délibérations publiés, articles de presse... Ces matériaux furent autant de points de vue à croiser, autant d'indices qui, à

[204] M. TROPER, *La philosophie du droit*, *op. cit.*, p. 61.
[205] *Ibid.*, p. 211.
[206] É. MILLARD, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 2006, p. 97.
[207] Voir, sur l'approche inductive, O. JOUANJAN, « Présentation du traducteur » *in* F. MÜLLER, *Discours de la méthode juridique*, PUF, 1996, p. 12.

eux seuls, auraient eu une force probante limitée, mais qui combinés nous ont permis de fonder plus solidement nos idées.

76. Enfin, précisons que nous évoquerons l'impartialité du Conseil constitutionnel et l'impartialité de ses juges. Une institution comme le Conseil existe en dehors de ses membres, elle dépasse leur individualité, mais ne vit en même temps qu'à travers eux. Comme le note V. Reveillère, « *si l'on s'intéresse à la fabrication des décisions, il devient primordial d'aller au-delà du juge pour s'intéresser aux juges* »[208]. Nous examinerons l'impartialité du Conseil en tant qu'organe appartenant à un système juridique contraignant et l'impartialité des juges à titre individuel, par exemple lorsque nous nous intéresserons à leur indépendance personnelle[209].

B. Problématique

77. Si le Conseil constitutionnel doit être impartial, la question qui nous intéresse est à la fois simple et infiniment complexe : le Conseil constitutionnel peut-il être impartial ? Plus précisément, les juges constitutionnels français sont-ils mis en mesure de juger avec impartialité de la constitutionnalité de la loi ?

78. La première réponse que l'on peut apporter à cette question est positive : le Conseil peut être impartial, parce que l'impartialité, en tant que qualité du juge n'ayant pas pris parti *a priori*, est avant tout affaire de volonté[210]. Nous le verrons tout au long

---

[208] V. REVEILLERE, « "Couvrez ces valeurs que je ne saurais voir" La discussion des valeurs au Conseil constitutionnel (1958-1985) », *RDP*, n° 2, 1er mars 2015, p. 465. Il ajoute à propos des comptes rendus des délibérations : « *Opposant souvent l'activité mentale des juges – perçue comme inaccessible au juriste – à la justification du juge exposée dans la motivation – seule à pouvoir constituer un objet de recherche qui ne soit pas purement spéculatif –, la plupart des auteurs oublient l'étape intermédiaire que constitue la délibération des juges. Les propos tenus par les juges ne sont pourtant ni réductibles au raisonnement qu'ils peuvent mener "en leur for intérieur" ni à la justification officielle de la décision. Ils doivent alors être vus comme relevant d'une forme de discours juridique particulière que l'on pourrait appeler le "langage juridique délibératif"* ».

[209] Voir *infra* §511 et s.

[210] Un juge peut bénéficier de toutes les garanties statutaires et procédurales propres à assurer son impartialité, celles-ci ne l'empêcheront pas d'être partial s'il le souhaite. À l'inverse, un juge peut être, de fait, placé en situation de dépendance à l'égard d'une autre autorité et rester impartial. Comme l'a rappelé F. Luchaire concernant l'indépendance : « *Un juge n'est indépendant que s'il en a la volonté ; l'indépendance est une question de conscience ; les textes n'y peuvent rien. La Constitution garantit aux justiciables qu'un membre du Conseil ne sera pas renouvelé dans ses fonctions ; c'est tout ; rien ne lui interdit d'être nommé à une autre fonction par le Gouvernement quand il quittera le Conseil, ou de croire à la promesse d'être nommé à cette autre fonction, ou encore d'être "embauché" par une entreprise privée pendant d'ailleurs la durée de son mandat au Conseil* » (F. LUCHAIRE, *Le Conseil constitutionnel...*, *op. cit.*, p. 75).

de nos développements : la volonté des membres du Conseil est la première condition de l'impartialité du Conseil constitutionnel[211].

79. La seconde réponse que l'on peut apporter à cette question se traduit dans le plan qui est fondé sur les deux notions qui nous intéressent : la partialité et l'impartialité. Ce choix n'est pas le fruit d'une recherche de commodité mais de sens : si ces deux notions représentent les deux faces d'une même médaille, il n'en reste pas moins qu'elles offrent deux angles de vue complémentaires permettant de saisir toute la complexité de l'impartialité du Conseil constitutionnel.

80. En effet, en commençant par envisager la partialité, et plus précisément l'étendue du risque de partialité, nous nous intéresserons aux éléments qui augmentent ou réduisent ce risque : nous prendrons ainsi **la mesure du risque de partialité**. Nous pourrons alors constater que le risque de partialité est inhérent au contrôle de constitutionnalité, car il est tout autant lié à l'immense liberté interprétative dont disposent les juges constitutionnels qu'aux contraintes du système qui s'exercent sur eux. De plus, les membres du Conseil ont tous une « double vie » susceptible d'aggraver le risque de partialité, bien que ce risque soit partiellement appréhendé par plusieurs mécanismes (Partie I).

81. Sera ensuite étudiée l'impartialité du Conseil en tant que qualité. Plusieurs principes et mécanismes permettent d'aménager et de protéger l'impartialité des juges constitutionnels français, mettant ceux-ci en capacité d'être impartiaux « *s'il est en eux de l'être* »[212]. Certains principes, comme la contradiction, permettent en particulier de prolonger la réflexion du juge, tandis que d'autres, comme l'indépendance, protègent sa capacité au doute contre les perturbations extérieures. C'est cependant là que le bât blesse : la mise en œuvre de ces principes se heurte à de nombreux obstacles. L'impartialité est ainsi **une qualité recherchée** par le Conseil, c'est-à-dire que le Conseil tend vers cette qualité. Ce terme indique néanmoins que cette quête n'est pas achevée (Partie II).

---

[211] C'est ce que releva avec tant de justesse H. Lee dans *To kill a Mockingbird* : « Gentlemen, a court is no better than each man of you sitting before me on this jury. A court is only as sound as its jury, and a jury is only as sound as the men who make it up » (H. LEE, *To kill a Mockingbird*, Grand Central Publishing, 1988, p. 274-275. Traduction libre : « *Messieurs, une cour n'est pas meilleure que chacun des membres qui siège devant moi dans ce jury. Une cour n'est aussi fiable que l'est son jury, et un jury n'est aussi fiable que les hommes qui le composent* »).

[212] C. EISENMANN, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, Economica ; Presses univ. d'Aix-Marseille, 1986, p. 176.

Partie I. La partialité mesurée

Partie II. L'impartialité recherchée

PARTIE I. LA PARTIALITÉ MESURÉE

82. Le risque de partialité est inhérent à l'acte de juger, car cet acte suppose l'existence d'une liberté de choix. À partir du moment où le juge dispose d'une liberté de choix entre deux options possibles, il peut toujours être partial[213]. Si le risque de partialité est intrinsèquement lié à la liberté du juge, la question se pose néanmoins de savoir s'il existe un lien entre la partialité du juge et le **degré de liberté** dont il bénéficie dans l'exercice de sa mission. Nous prendrons ainsi **la mesure** du risque de partialité, non pas de façon absolue mais relative, car ce risque ne peut être véritablement quantifié. Il peut cependant être évalué au sens où il est possible d'identifier les éléments qui aggravent ou réduisent ce risque. Précisons ensuite que cette partie traitera des éléments pesant sur le risque de partialité. Ainsi un mécanisme comme le déport, qui permet au juge de s'abstenir de siéger lorsqu'il l'estime nécessaire, met en échec le risque de partialité, mais n'a pas d'impact positif sur l'impartialité du juge en tant que qualité. En effet le mécanisme du déport ne contribue pas à sa réflexion comme le fait par exemple le contradictoire, son effet est purement négatif[214].

83. Prendre la mesure du risque de partialité nous amène, avant tout, à nous interroger sur ce qui permet l'expression de la partialité des juges. Les juges constitutionnels bénéficient d'une très large liberté dans l'examen de la constitutionnalité des lois, constitutive d'une véritable « marge de partialité ». Cette immense liberté n'est pas propre au Conseil mais appartient, dans une optique réaliste, à tout juge. Nous aurons cependant l'occasion de remarquer, en examinant les textes constitutionnels et les techniques d'appréciation utilisées par le Conseil, à quel point ce dernier bénéficie d'une large liberté dans l'interprétation de la Constitution et dans l'appréciation de la constitutionnalité de la loi. Par ailleurs, le Conseil constitutionnel appartient à un système juridique contraignant, qui peut avoir un impact ambivalent sur le risque de partialité, le limitant ou l'aggravant suivant les situations. Le risque de

[213] Ce risque ne peut jamais être véritablement éliminé, même en retirant sa liberté de choix au juge. En effet, privé de sa liberté, le juge devient automatiquement partial. Cependant, dans ce cas la partialité ne trouve pas sa source dans le juge mais dans une entité extérieure. Cela se produit, par exemple, lorsque le juge est dans une situation de dépendance à l'égard d'un autre pouvoir.

[214] Il est cependant vrai qu'en éliminant le risque de partialité, il protège indirectement l'impartialité du collège, mais ceci est logique dans la mesure où partialité et impartialité sont les deux faces d'une même médaille.

partialité apparaît alors **inhérent au contrôle de constitutionnalité,** que le juge bénéficie d'une large liberté dans l'examen de la constitutionnalité de la loi ou non (Titre I).

84. Ensuite, le risque de partialité est **accru** pour ces juges dotés d'une « vie antérieure » jalonnée de partis pris et potentiellement d'une « vie parallèle » à leur vie de juges constitutionnels. Se pose ainsi la question de savoir dans quelle mesure le statut applicable aux juges constitutionnels laisse ces derniers libres de poursuivre une « double vie »[215]. La question du cumul des fonctions et de son impact sur le risque de partialité se pose, dès lors, en des termes spécifiques pour les juges constitutionnels français. Certains mécanismes, le déport et la récusation en particulier, **appréhendent partiellement** ce risque de partialité lié à la double vie des juges (Titre II).

[215] F. TULKENS, S. VAN DROOGHENBROECK, « La double vie du juge est-elle compatible avec son impartialité ? », *in Liber amicorum Paul Martens, L'humanisme dans la résolution des conflits. Utopie ou réalité ?,* Larcier, 2007, p. 485-509.

TITRE I. UN RISQUE INHÉRENT AU CONTRÔLE DE CONSTITUTIONNALITÉ

85. Peut-on affirmer que la marge de liberté dont dispose le juge dans l'appréciation de la constitutionnalité de la loi constitue en même temps une « marge de partialité » ? La réponse à cette question est positive. Pour le confirmer, il suffit de comparer la situation fictive d'un juge totalement libre avec celle d'un juge dont l'appréciation est conditionnée par le respect de certains critères posés par les textes. Par exemple un juge peut avoir un préjugé défavorable à l'égard d'un individu soupçonné de meurtre. Si aucune condition ne doit être remplie pour que le juge réponde « oui » à la question de savoir si l'individu a commis ce meurtre, alors il peut entièrement se reposer sur son préjugé. Rien ne l'empêche d'être partial. En revanche, si des critères d'appréciation sont posés par la loi : il faut un élément matériel renvoyant à la commission de l'infraction et un élément moral, l'intention, alors la situation est différente. Pour répondre positivement à la question posée, le juge est contraint de fournir une argumentation justifiant pourquoi ces critères sont remplis ou non, il est contraint d'objectiver son raisonnement, au moins de façon apparente. Les critères d'appréciation détachent le juge de lui-même et **rendent plus difficile l'expression de sa partialité.**

86. Bien sûr, à partir du moment où le juge est libre de choisir entre deux alternatives : coupable ou non coupable, légal ou non, constitutionnel ou non, il bénéficie d'une irréductible liberté et peut toujours être partial. Néanmoins, s'il doit justifier ce choix d'une certaine manière, prendre en compte la façon dont la décision sera reçue, la jurisprudence d'autres cours... alors sa liberté s'en trouve réduite et le risque qu'il soit partial aussi. Ces éléments réduisent la liberté de choix du juge bien que ce dernier se trouve en situation de pouvoir discrétionnaire. C'est ce qu'affirme la théorie des contraintes juridiques :

> *on considère que l'acteur cède à une contrainte lorsqu'il est dans une situation telle que, parmi tous les choix que son pouvoir discrétionnaire permet, seul un ou quelques-uns apparaissent possibles : la contrainte juridique a pour effet de réduire les choix possibles*[216].

[216] M. TROPER, V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Proposition pour une théorie des contraintes juridiques », *in* M. TROPER, V. CHAMPEIL-DESPLATS, C. GRZEGORCZYK (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Bruylant, LGDJ, 2005, p. 14.

Nous ferons usage de cette théorie concernant, en particulier, l'idée de système : pour ses auteurs, la contrainte provient de la situation du système à un instant précis, c'est « *une situation qui elle-même résulte de tous les coups joués jusque là* »[217]. Les contraintes pesant sur les juges constitutionnels ne sont en aucun cas statiques et dépendent de multiples facteurs : elles ne peuvent être quantifiées ou mesurées car elles sont sans cesse fluctuantes. Notre objectif sera donc d'identifier un certain nombre de ces contraintes[218] et d'expliquer leur impact sur le risque de partialité. Pour ce faire, nous décomposerons le raisonnement du juge constitutionnel en deux temps : la phase d'interprétation de la Constitution par le juge et la phase d'appréciation, de confrontation de la loi à la Constitution. Bien que ces phases soient interdépendantes[219], chacune d'elles fonctionne de manière spécifique[220]. Nous verrons que la partialité des juges constitutionnels peut aussi bien s'exprimer dans l'interprétation de la Constitution (Chapitre I) que dans l'appréciation de la constitutionnalité de la loi (Chapitre II).

---

[217] *Ibid.*

[218] Nous ne pouvons prétendre décrire le système dans son entier, car il faudrait pouvoir identifier l'ensemble des contraintes pesant sur les juges à un moment donné. S'applique ici le raisonnement du « démon » de Laplace : « *Une intelligence qui, à un instant donné, connaîtrait toutes les forces dont la nature est animée et la situation respective des êtres qui la composent, si d'ailleurs elle était suffisamment vaste pour soumettre ces données à l'analyse, embrasserait dans la même formule les mouvements des plus grands corps de l'univers et ceux du plus léger atome ; rien ne serait incertain pour elle, et l'avenir, comme le passé, serait présent à ses yeux* » (P.-S. LAPLACE, *Essai philosophiques sur les probabilités*, Courcier, 1814, p. 2). Il faut donc appliquer la méthode de « réduction de la complexité » utilisée en sciences sociales : « *Le monde est complexe. L'appréhender dépasse les capacités de l'être humain. Ce dernier peut tout de même avoir accès à la saisie d'une portion de cette complexité et tenter ainsi de la "connaître". Cette saisie d'une portion du réel s'appelle réduction de la complexité. Connaître, c'est réduire la complexité d'un monde dont la constitution dépasse nos capacités. L'accès à cette saisie d'une portion du réel ne nous est donné qu'à travers la catégorie de système et, par implication, à travers celle d'environnement* » (L. K. SOSOE, « Préface », *in* N. LUHMANN, *La légitimation par la procédure*, Cerf, les Presses de l'Université Laval, 2001, p. XVIII).

[219] Comme le rappela H. Kelsen, « *L'interprétation est donc un processus intellectuel qui accompagne nécessairement le processus d'application du droit dans sa progression d'un degré supérieur à un degré inférieur* » (H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 453).

[220] C'est ce que remarque le professeur Guastini : « *Par le mot "interprétation", on se réfère parfois à l'attribution d'une signification à un texte juridique, parfois à la qualification juridique d'un cas d'espèce (qui donne un fondement à la solution d'un litige particulier). Même si la seconde branche de l'alternative présuppose logiquement la première, il s'agit de deux activités bien distinctes.* [...] *Les deux types d'interprétation répondent à deux types d'indétermination du droit, car le droit est doublement indéterminé* » (R. GUASTINI, *Leçons de théorie constitutionnelle*, Dalloz, 2010, p. 195-196).

Chapitre I. Un risque existant dans l'interprétation de la Constitution

87. C. Grzegorczyk précise que la théorie des contraintes juridiques s'appuie sur la distinction entre la norme comme objet de la pensée et la norme comme réalité[221]. Comme le souligne cet auteur, envisager la norme de façon purement abstraite, entièrement détachée de la façon dont elle est appliquée, est faire preuve d' « *idéalisme juridique* »[222]. La théorie des contraintes juridiques repose ainsi sur une « *analyse matérielle du droit* »[223]. Comme le résument les auteurs de cette théorie :

> *La contrainte juridique est une situation de fait dans laquelle un acteur du droit est conduit à adopter telle solution ou tel comportement plutôt qu'une ou un autre, en raison de la configuration du système juridique qu'il met en place ou dans lequel il opère. En d'autres termes, la contrainte juridique est celle qui est produite par le droit et qui, contrairement à la conception traditionnelle, doit être perçue comme une contrainte de fait*[224].

Cette théorie invite ainsi à considérer les contraintes juridiques pesant sur les acteurs du droit dans un sens large. Ainsi au lieu de rejeter l'étude de la contrainte du précédent en dehors du domaine du droit, elle invite à considérer cette contrainte comme juridique, alors même que les textes ne prescrivent pas aux juges, en particulier constitutionnels, de respecter cette contrainte[225]. Par ailleurs, elle nous invite à adopter une vision

---

[221] Il se réfère aux travaux de N. MacCormick et O. Weinberger : « [les norme] *comprises comme entités idéelles dotées de sens doivent être soigneusement distinguées des normes comprises comme entités réelles. Seules les normes inscrites dans des contextes d'actions sont des faits constitutifs de la réalité, à la différence des entités purement idéelles, purement langagières, qui ne sont que des objets possibles de pensée* » (N. MACCORMICK, O. WEINBERGER, *Pour une théorie institutionnelle du droit : nouvelles approches du positivisme juridique*, traduit par O. Nerhot et P. Coppens, E. Story Scienta, LGDJ, 1992, p. 19, cité par C. GRZEGORCZYK, « Obligations, normes et contraintes juridiques. Essai de reconstruction conceptuelle », *in* M. TROPER, V. CHAMPEIL-DESPLATS, C. GRZEGORCZYK (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, *op. cit.*, p. 32).

[222] *Ibid.,* p. 32.

[223] *Ibid.*, p. 33.

[224] V. CHAMPEIL-DESPLATS, M. TROPER, « Proposition pour une théorie des contraintes juridiques », *in* M. TROPER, V. CHAMPEIL-DESPLATS, C. GRZEGORCZYK (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, *op. cit.*, p. 12.

[225] C. GRZEGORCZYK, « Obligations, normes et contraintes juridiques. Essai de reconstruction conceptuelle », *in* M. TROPER, V. CHAMPEIL-DESPLATS, C. GRZEGORCZYK (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, *op. cit.*, p. 30 : « *Il existe, en effet, des situations juridiques où aucune norme ne nous impose d'obligation d'agir dans tel ou tel sens, et pourtant nous devons le faire. Et nous devons le faire juridiquement, et non pas seulement pour des raisons morales, sociales, économiques ou politiques. Nous sommes juridiquement contraints d'agir dans un sens donné, parce que le système juridique est structuré de manière telle qu'objectivement nous n'avons que peu de choix (et parfois même, nous n'avons pas de choix du tout). Quel professeur de droit constitutionnel n'expliquera pas à ses étudiants que le Président de la République doit (ou est obligé) de nommer le Premier ministre appartenant à la majorité*

englobante des contraintes pesant sur les juges : elle nous pousse à considérer comment plusieurs éléments du système juridique peuvent se cumuler pour contraindre un acteur à agir dans un sens particulier[226].

88. Nous remarquerons pour notre part que les textes constitutionnels, bien que contraignant l'action des juges constitutionnels, restent des objets pouvant être modelés en fonction des volontés subjectives de ces derniers (Section I). Néanmoins, portant notre regard au-delà des textes, nous pourrons constater que les juges constitutionnels évoluent dans un environnement juridique contraignant dont l'impact est variable sur le risque de partialité (Section II).

Section I. Les textes constitutionnels, objets dans les mains du juge

89. H. Kelsen, dans le Titre VIII de sa *Théorie pure du droit*, évoque le droit à appliquer comme « *un cadre à l'intérieur duquel il y a plusieurs possibilités d'application* »[227]. Il y reconnait cependant que le juge est « *relativement libre* »[228] dans la création du droit. Si la Constitution, de par sa simple existence, constitue bien un cadre à l'interprétation du juge constitutionnel (§I) ce cadre reste relatif (§II).

§I. L'existence du cadre

90. Les textes, par leur simple présence, ont une incidence sur la liberté interprétative du juge. En effet, le texte distingue le juge constitutionnel du législateur : le juge interprète la norme existante tandis que le législateur la crée de toutes pièces[229]. Si dans une optique réaliste le véritable auteur de la norme est son interprète

parlementaire, et pourtant il n'a aucune obligation juridique en ce sens ? Quel professeur de droit privé ne dira pas que les juridictions de fond doivent suivre la jurisprudence de la Cour de cassation, et pourtant aucune norme juridique ne leur impose une telle obligation (hormis le cas du second renvoi) ? ». Voir aussi B. GENEVOIS, « Le commissaire du gouvernement devant le Conseil d'État statuant au contentieux ou la stratégie de la persuasion », *in* M. TROPER, V. CHAMPEIL-DESPLATS, C. GRZEGORCZYK (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, *op. cit.*, p. 91-108.

[226] *Ibid.,* voir p. 44 et s.

[227] H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 456.

[228] *Ibid.,* p. 460.

[229] C'est ce que rappelle L. BAUM, *The Supreme Court*, 12e éd., CQ Press, 2015, p. 113 : « In this sense a justice's job differs from that of a legislator ; justices interpret existing law rather than write new law » (traduction libre : « *En ce sens, le travail d'un juge diffère de celui d'un législateur ; les juges interprètent le droit existant au lieu de rédiger une nouvelle loi* »).

authentique, reconnaître à l'interprète la qualité d'auteur de la norme ne signifie pas que le texte qu'il interprète ne doive pas être pris en compte : « *Si les autorités authentiques donnent la signification des énoncés juridiques, et donc ont le pouvoir de créer la norme, ce pouvoir est conditionné par l'énoncé qu'ils prétendent interpréter* »[230]. L'autorité accordée au texte est réelle dans notre société : elle est une condition de la légitimité du juge[231]. Aussi, bien que d'un point de vue réaliste la norme naisse dans la bouche de l'interprète authentique, il serait aberrant d'en conclure à la transparence du texte, simple morceau de papier dans les mains du juge. Le texte existe et doit être pris en compte par ce dernier. Dans le cadre de la théorie des contraintes juridiques, cette contrainte s'apparente à celle du respect de la hiérarchie des normes : les acteurs ne raisonnent pas à partir du texte parce qu'une norme les y oblige mais parce que la prise en compte des textes est une **caractéristique essentielle du système juridique**, c'est une « règle constitutive » :

> *Il existe enfin des contraintes qui proviennent d'éléments du système qui ne sont pas des normes, même au sens très large qu'on a donné à ce terme. Il s'agit des règles constitutives, au sens de Searle, distinctes des règles juridiques proprement dites, c'est-à-dire de règles qui ne prescrivent pas des conduites, mais définissent un type de conduites comme juridiques. Ainsi, le raisonnement et l'argumentation en termes de hiérarchie des normes contraignent les acteurs à recourir à des normes considérées hiérarchiquement supérieures pour valider ou invalider des normes considérées inférieures*[232].

C'est une loi du système, une de ses règles fondatrices et incontournables que les juges, acteurs juridiques, raisonnent à partir des textes. C'est aussi ce qu'affirmait H. Hart, grâce à un exemple bien connu. Reprenant l'expression selon laquelle « *la loi est ce que les cours disent qu'elle est* »[233], il expliquait que cette expression ne signifie pas que l'interprète soit entièrement libre. Pour Hart, malgré l'immensité du pouvoir

---

[230] É. MILLARD, *Théorie générale du droit*, *op. cit.*, p. 97.

[231] Voir *supra* §61. Voir plus généralement les développements de B. Frydman sur la question de l'autorité accordée au texte au cours de l'histoire : B. FRYDMAN, *Le sens des lois...*, p. 204 et s. sur le modèle scolastique ; p. 233 et s. sur l'abandon de ce modèle et p. 657 et s. pour la conciliation entre « *l'autorité d'un texte obligatoire et la mise en œuvre d'un raisonnement libre* » par le modèle pragmatique.

[232] V. CHAMPEIL-DESPLATS, M. TROPER, « Proposition pour une théorie des contraintes juridiques », *in* M. TROPER, V. CHAMPEIL-DESPLATS, C. GRZEGORCZYK (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, *op. cit.*, p. 23.

[233] Phrase prononcée par le juge à la Cour suprême C. E. Hughes : « We are under a Constitution, but the Constitution is what the judges say it is [...] » (C. E. HUGHES, « Speech before the Chamber of Commerce, Elmira, New York, May 3, 1907 », *in* C. E. HUGHES, *Addresses and Papers of Charles Evans Hughes, Governor of New York, 1906-1908,* introduction by J. G. Schurman, G. P. Putnam's sons, 1908, p. 139, disponible sur : <https://archive.org/details/addressespaperso00hugh/page/138/mode/2up>).

d'interprétation dont bénéficie le juge constitutionnel, il y a une différence entre une constitution qui poserait une règle selon laquelle la constitution est ce que la cour suprême dit qu'elle est et la Constitution américaine telle qu'elle existe aujourd'hui[234].

91. Dès lors, si dans l'optique réaliste le juge peut juridiquement donner n'importe quelle signification au texte, en pratique il raisonne à partir du texte, lui accorde une certaine autorité, ce qui signifie que ses caractéristiques linguistiques ont une incidence sur la liberté de l'interprète.

92. Cela a pour conséquence que le degré de précision du texte place le juge **dans un cadre plus ou moins large**. Une comparaison entre les articles 61 et 61-1 de la Constitution permet de démontrer l'existence de ce cadre aux dimensions variables. En 1971, le Conseil décide de contrôler la conformité de la loi au regard du Préambule de 1958, qui lui-même renvoie au Préambule de 1946 ainsi qu'à la Déclaration de 1789. Si le Conseil effectue ce choix, c'est parce que la Constitution le permet, ou du moins qu'elle ne l'interdit pas, à l'inverse de la Constitution d'octobre 1946 qui précisait expressément à son article 92 quels articles constituaient les normes de référence du contrôle exercé par le Comité constitutionnel (les titres Ier à X). Ainsi l'article 61 de la Constitution du 4 octobre 1958 n'apporte aucune précision sur ce point : « *[…] qui se prononce sur leur conformité à la Constitution* »[235]. Cette indétermination du terme « Constitution » laissa le Conseil libre d'intégrer le préambule de 1958 ainsi que les textes auxquels il renvoie dans le bloc de constitutionnalité et lui permit d'élever au rang constitutionnel le PFRLR de la liberté d'association. Il aurait très bien pu refuser d'inclure le préambule de 1958 ou bien seulement inclure celui-ci et refuser d'inclure la Déclaration et le préambule de 1946. Il avait aussi le choix de reconnaître ou non un

[234] H.L.A. HART, *The Concept of Law*, 3e éd., Oxford University Press, 2012, p. 145 : « None the less there still remains a distinction between a constitution which, after setting up a system of courts, provides that the law shall be whatever the supreme court thinks fit, and the actual Constitution of the United States – or for that matter the constitution of any modern State. "The constitution (or the law) is whatever the judges say it is", if interpreted as denying this distinction, is false. At any given moment judges, even those of a supreme court, are parts of a system the rules of which are determinate enough at the centre to supply standards of correct judicial decision » (traduction libre : « *Il n'en reste pas moins que subsiste une distinction entre une constitution qui, après avoir mis en place un système judiciaire, prévoit que la loi sera ce que la Cour suprême jugera bon, et la Constitution des États-Unis telle qu'elle existe – ou d'ailleurs la constitution de tout État moderne.* [La phrase] *"La Constitution (ou la loi) est ce que les juges disent qu'elle est", si interprétée de façon à nier cette distinction, est fausse. À n'importe quel moment les juges, même ceux d'une cour suprême, font partie d'un système dont les règles sont suffisamment précises en leur centre pour fournir les standards d'une décision judiciaire correcte* ».

[235] Const. 1958, art. 61.

PFRLR en cette occasion et de déterminer son contenu exact. Toutes ces solutions étaient conformes au texte car aucune d'entre elles n'était expressément interdite[236].

93. En revanche, la compétence du Conseil est plus précisément délimitée dans le cadre de l'article 61-1 puisque le recours ne peut se fonder que sur une atteinte « *aux droits et libertés que la Constitution garantit* ». Il est donc des cas où certaines solutions sont exclues par les textes, **là se situe la limite au-delà de laquelle la subjectivité du juge ne peut s'exprimer**[237]. Cependant, même dans cet exemple, le pouvoir d'interprétation du Conseil reste important : il a précisé ce que recouvrait l'expression « droits et libertés » et a bénéficié d'une large liberté interprétative dans ce cadre. Le requérant peut ainsi soulever un moyen fondé sur l'incompétence négative du législateur si la méconnaissance de ce principe affecte, par elle-même, un droit ou une liberté que la Constitution garantit[238]. Ensuite, il a par exemple reconnu que l'autonomie financière, telle que définie par l'article 72-2 de la Constitution, figure au nombre des droits et libertés que la Constitution garantit[239]. Néanmoins, l'exigence constitutionnelle de transposition des directives ne saurait être invoquée à l'appui d'une QPC[240], tout comme l'OVC de lutte contre la fraude et l'évasion fiscale[241]. Nous constatons ici cette « *texture [plus ou moins] ouverte* »[242] du langage juridique, constat devenu banal et néanmoins nécessaire puisque **c'est dans cet espace, ce champ, que peut s'exprimer la subjectivité du juge et donc sa partialité.**

---

[236] D'ailleurs, l'existence de plusieurs solutions possibles avait été identifiée dès les premières années de la V^e^ République par J. Boitreaud, J. Foyer et F. Luchaire : « *La première solution cantonne le Conseil dans un contrôle de légalité organique et formelle. Le Conseil appréciera seulement la compétence de l'organe législatif, la régularité de la procédure suivie devant lui, mais ne pourra apprécier le fond de la loi ou du règlement qu'au regard des dispositions expresses du dispositif. La seconde solution permettra au Conseil d'apprécier la conformité de la loi aux principes de la souveraineté nationale et aux Droits de l'homme. En l'état, la seconde solution ne paraît pas devoir être a priori rejetée. Elle était écartée par une disposition expresse de la Constitution de 1946, qui ne se retrouve plus dans le texte de 1958. Le Conseil constitutionnel décidera sur ce point, si l'occasion lui en est fournie* » (J. BOITREAUD, J. FOYER, F. LUCHAIRE, « Le Conseil constitutionnel », in *Documents pour servir à l'histoire...op. cit.,* vol. IV, p. 291).

[237] Nous verrons cependant que cette limite peut changer en fonction du contexte d'interprétation, voir *infra* §101-104.

[238] CC, 2012-254 QPC, 18 juin 2012, *Fédération de l'énergie et des mines - Force ouvrière FNEM FO [Régimes spéciaux de sécurité sociale]*, §3. La doctrine appelle d'ailleurs à l'abandon de cette condition : voir J. GARCIA, « Faut-il abandonner la jurisprudence *Kimberly Clark* ? », *in* J. BONNET, P.-Y. GAHDOUN (dir.), *La QPC : une révolution inachevée ?*, Institut universitaire Varenne, 2016, p. 97-117.

[239] CC, 2010-56 QPC, 18 octobre 2010, *Département du Val-de-Marne [Mesure d'accompagnement social personnalisé - MASP]*.

[240] CC, 2010-605 DC, 12 mai 2010, *Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne*, §19.

[241] CC, 2018-735 QPC, 27 septembre 2018, *M. Xavier B. et autres [Cotisation due au titre de la protection universelle maladie]*, §27.

[242] H.L.A. HART, *The Concept of Law*, *op. cit.*, p. 124.

94. Il est vrai, pourtant, qu'à partir du moment où le juge a le choix entre deux significations possibles, il lui est donné la possibilité de préjuger, c'est-à-dire de choisir par avance une option par rapport à l'autre. Pour autant, l'existence d'une multitude de significations possibles laisse une plus grande place à l'expression de sa partialité.

95. Plus précisément si le juge se trouve soumis à une pression extérieure, il lui est plus facile de céder à cette pression et de préjuger si les textes autorisent l'expression de cette partialité. En revanche, si les textes interdisent expressément au juge de choisir une signification donnée, il lui sera très difficile d'être partial sur ce fondement. Prenons l'exemple d'une pression exercée par le pouvoir exécutif sur le juge constitutionnel ayant pour but que le juge valide une loi autorisant le détenteur du pouvoir exécutif à rester au pouvoir à vie. Si la Constitution prévoit que cet élu n'exerce son pouvoir que pendant cinq ans, il sera très difficile au juge de céder à la pression, sauf à s'affranchir entièrement des contraintes du système juridique[243]. Il est alors fort probable que dans une telle situation le pouvoir exécutif choisira une autre voie, la révision constitutionnelle par exemple, pour obtenir ce qu'il souhaite. Nous voyons avec cet exemple que **les textes peuvent rendre plus ou moins difficile l'expression de la partialité du juge.**

96. Concernant le système français, nous allons voir que si la Constitution constitue bien un cadre à l'action du juge, ce cadre est relatif et laisse une large liberté interprétative au Conseil constitutionnel.

§II. La relativité du cadre

97. Comme nous l'avons souligné, l'espace de liberté laissé au juge par les textes est à géométrie variable. Nous pouvons ajouter qu'il ne saurait vraiment, précisément, être mesuré. C'est ce que souligne P. Brunet :

> *Autrement dit, cette distinction est à la discrétion des juges mais elle ne saurait servir d'instrument de mesure d'un pouvoir discrétionnaire lui-même, à proprement parler, incommensurable : ce qui revient à dire non*

[243] Voir V. CHAMPEIL-DESPLATS, M. TROPER, « Proposition pour une théorie des contraintes juridiques », *in* M. TROPER, V. CHAMPEIL-DESPLATS, C. GRZEGORCZYK (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, *op. cit.*, p. 16 : « *La contrainte juridique n'a de sens que si l'on suppose que la décision de l'acteur s'inscrit dans le système et ne s'affranchit pas des contraintes que celui-ci imposerait, c'est-à-dire en agissant en dehors des règles constitutives, par exemple par le recours au coup d'État* ».

pas qu'il serait "excessif" mais que nul ne dispose d'un instrument permettant de le mesurer[244].

Cela ne nous empêchera pas d'observer que la généralité de la Constitution française laisse une très grande liberté d'interprétation au Conseil et ce tant dans la détermination de la compétence (A) que des règles et principes applicables (B).

A. Une liberté dans la détermination de l'étendue de la compétence

98. Le Conseil a pu, en de nombreuses occasions, déterminer librement l'étendue de sa compétence. C'est par exemple le cas, en 1962, lorsqu'il refuse de contrôler la constitutionnalité des lois référendaires. Dans sa décision du 6 novembre 1962, le juge constitutionnel se déclare incompétent pour examiner la loi adoptée par référendum sur le fondement de l'article 61 al. 2, mais la solution inverse aurait pu être adoptée. Les constituants de 1958 n'avaient simplement pas envisagé l'hypothèse du référendum et les textes n'apportent donc pas de réponse claire[245]. L'alinéa 2 évoque « les lois », sans plus de précision : ce ne sont pas « les lois adoptées par le Parlement », ou « les lois, y compris celles adoptées par référendum selon la procédure de l'article 11 ». Le Conseil note d'ailleurs cette indétermination dans sa décision[246]. En 1962 le Conseil estime que, dans le silence des textes, ce qui n'est pas autorisé est interdit, privilégiant une interprétation stricte de la Constitution. Néanmoins, du point de vue des textes la décision contraire aurait tout aussi bien pu être adoptée.

99. Un autre exemple peut être tiré de la décision IVG de 1975. Dans cette décision, le Conseil refuse de contrôler la conventionnalité des lois. L'article 55 de la Constitution ne tranche pas la question du contrôle de conventionnalité, ce que relève à

---

[244] P. BRUNET, « Analyse réaliste du jugement juridique », *Cahiers philosophiques, Réseau Canopé 2016*, n° 147, 2016/4, p. 10, disponible sur : <https://hal-paris1.archives-ouvertes.fr/hal-01413668/document>.

[245] Pour mémoire, les al. 1 et 2 de l'article 61 étaient rédigés ainsi en 1962 : « *Les lois organiques, avant leur promulgation, et les règlements des assemblées parlementaires, avant leur mise en application, doivent être soumis au Conseil constitutionnel, qui se prononce sur leur conformité à la Constitution. Aux mêmes fins, les lois peuvent être déférées au Conseil constitutionnel, avant leur promulgation, par le Président de la République, le Premier Ministre ou le président de l'une ou l'autre assemblée* ».

[246] CC, 62-20 DC, 6 novembre 1962, *Loi relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel direct, adoptée par le référendum du 28 octobre 1962*, §2 : « *Considérant que, si l'article 61 de la Constitution donne au Conseil constitutionnel mission d'apprécier la conformité à la Constitution des lois organiques et des lois ordinaires qui, respectivement, doivent ou peuvent être soumises à son examen, sans préciser si cette compétence s'étend à l'ensemble des textes de caractère législatif, qu'ils aient été adoptés par le peuple à la suite d'un référendum ou qu'ils aient été votés par le Parlement, ou si, au contraire, elle est limitée seulement à cette dernière catégorie* […] ».

nouveau la décision[247]. Le Conseil est libre d'exercer ce contrôle, mais s'y refuse pour des raisons notamment pratiques[248].

100. La généralité des textes laisse donc le Conseil décider de l'étendue de sa compétence en fonction de raisons diverses. La question n'est pas pour nous de connaître ces raisons, qu'elles soient politiques, économiques ou purement individuelles. Nous ne faisons ici que constater l'existence d'un espace de liberté laissant une place à l'expression de ces raisons et donc potentiellement à la partialité du juge. Aujourd'hui encore, le Conseil garde la main sur ces questions parce que les textes lui laissent cette liberté : la doctrine elle-même l'atteste en continuant de s'interroger sur le point de savoir si le Conseil n'exercera pas un jour un véritable contrôle sur les lois référendaires ou sur la conventionnalité des lois[249], la possibilité restant ouverte par la Constitution. Cette liberté, liée à la texture plus ou moins ouverte de la Constitution, existe tout autant dans la détermination des principes et règles applicables.

B. Une liberté dans la détermination des principes et règles applicables

101. La Constitution est caractérisée, quel que soit le système juridique, par sa généralité et son abstraction, même dans les pays où la Constitution est un texte long[250].

---

[247] CC, 74-54 DC, 15 janvier 1975, *Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse*, §3 : « *Si ces dispositions confèrent aux traités, dans les conditions qu'elles définissent, une autorité supérieure à celle des lois, elles ne prescrivent ni n'impliquent que le respect de ce principe doive être assuré dans le cadre du contrôle de la conformité des lois à la Constitution prévu à l'article 61 de celle-ci* ».

[248] M. Ameller note ainsi « *L'impossibilité pratique pour le juge constitutionnel français, soumis aux contraintes du contrôle abstrait et a priori, et enfermé dans un délai d'examen court (au maximum un mois), d'inventorier le "stock" immense des engagements internationaux de la France en vigueur, pour repérer une éventuelle contrariété de la disposition déférée avec tel ou tel d'entre eux* » (M. AMELLER, « Principes d'interprétation constitutionnelle et autolimitation du juge constitutionnel », discours prononcé à l'occasion d'une rencontre organisée par l'OCDE à Istanbul, 1998, p. 6-7, disponible sur : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/princip t.pdf>). Voir aussi la délibération (J. BONNET et al., *Les grandes délibérations..., op. cit*., partic. p. 269 et 275).

[249] Voir par exemple F. Luchaire, *Le Conseil constitutionnel*. *Tome I...*, *op. cit.*, p. 58 ; V. GOESEL-LE BIHAN, *Contentieux constitutionnel*, 2e éd., Ellipses, 2016, p. 291 et s. ; O. CAYLA, « Lire l'article 55 : Comment comprendre un texte établissant une hiérarchie des normes comme étant lui-même le texte d'une norme ? », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 7, décembre 1999, disponible sur : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/lire-l-article-55-comment-comprendre-un-texte-etablissant-une-hierarchie-des-normes-comme-etant-lui>.

[250] Voir M. FROMONT, *Justice constitutionnelle comparée*, Dalloz, 2013, p. 246 : « *Seules quelques constitutions modernes sont très longues et donc assez détaillées. Il suffit de citer celle du Portugal et celle du Brésil pour s'en convaincre. Néanmoins, cet allongement du texte constitutionnel n'a pas eu pour effet d'apporter beaucoup de précisions supplémentaires aux dispositions organisant les pouvoirs publics suprêmes et définissant les droits individuels et collectifs opposables à la puissance publique, car l'essentiel de l'accroissement a consisté à insérer de nombreux textes programmatiques relatifs aux différentes politiques que doit mener l'État. Seuls la définition de l'organisation judiciaire, le statut des collectivités territoriales et la définition des droits de l'homme bénéficient de textes plus développés* ».

En France, les textes constitutionnels laissent une considérable marge d'interprétation aux juges, comme le remarqua F. Luchaire à propos de la Déclaration de 1789 :

> *Cette liberté d'interprétation est d'autant plus grande que la Déclaration de 1789 est un texte à la fois abstrait et concret. C'est un texte* concret *car les hommes de la Révolution ont voulu mettre fin à des abus très précis qui leur paraissaient contraires à la nature humaine* [...]. *Pour la même raison, la Déclaration apparaît aujourd'hui comme un texte* abstrait *qui, au surplus, n'avait pas été rédigé pour que le juge en assure la sanction*[251].

Néanmoins, même lorsqu'un texte est plus récent, la liberté de l'interprète ne s'en trouve pas affaiblie, en particulier concernant les droits et libertés. Ainsi les droits proclamés par les préambules de 1946 et de 1958 ou les principes issus de la Charte de l'environnement de 2004 nécessitent, du fait de leur abstraction et de leur concision, d'être largement interprétés pour pouvoir être appliqués. Dans tous les cas, le pouvoir créateur du Conseil s'exprime. Ainsi que le remarque G. Canivet concernant le principe d'égalité,

> *Il s'agit bien de la création d'une norme, puisque, du même texte primaire de la Déclaration, le Conseil aurait pu puiser une règle secondaire différente, en énonçant, par exemple, comme le font d'autres cours à partir du même principe fondamental d'égalité, que des personnes situées dans une situation différente doivent être traitées différemment*[252].

Chaque nouvelle décision est ainsi une occasion pour le Conseil de tirer une nouvelle règle ou un nouveau principe secondaire d'un texte primaire lui-même inchangé. Par exemple, il a pu déduire du principe de séparation des pouvoirs énoncé à l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme de nombreux principes secondaires : le principe de la force exécutoire des décisions de justice[253], le principe d'autonomie financière des pouvoirs publics[254], le principe d'autonomie des assemblées parlementaires[255] le droit à un recours effectif[256], les droits de la défense[257], le droit à un procès équitable[258],

---

[251] F. LUCHAIRE, « La lecture actualisée de la Déclaration de 1789 », *in* CONSEIL CONSTITUTIONNEL, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, PUF, 1989, p. 217-218.
[252] G. CANIVET, « De l'office du juge constitutionnel. Questions sur la retenue », *Revue de droit d'Assas,* n° 13-14, février 2017, p. 56.
[253] CC, 98-403 DC, 29 juillet 1998, *Loi d'orientation relative à la lutte contre les exclusions*, §46.
[254] CC, 2001-448 DC, 25 juillet 2001, *Loi organique relative aux lois de finances*, §25.
[255] CC, 2011-129 QPC, 13 mai 2011, *Syndicat des fonctionnaires du Sénat [Actes internes des Assemblées parlementaires]*, §4.
[256] CC, 96-373 DC, 9 avril 1996, *Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française*, §83.
[257] CC, 2006-535 DC, 30 mars 2006, *Loi pour l'égalité des chances*, §24.

l'indépendance et l'impartialité des juges[259]. Et de chacun de ces principes secondaires découlent d'autres éléments : le principe du caractère contradictoire de la procédure[260], l'interdiction de principe de l'autosaisine[261] ou le secret du délibéré[262]. Il a procédé de la même manière pour les PFRLR. Alors que l'expression avait été incluse dans le préambule de 1946 en référence à la liberté de l'enseignement[263], le Conseil a tiré onze principes de cette formulation particulièrement vague, dont le dernier en date est celui du droit local en Alsace et en Moselle[264].

102. Comme le remarque D. Rousseau, la Constitution est une « *charte jurisprudentielle des droits et libertés* »[265] constamment enrichie. En 2018 le Conseil reconnaît la valeur constitutionnelle du principe de fraternité et en déduit la liberté d'aider autrui dans un but humanitaire[266]. La même année, il proclame la liberté des membres du Parlement dans l'exercice de leur mandat[267]. En 2019, il reconnaît une exigence constitutionnelle applicable aux règles de prescription de l'action publique[268].

---

[258] CC, 2004-496 DC, 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique,* §6 ; CC, 2010-15/23 QPC, 23 juillet 2010*, Région Languedoc-Roussillon et autres [Article 575 du code de procédure pénale]*, §4.

[259] Ces principes ont été rattachés à l'article 16 dans la décision 2006-545 DC du 28 décembre 2006, *Loi pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié et portant diverses dispositions d'ordre économique et social*, §24.

[260] CC, 84-184 DC, 29 décembre 1984, *Loi de finances pour 1985*, §36.

[261] CC, 2013-352 QPC, 15 novembre 2013, *Société Mara Télécom et autre [Saisine d'office du tribunal pour l'ouverture de la procédure de redressement ou de liquidation judiciaire en Polynésie française]*, §6.

[262] CC, 2015-506 QPC, 4 décembre 2015, *M. Gilbert A. [Respect du secret professionnel et des droits de la défense lors d'une saisie de pièces à l'occasion d'une perquisition]*, §13.

[263] Voir pour une analyse précise des débats de l'Assemblée constituante de 1946, V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République*, Economica, Presses univ. d'Aix-Marseille, 2001, p. 45 et s.

[264] CC, 2011-157 QPC, 5 août 2011*, Société SOMODIA [Interdiction du travail le dimanche en Alsace-Moselle]*, §4. Le Conseil a enfin librement proclamé un certain nombre de principes à valeur constitutionnelle et d'objectifs de valeur constitutionnelle, parfois sans se référer à un texte. Par exemple, pour la liberté personnelle du salarié : CC, 89-257 DC, 25 juillet 1989, *Loi modifiant le code du travail et relative à la prévention du licenciement économique et au droit à la conversion*, §23. Il a parfois tiré ces principes d'une combinaison d'articles, usant des textes du bloc comme de ressources susceptibles d'être combinées. Par exemple, de la combinaison des al. 1er, 10 et 11 du Préambule de 1946 résulte l'OVC du droit pour toute personne de disposer d'un logement décent (CC, 94-359 DC, 19 janvier 1995, *Loi relative à la diversité de l'habitat*, §7). La référence à la dignité a cependant disparu à partir de la décision n° 2009-578 DC du 18 mars 2009, *Loi de mobilisation pour le logement et la lutte contre l'exclusion*.

[265] D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel, op. cit*., p. 974.

[266] CC, 2018-717/718 QPC, 6 juillet 2018, *M. Cédric H. et autre [Délit d'aide à l'entrée, à la circulation ou au séjour irréguliers d'un étranger],* §7 et s.

[267] CC, 2018-767 DC, 5 juillet 2018, *Résolution relative aux obligations déontologiques et à la prévention des conflits d'intérêts des sénateurs*, §3.

[268] CC, 2019-785 QPC, 24 mai 2019, *M. Mario S. [Point de départ du délai de prescription de l'action publique en matière criminelle],* §7 : « *Il résulte du principe de nécessité des peines, protégé par l'article 8 de la Déclaration de 1789, et de la garantie des droits, proclamée par l'article 16 de la même déclaration, un principe selon lequel, en matière pénale, il appartient au législateur, afin de tenir compte*

En 2020, « *la protection de l'environnement, patrimoine commun des êtres humains, constitue un objectif de valeur constitutionnelle* »[269].

103. Les articles relatifs à l'organisation des pouvoirs publics semblent à première vue plus précis que les nébuleuses formulations des droits et libertés. Il est vrai que certaines dispositions d'application paraissent ne laisser aucune liberté à l'interprète. Ainsi l'article 27 de la Constitution semble clair : « *Le droit de vote des membres du Parlement est personnel. La loi organique peut autoriser exceptionnellement la délégation de vote. Dans ce cas, nul ne peut recevoir délégation de plus d'un mandat* ». Pourtant, le Conseil a longtemps appliqué une jurisprudence selon laquelle la délégation illégale de vote

> *ne saurait entacher de nullité la procédure d'adoption de ce texte que s'il est établi, d'une part, qu'un ou des députés ont été portés comme ayant émis un vote contraire à leur opinion et, d'autre part, que, sans la prise en compte de ce ou ces votes, la majorité requise n'aurait pu être atteinte*[270].

Comme le remarqua G. Vedel en son temps,

> *Cette interprétation des dispositions de l'article 27 de la Constitution est certainement hardie pour ne pas dire téméraire puisqu'il est évident que l'article 27 n'a pas été écrit pour assurer la sincérité des votes ou la régularité de leur décompte mais précisément pour obtenir que seuls les présents puissent prendre part au vote et donc pour combattre l'absentéisme*[271].

Cette jurisprudence est aujourd'hui abandonnée, les règles en matière de délégation ayant été durcies à partir de 1993. Cette décision montre néanmoins la relativité de la contrainte des textes, même lorsqu'ils semblent particulièrement clairs.

104. Ainsi que le note R. Guastini, distinguant entre les normes dont l'existence est controversée et celles dont l'existence ne l'est pas, « *il arrive que quelques-unes de ces normes (pas toutes) puissent être considérées comme évidemment existantes parce*

---

des conséquences attachées à l'écoulement du temps, de fixer des règles relatives à la prescription de l'action publique qui ne soient pas manifestement inadaptées à la nature ou à la gravité des infractions ».

[269] CC, 2019-823 QPC, 31 janvier 2020, *Union des industries de la protection des plantes [Interdiction de la production, du stockage et de la circulation de certains produits phytopharmaceutiques],* §4.

[270] CC, 86-225 DC, 23 janvier 1987, *Loi portant diverses mesures d'ordre social*, §4.

[271] G. VEDEL, « Excès de pouvoir législatif et excès de pouvoir administratif (II) », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 2, mai 1997, disponible sur : < https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/exces-de-pouvoir-administratif-et-exces-de-pouvoir-legislatif-ii>.

qu'il n'y a aucune controverse interprétative qui les concerne »[272]. Certaines règles procédurales sont ainsi considérées comme claires et leur signification n'est pas discutée. C'est le cas, par exemple, de l'alinéa 1 de l'article 7 de la Constitution, selon lequel « *Le Président de la République est élu à la majorité absolue des suffrages exprimés* ». Néanmoins, cela n'est vrai que parce que l'ensemble des interprètes authentiques s'accordent sur ce que signifie ce texte. Une signification, inenvisageable dans le contexte actuel, mais qui pourrait être considérée comme valide, serait par exemple que la règle de la majorité absolue peut être mise de côté en cas de circonstances exceptionnelles. C'est ce qu'expliquait C. Perelman :

> *On a dit et répété souvent que l'interprétation s'arrête quand le texte est clair :* interpretatio cessat in claris. *Mais quand peut-on dire qu'un texte est clair ? Quand est clair le sens que le législateur ancien lui a donné ? Quand le sens qu'on lui donne actuellement est clair pour le juge ? Quand les deux sens coïncident ? En fait, cela ne suffit nullement, car une règle de droit s'interprète nécessairement dans le contexte d'un système juridique, et celui-ci peut nous obliger d'introduire dans la lecture du texte des clauses générales qui en restreignent la portée, mais qui ne sont pas explicitées*[273].

Ainsi certaines dispositions « procédurales » de la Constitution ne sont claires que parce que les interprètes authentiques s'accordent sur leur sens.

105. Il est enfin permis de se demander si le Conseil bénéficie d'une liberté d'interprétation particulièrement importante par rapport à la Cour de cassation ou au Conseil d'État, du fait du caractère très imprécis et idéologique des textes qu'il est amené à interpréter. À notre avis, le Conseil ne bénéficie pas d'une liberté interprétative plus importante que les autres juges suprêmes car tout juge suprême, de par sa position

---

[272] R. GUASTINI, « Michel Troper sur la fonction juridictionnelle », *Droits*, n° 37, 2013/1, p. 117. Il ajoute : « *Et bien ces normes-là – les normes dont l'existence est hors de toute question – constituent, pour ainsi dire, le noyau dur du droit, à savoir, la partie du droit dont on peut parler indépendamment de (et avant) toute interprétation authentique* ». Nous ne sommes pas en accord avec cette dernière partie du raisonnement, car à notre sens la clarté du texte dépend toujours de son contexte d'application. Si une règle est claire dans le système juridique français, elle ne l'est pas forcément dans le cadre d'autres systèmes, ou même simplement à d'autres époques. Ainsi le sens n'existe pas indépendamment de l'interprète, qui lui-même agit dans un certain contexte. C'est ce qu'évoque D. Baranger lorsqu'il parle de « *situation interprétative* » (voir D. BARANGER, « L'interprète est toujours en mauvaise posture – Propositions exploratoires pour une délimitation et une modélisation de l'interprétation juridique », *à paraître aux Mélanges en hommage au pr. E. Picard*, disponible sur : <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3401455>).

[273] C. PERELMAN, *Éthique et droit*, 2e éd., Éd. de l'Université de Bruxelles, 2012, p. 744 et s.

prééminente dans le système juridique, dispose d'une très grande liberté interprétative : le Conseil constitutionnel n'est pas le seul juge à avoir créé un PFRLR[274].

106. Le fait que les textes constitutionnels renvoient directement aux valeurs laisse indubitablement au Conseil une très grande liberté d'interprétation, mais des dispositions plus précises **ne sont pas beaucoup plus contraignantes tant qu'elles ne font pas l'objet d'un consensus parmi les interprètes authentiques**. Le degré de précision du texte a une incidence sur la liberté d'interprétation du juge, mais celle-ci est relative. Dès lors que les juges ont le pouvoir d'interpréter les textes, il leur est conféré une liberté par nature immense. C'est ce que reconnaît la théorie réaliste de l'interprétation : l'interprète authentique crée, dans tous les cas, la norme[275].

107. Ensuite, au-delà de la question du degré de précision des textes, la liberté interprétative des juges est toujours renouvelée par leur confrontation **à de nouveaux cas**. La liberté interprétative dont disposent les juges « ordinaires » rejoint à nouveau celle dont bénéficient les juges constitutionnels, car les juges ordinaires sont en permanence confrontés à des situations nouvelles, dont la complexité dépasse de loin les formulations retenues par les textes. Une telle liberté interprétative, liée à la fonction juridictionnelle elle-même, est irréductible : « *En d'autres termes, il existe potentiellement autant de sens que de contextes discursifs dans lesquels est utilisé un énoncé* »[276]. Comme le notait H. Hart, il serait vain de vouloir réduire cette liberté en précisant les textes : « we should not cherish, even as an ideal, the conception of a rule

---

[274] Voir *infra* §109.

[275] Voir les développements de V. Champeil-Desplats dans sa thèse : *« Il résulte de ces développements que la distinction entre "texte précis" qui ne laisserait aucune place à l'appréciation de l'interprète et "texte abstrait" qui, au contraire, serait source d'activité créatrice est doublement discutable.* [...] *l'opération d'application d'une proposition normative présuppose toujours, quelles que soient les qualités linguistiques de celle-ci, une reconstruction de sa signification, une interprétation créatrice de sens. La thèse qui insiste sur l'arbitraire auxquelles laissent cours les notions vagues, tout comme celle suivant laquelle les propositions juridiques ont un sens préalable et consistant qui s'impose au juge, négligent le fait que tout usage d'une notion, toute opération d'application d'une règle, s'accompagnent toujours d'un jeu avec la règle.* [...] *La précision d'un texte n'élimine pas les possibilités créatrices du juge* » (V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République*, *op. cit.*, p. 225).

[276] *Ibid.,* p. 107. La littérature a aussi décrit cette réalité : « *Mais voici ce qu'il faut observer, mon bon Rodion Romanovich, à ce propos : le cas général, celui-là même à quoi ont été adaptées toutes les formes et les règles juridiques et sur quoi elles ont été basées et inscrites dans les livres, ce cas n'existe pas du tout, pour la simple raison que tout acte, mettons par exemple un crime, se transforme aussitôt en un cas absolument particulier : et combien particulier encore parfois : qui ne ressemble absolument en rien à aucun précédent connu* » (F. M. DOSTOÏEVSKI, *Crime et châtiment*, Libraire générale française, 2008, p. 422).

so detailed that the question whether in applied or not to a particular case was always settled in advance »[277].

108. Cette liberté liée au **caractère dynamique de la fonction de juger** peut être illustrée par de nombreux exemples pour le Conseil, la création d'un nouveau principe se faisant toujours à l'occasion d'un contexte particulier qui amène le juge à reconnaître la valeur constitutionnelle de ce principe. Ainsi en est-il lorsque le Conseil constitutionnel redéfinit et renforce la liberté de la presse en 1984 à l'occasion de la loi relative aux entreprises de presse[278], lorsqu'il « découvre » le PFRLR d'indépendance des professeurs d'université[279] ou qu'il reconnaît le principe de fraternité duquel découle la liberté d'aider autrui dans un but humanitaire[280].

109. Un autre exemple bien connu des étudiants est la reconnaissance par le Conseil d'État du PFRLR d'interdiction d'extrader un étranger pour un motif politique[281]. La reconnaissance de la valeur constitutionnelle de ce principe était le seul moyen pour le Conseil d'État d'imposer le principe de l'interdiction de l'extradition dans un but politique aux conventions d'extradition. Comme le souligne V. Champeil-Desplats à propos de cette décision, le Conseil d'État « *aurait très bien pu préférer ne pas sauvegarder l'entière portée du principe. Mais puisqu'il a choisi cette solution, compte tenu de sa conception habituelle de la hiérarchie des normes, il lui fallait procéder tel qu'il l'a fait, c'est-à-dire créer un nouveau PFRLR* »[282].

110. Ces quelques cas sont des illustrations très nettes de ce dynamisme inhérent à l'activité juridictionnelle des cours suprêmes lorsqu'elles sont amenées à renouveler leur interprétation des textes à la faveur d'un contexte particulier. Chaque nouvelle loi

---

[277] H.L.A. HART, *The Concept of Law, op. cit*., p. 130 (traduction libre : « *Nous ne devrions pas chérir, même comme idéal, la conception d'une règle si détaillée que la question de savoir si celle-ci s'applique ou non à une affaire particulière serait toujours fixée d'avance* »).

[278] CC, 84-181 DC, 11 octobre 1984, *Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse*, §38 et s. Le contexte était celui d'une loi visant la limitation de la concentration des entreprises de presse (groupe Hersant).

[279] CC, 83-165 DC, 20 janvier 1984, *Loi relative à l'enseignement supérieur*, §20. Était en cause la composition de plusieurs collèges électoraux universitaires et en particulier la disproportion numérique des professeurs par rapport aux autres enseignants au sein d'un collège électoral unique, aboutissant à l'élection des professeurs par les autres enseignants du supérieur.

[280] CC, 2018-717/718 QPC, 6 juillet 2018*, M. Cédric H. et autre [Délit d'aide à l'entrée, à la circulation ou au séjour irréguliers d'un étranger]*, §7 et s. Le contexte était celui d'individus hébergeant des étrangers en situation irrégulière dans le but militant de soustraire ces personnes aux contrôles effectués par les autorités.

[281] CE, Ass., 169219, 3 juillet 1996, *Koné*.

[282] V. CHAMPEIL-DESPLATS, « L'arrêt Koné, produit et source de contraintes », *in* M. TROPER, V. CHAMPEIL-DESPLATS, C. GRZEGORCZYK (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, *op. cit.*, p. 57. Comme le note O. Cayla à propos de cette décision : « *tout en feignant de respecter le commandement de l'article 55, c'est néanmoins l'énoncé formellement législatif* [que l'interprète] *fait prévaloir sur l'énoncé conventionnel* » (O. CAYLA, « Lire l'article 55... », *op. cit.*).

fournit au Conseil une occasion de dégager une nouvelle signification des textes constitutionnels : « *Sans doute le juriste ne perd-il jamais de vue la loi elle-même. Mais son contenu normatif est à déterminer au vu du cas concret auquel il doit être appliqué* »[283].

111. Si le dynamisme de l'activité du juge lui offre une large liberté constituant un espace au sein duquel sa partialité peut toujours s'exprimer, elle est aussi créatrice de contraintes pour l'avenir : à chaque nouvelle création, le juge enrichit son environnement juridique, resserrant ainsi le cadre de sa liberté interprétative.

Section II. Un environnement juridique contraignant

112. Un certain nombre d'éléments réduisent le champ des significations possibles du texte constitutionnel. Pour illustrer le travail des juges, R. Dworkin fit une comparaison bien connue avec l'écriture d'un roman à la chaîne par plusieurs auteurs : chaque auteur écrit un nouveau chapitre à la suite de ce qui a été écrit par ses prédécesseurs et s'assure ce faisant de la cohérence de l'ensemble afin que « *le roman réalisé soit le meilleur possible* »[284]. Cette idée peut être appliquée au Conseil dans la mesure où la détermination du sens de la Constitution est une œuvre collective, fruit de l'interaction d'acteurs passés et présents. Nous pourrons alors remarquer la **valeur des pré-jugés** comme limites à la liberté interprétative des juges et donc à l'expression de leurs propres préjugés. Plus précisément pour Dworkin, si les convictions subjectives du juge interviennent dans la prise de décision[285], ce dernier est contraint de prendre en

---

[283] H.-S. GADAMER, *Vérité et méthode – Les grandes lignes d'une herméneutique philosophique*, Éd. Points, 2018, p. 522.

[284] Voir R. DWORKIN, « La Chaîne du droit », *Droit et société*, vol. 1, n°1, 1985, p. 53, disponible sur : <http://www.persee.fr/doc/dreso_0769-3362_1985_num_1_1_884>.

[285] *Ibid.,* p. 51-79 : « *Nous devrions alors penser que l'opinion de n'importe quel juriste sur ce qu'est le droit, doit être la même que celle de n'importe quel autre, tout au moins s'ils sont l'un et l'autre compétents et s'ils ont bien étudié leurs livres. Mais il y a longtemps que nous avons écarté cette hypothèse non fondée et ce que nous découvrons maintenant, ne nous paraît ni mystérieux, ni choquant* ». Voir aussi B. FRYDMAN, *Le sens des lois..., op. cit.*, p. 660 et s. : « *Les juges, explique Dworkin, se trouvent dans une situation comparable à celle de ces romanciers. Appelé à trancher une affaire, un magistrat doit justifier sa décision en montrant qu'elle s'inscrit dans la ligne du droit en vigueur, tel qu'il le reconstruit dans son jugement, au départ d'une interprétation cohérente de la Constitution, des lois et des précédents. Ces textes s'imposent en effet au juge comme autant de chapitres antérieurs de "l'histoire institutionnelle" qu'il contribue à écrire. Mais ces contraintes, aussi pesantes soient-elles, ne suppriment pas complètement la liberté de l'interprète. Confronté à plusieurs interprétations possibles, le juge choisira de préférence la solution qui donne à voir l'ordre juridique dans son ensemble "sous son meilleur jour", comme s'il était l'œuvre d'un auteur unique, "la communauté personnifiée". Les convictions politiques et morales du juge sont cette fois directement en jeu et l'incitent à préférer la*

compte la jurisprudence existante. Cette théorie peut être appliquée au Conseil qui est contraint de prendre en compte d'une part la jurisprudence au sens large : la tradition juridique existante (§I) et d'autre part, sa propre jurisprudence, dont l'enrichissement constant réduit naturellement la marge de partialité dont dispose le juge (§II).

§I. La tradition juridique existante

113. Évoquer la tradition juridique comme cadre à l'action du juge est une démarche qui s'inscrit dans le cadre plus large de la philosophie herméneutique contemporaine et particulièrement d'auteurs comme M. Heidegger et H.-G. Gadamer. Dans son ouvrage *Vérité et méthode*, H.-G. Gadamer explique que toute compréhension est une **fusion d'horizons**[286]. Le philosophe reconnaît ainsi, contre les Lumières, la valeur du *pré-jugé* dans l'opération de compréhension d'un texte. Comme le résume B. Frydman, « *Nous sommes toujours déjà pris dans un* processus *d'interprétation en cours, qui s'appelle la culture, dans lequel nous recevons le sens de la* tradition*, pour l'actualiser en fonction de nos propres attentes et le transmettre ainsi enrichi aux générations suivantes* »[287].

114. Le Conseil constitutionnel est une institution récente dans l'histoire constitutionnelle française. Il s'est donc trouvé placé dans un cadre préexistant, qui limite sa liberté interprétative et le risque de partialité. Sans prétendre décrire ce cadre dans sa globalité, nous en donnerons certains exemples. Du point de vue interne, l'influence de la jurisprudence du Conseil d'État sur celle du Conseil constitutionnel apparaît nettement (A) tandis que du point de vue européen, l'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le Conseil constitutionnel s'est renforcée au cours du temps (B).

---

décision qui montre l'ordre juridique comme la réalisation la plus achevée possible des principes fondamentaux de la justice, telle qu'il la conçoit ».

[286] Voir H.-S. GADAMER, *Vérité et méthode – Les grandes lignes d'une herméneutique philosophique, op. cit.*, p. 471-544.

[287] B. FRYDMAN, *Le sens des lois..., op. cit.*, 2011, p. 648.

A. Le cadre interne : l'influence du juge administratif

115. Immergé dans une société donnée, dans un système juridique spécifique, le juge ne crée qu'à partir de l'existant[288]. Le juge administratif, s'il a mis en place les grands principes du droit administratif, les a tirés de son environnement et notamment des déclarations de droits françaises. Ainsi dans l'arrêt Baldy rendu en 1917, le juge administratif, s'inspirant des conclusions du commissaire du gouvernement Corneille[289], se fonde implicitement sur la Déclaration de 1789 pour mettre en place un principe cardinal du droit administratif : le principe selon lequel la liberté est la règle et la restriction de police l'exception. En 1978, il proclame le droit à une vie familiale normale dans l'arrêt GISTI en se fondant cette fois-ci explicitement sur le préambule de 1946[290]. Le droit de grève[291], la liberté d'association[292], l'égal accès aux emplois publics[293], le principe selon lequel toute décision administrative peut faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir[294]… ont tous, eux aussi, une assise constitutionnelle, même si elle peut n'être que partielle ou implicite. Cette sensibilité du juge à son environnement n'annule pas le pouvoir du juge pour D. Lochak :

> *L'origine de ces principes est sans aucun doute extérieure au juge, qu'il les trouve dans la lettre ou dans l'esprit de la loi, dans la "nature des choses" ou l'équité, ou encore dans la tradition constante du régime républicain. Mais leur passage dans le droit positif nécessite une intervention du juge qui ne se contente pas de constater leur existence. Parmi ces principes, il choisit ceux qu'il estime devoir faire accéder à la vie juridique, puis il en détermine la portée en leur donnant un contenu*

---

[288] R. Chapus le souligna à propos du juge administratif : « *Le juge va chercher son inspiration dans des dispositions législatives particulières mais convergentes ou même dans une seule de ces dispositions si elle lui paraît, comme les autres, significative d'une certaine orientation du droit ; il est également sensible aux exigences de la conscience juridique du temps et à celles de l'État de droit ; et il ne saurait être indifférent à l'idéologie qui anime un préambule constitutionnel ou une déclaration des droits comme celle de 1789. Il apparaît de plus, ce qui ne saurait étonner à notre époque, que les dispositions de conventions internationales sont elles-mêmes susceptibles d'être pour le juge une source* d'inspiration » (R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. I, 9e éd., Montchrestien, 1995, p 74).

[289] CE, Ass., 59855, 10 août 1917, *Baldy*. Voir B. STIRN, « Ordre public et libertés publiques », Intervention du 17 septembre 2015 lors du colloque sur l'Ordre public, organisé par l'association française de philosophie du droit les 17 et 18 septembre 2015, disponible sur : <https://www.conseil-etat.fr/actualites/discours-et-interventions/ordre-public-et-libertes-publiques>.

[290] CE, Ass., 10097 10677 10679, 8 décembre 1978, *GISTI, CFDT et CGT* : « *Considérant qu'il résulte des principes généraux du droit et, notamment, du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 auquel se réfère la Constitution du 4 octobre 1958 que les étrangers résidant régulièrement en France ont, comme les nationaux, le droit de mener une vie familiale normale ;* [...] ».

[291] CE, Ass., 01645, 7 juillet 1950, *Dehaene.*

[292] CE, Ass., 26638, 11 juillet 1956, *Amicale des Annamites de Paris*.

[293] CE, Ass., 28238 28493 28524 30237 30256, 28 mai 1954, *Barel.*

[294] CE, Ass., 86949, 17 février 1950, *Dame Lamotte*.

> *plus précis. Le rôle créateur du juge n'est donc pas annulé par la constatation de l'existence objective des données politiques, sociales ou juridiques qui servent de fondement à ces principes. Car tout choix laisse place à la subjectivité de celui qui l'effectue*[295].

Néanmoins, reconnaître cette irréductible liberté de choix du juge ne revient pas à nier le fait que l'environnement juridique du juge a un impact sur ce dernier. Par exemple, bien que le juge constitutionnel ait fait preuve d'audace[296] en reconnaissant la valeur constitutionnelle du principe de fraternité, la doctrine n'a pas manqué de remarquer que ce principe existait déjà dans son environnement juridique[297], bien que n'ayant pas encore été « activé »[298]. Un choix a été effectué, mais ce choix n'était pas totalement libre. Si ce principe n'avait pas été inscrit à plusieurs reprises dans la Constitution, si sa juridicité n'avait pas été relevée par la doctrine[299], si le moyen n'avait pas été soulevé par les requérants, le Conseil ne l'aurait pas « découvert ». Autrement dit, bien que la liberté interprétative du Conseil soit stimulée par la confrontation du juge à un contexte toujours nouveau, elle est aussi limitée par celui-ci. C'est toujours à l'occasion d'un contexte particulier que le juge crée un nouveau principe, **son pouvoir créateur est donc conditionné par les spécificités de ce contexte**[300].

116. Plus précisément, la plus ou moins grande richesse de cet environnement doit être prise en compte : si l'on compare le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel, dès le départ, le Conseil constitutionnel s'est trouvé dans un environnement juridique bien plus contraignant que celui du Conseil d'État. Comme l'a remarqué G. Vedel,

> *Le droit administratif, une fois éliminée l'application générale à l'activité administrative des lois civiles, était fortement lacunaire. Il a donc fallu que*

---

[295] D. LOSCHAK, *Le rôle politique du juge administratif français*, LGDJ, 1972, p. 88.
[296] Cette audace a été reconnue par la doctrine, voir not. D. ROUSSEAU, « Enfin une bonne nouvelle : le principe de fraternité existe ! », *Gazette du Palais*, n° 26, 17 juillet 2018, p. 12 ; J. ROUX, « Le Conseil constitutionnel et le bon samaritain », *AJDA*, 2018, p. 1781-1786.
[297] Voir l'étude effectuée par M. Borgetto : M. BORGETTO, « La fraternité devant le Conseil constitutionnel – étude par Michel Borgetto », *La semaine juridique éd. générale*, n° 30-35, 23 juillet 2018, p. 1487-1496.
[298] Voir S. SALLES, « L'activation d'un fondement constitutionnel : le principe de "fraternité" », *Gazette du Palais*, n° 40, 20 novembre 2018, p. 37-38.
[299] Voir le commentaire de la décision n° 2018-717/718 QPC du 6 juillet 2018, *M. Cédric H. et autre [Délit d'aide à l'entrée, à la circulation ou au séjour irréguliers d'un étranger]*, p. 17-18. Le commentaire se réfère à deux études de G. Canivet et J.-C. Colliard ainsi qu'à la thèse de M. Borgetto.
[300] Voir par exemple V. CHAMPEIL-DESPLATS, « L'arrêt Koné, produit et source de contraintes », *in* M. TROPER, V. CHAMPEIL-DESPLATS, C. GRZEGORCZYK (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, *op. cit.*, p. 55-59.

> *le juge administratif, avec la permission tacite du législateur, devienne une source du droit. Le régime juridique de l'acte administratif unilatéral, des contrats, de la responsabilité de l'Administration a été, pour l'essentiel, construit par le Conseil d'État bien avant que le terme de « principes généraux du droit » fût employé*[301].

Plus encore, du fait notamment de la jurisprudence du Conseil d'État, le Conseil constitutionnel a pu se trouver contraint de prendre doublement en compte les textes : alors que le juge administratif s'est inspiré des déclarations de droits pour proclamer un certain nombre de principes généraux du droit, le Conseil constitutionnel s'est lui-même inspiré de la jurisprudence administrative pour donner une assise constitutionnelle à ces mêmes principes, en premier lieu concernant le PFRLR de la liberté d'association[302]. Ce faisant, le Conseil s'est fondé directement et indirectement sur les déclarations de droits : directement parce que se fondant explicitement sur celles-ci dans sa décision, et indirectement parce que s'inspirant de la jurisprudence du juge administratif qui s'était lui-même inspiré des textes des déclarations. La chaîne dont parle Dworkin est bel et bien illustrée : la Constitution, objet inanimé**,** prend vie grâce à l'interaction des différents acteurs du droit.

117. Nous l'avons souligné néanmoins, cet environnement n'annihile pas la liberté d'interprétation du juge, qui en tant qu'acteur du système juridique peut aussi y exercer son pouvoir. C'est particulièrement vrai depuis la mise en place de la QPC, alors que le Conseil contrôle la loi en vigueur, telle qu'elle est interprétée de façon constante par les juridictions suprêmes[303]. La jurisprudence de la Cour de cassation et du Conseil d'État constitue dès lors une *« res(source) pour procéder au contrôle de constitutionnalité de la loi* »[304]. Encore faut-il cependant que les autres acteurs acceptent

---

[301] G. VEDEL, « La place de la Déclaration de 1789 dans le "bloc de constitutionnalité" », *in* CONSEIL CONSTITUTIONNEL, *La déclaration des droits de l'homme...*, *op. cit.*, p. 51. Voir aussi G. VEDEL, « Réflexions sur quelques apports de la jurisprudence du Conseil d'État à la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *in Mélanges René Chapus : droit administratif*, Montchrestien, 1992, p. 647-671.

[302] Voir l'intervention de M. Coste-Floret lors de la délibération : *« Quant aux travaux préparatoires de la Constitution de 1946, il faut noter que si M. André Philip n'a pas soutenu l'amendement de M. de Tinguy c'est parce qu'il pensait au principe de la liberté de l'enseignement. Mais depuis 1946, le Conseil d'État à deux reprises, et notamment dans un arrêt du 24 janvier 1958 a confirmé que la liberté d'association était un principe constitutionnel* » (J. BONNET *et al*., *Les grandes délibérations..., op. cit.*, p. 215).

[303] CC, 2010-39 QPC, 6 octobre 2010, *Mmes Isabelle D. et Isabelle B. [Adoption au sein d'un couple non marié]*, §2.

[304] A. ROBLOT-TROIZIER, « Le Conseil constitutionnel et les sources du droit constitutionnel », *op. cit.*, p. 139. Madame Roblot-Troizier cite l'exemple de la décision n° 2012-271 QPC qui portait sur la corrida. Le commentaire de la décision montre que le Conseil utilise la jurisprudence de la Cour de cassation relative à la notion de « tradition locale ininterrompue », posant des critères visant à encadrer l'appréciation des juges du fond sur ce point, pour estimer la disposition conforme à la Constitution

cette emprise, ce qui renvoie à une autre contrainte pesant sur le Conseil : la contrainte de légitimité, qui sera examinée ultérieurement[305].

118. La multiplicité des acteurs du droit, le réseau complexe qu'ils constituent aujourd'hui, enrichit considérablement et constamment le système dans lequel le Conseil constitutionnel évolue, ce qui a pour effet de resserrer le cadre de son interprétation, le champ des possibles significations du texte constitutionnel. Plus précisément, au-delà des contraintes que peuvent exercer les acteurs du système les uns sur les autres[306], la simple existence d'un environnement juridique préexistant délimite le cadre de la liberté d'interprétation du juge. Cet environnement juridique n'est pas forcément contraignant au sens fort du terme, mais constitue le **point de départ obligé de la réflexion du juge et en cela détermine son action**[307]. Au cadre interne se superpose ensuite un cadre international devenu incontournable.

B. Le cadre européen : l'influence du juge de Strasbourg

119. Le cadre posé par la Cour européenne des droits de l'homme n'est pas assimilable à la *tradition* puisqu'il s'est développé en même temps que s'est développée la jurisprudence du Conseil. Néanmoins, son influence sur notre ordre juridique interne est aujourd'hui évidente. Si cette influence a été croissante, elle transparaît depuis longtemps dans la jurisprudence du Conseil, notamment à travers la proclamation de nouveaux droits, libertés et d'OVC comme celui de pluralisme des courants de pensée

(CC, 2012-271 QPC, 21 septembre 2012, *Association Comité radicalement anti-corrida Europe et autre [Immunité pénale en matière de courses de taureaux]*, commentaire, p. 3-5).

[305] Voir *infra* §184 et s. Voir P. DE MONTALIVET, « QPC et "dialogue des juges" », *RFDC*, 2018/4, n° 116, p. 919-932.

[306] Voir G. TUSSEAU, « Le gouvernement [contraint] des juges. Les juges constitutionnels face au pouvoir de réplique des autres acteurs juridiques – ou l'art partagé de ne pas pouvoir avoir toujours raison », *Droits*, n° 55, 2012/1, p. 41-84.

[307] Voir D. BARANGER, « Sur la manière française... », *op. cit.*, p. 14-15 : « *Le juge peut énoncer des raisons de droit ou des raisons de fait. Mais en réalité, le droit, quand il est questionné pour y rechercher des raisons, "ressemble" beaucoup à du fait. On se situe ici lors de l'entrée des matériaux bruts du raisonnement juridique dans l'atelier où se fabriquent les raisons. À ce stade, la différence entre les composantes de droit et les composantes de fait du futur raisonnement juridique est largement gommée. Quand le juriste est confronté à la nécessité de proposer ou de rendre une décision, il ne fait pas face à un ensemble construit, cohérent, ordonné, de règles juridiques. À ce stade, le droit ne se présente bien sûr pas à lui comme un système. Cet ensemble, ce système, il le bâtit lui-même à chaque occasion. Le droit positif cohérent et hiérarchisé de nos manuels est une reconstruction* a posteriori*, nullement une réalité qui préexiste à la décision juridique. Le juriste va "puiser" dans un chaos de matériaux préexistants : les textes, les décisions passées, l'histoire...* ».

et d'opinion[308] qui a étendu la liberté d'expression, le droit de mener une vie familiale normale[309], la liberté du mariage[310]...

120. L'un des exemples les plus nets et les plus connus du cadre interprétatif que peut constituer la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme reste la jurisprudence du Conseil relative aux validations législatives. La validation législative consiste à « valider » une disposition non conforme au droit en modifiant rétroactivement les règles qui lui sont applicables afin d'empêcher l'annulation de celle-ci. Jusqu'en 1999, la jurisprudence du Conseil était moins exigeante que celle de la Cour : les validations législatives étaient possibles à la condition de poursuivre un objectif d'intérêt général qui ne soit pas purement financier[311].

121. En revanche, la Cour européenne exigeait depuis 1997 la poursuite d'un intérêt général impérieux[312]. Cette divergence de jurisprudence aboutit en 1999 à la condamnation de la France par la Cour dans son arrêt *Zielinski c. France*[313] alors que la loi avait été déclarée conforme à la Constitution. Prenant acte de cette condamnation, le Conseil modifia rapidement sa jurisprudence, introduisant l'exigence d'un intérêt général suffisant[314]. Le Conseil s'aligna enfin définitivement sur le niveau d'exigence européen en procédant à un *« alignement terminologique total sur la jurisprudence de la Cour »*[315] en 2014, remplaçant l'exigence d'un motif suffisant par celle d'un motif impérieux dans sa décision n° 2013-366 QPC[316].

---

[308] CC, 86-217 DC, 18 septembre 1986, *Loi relative à la liberté de communication*, §11 ; CC, 89-271 DC, 11 janvier 1990*, Loi relative à la limitation des dépenses électorales et à la clarification du financement des activités politiques*, §12.
[309] CC, 93-325 DC, 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*, §3.
[310] CC, 2003-484 DC, 20 novembre 2003, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité*, §39.
[311] CC, 93-332 DC, 13 janvier 1994, *Loi relative à la santé publique et à la protection sociale.*
[312] CEDH, 21319/93, 23 octobre 1997, *National and Provincial Building Society c. Royaume-Uni*, §81.
[313] CEDH, Gr. Ch., 24846/94, 28 octobre 1999, *Zielinski, Pradal Gonzalez et autres c. France*, §57.
[314] CC, 99-422 DC, 21 décembre 1999, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2000*, §64 ; CC, 99-425 DC, 29 décembre 1999, *Loi de finances rectificative pour 1999*, §8.
[315] V. GOESEL-LE BIHAN, *Contentieux constitutionnel, op. cit.,* p. 198.
[316] CC, 2013-366 QPC, 14 février 2014, *SELARL PJA, ès qualités de liquidateur de la société Maflow France [Validation législative des délibérations des syndicats mixtes instituant le « versement transport »]*, §3. Voir not. sur ce thème X. PRÉTOT, « Les validations législatives. De la Constitution à la Convention européenne des droits de l'homme », *RDP*, 1998, p. 11-22 ; P. DEUMIER, « Les lois de validation et le dialogue des juges », *Revue trimestrielle de droit civil,* juillet-septembre 2014, n° 3, p. 604-610.

122. Au-delà de cet exemple, la jurisprudence européenne possède une autorité qui se trouve relayée par le Conseil d'État et la Cour de cassation lorsqu'ils contrôlent la conventionnalité des lois et adoptent pour ce faire les modes de raisonnement de la Cour de Strasbourg. Ces modes de raisonnement sont ensuite repris par le Conseil constitutionnel dans le cadre du contrôle de constitutionnalité, comme le montre la jurisprudence du Conseil en matière d'impartialité. Le commentaire de la décision n° 2010-110 QPC rappelle ainsi les jurisprudences du Conseil d'État et de la Cour de cassation en matière de contrôle de conventionnalité au regard de l'article 6§1, pour ensuite transposer les principes évoqués au contrôle de constitutionnalité :

> *Il appartenait donc au Conseil constitutionnel d'examiner le grief au fond au regard non de la conformité à l'article 6§1 de la CESDH (l'incompatibilité d'une loi avec une convention internationale n'étant pas un motif d'inconstitutionnalité) mais à l'article 16 de la Déclaration de 1789*[317].

La jurisprudence du Conseil en matière d'impartialité se situe ainsi « *dans le droit fil* »[318] de la jurisprudence de la Cour européenne fondée sur l'article 6§1. En cette matière, le Conseil utilise plusieurs approches typiquement européennes : par exemple doivent être séparées les fonctions de poursuite et d'instruction et celles de jugement[319], principe que le Conseil reprend dans un certain nombre de décisions, notamment sa décision n° 2016/616-617 QPC qui concernait la Commission nationale des sanctions[320]. La jurisprudence du Conseil est aussi « *en harmonie* »[321] avec la jurisprudence de la Cour de Strasbourg concernant le cumul de fonctions non juridictionnelles et juridictionnelles[322]. Un exemple de cela est la décision n° 2017-666

---

[317] CC, 2010-110 QPC, 25 mars 2011, *M. Jean-Pierre B. [Composition de la commission départementale d'aide sociale]*, p. 9-10.
[318] H. SURREL, « Chronique Conseil constitutionnel et jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Titre VII* [en ligne], n° 1, septembre 2018.
[319] Voir not. CEDH, 5242/04, 11 septembre 2009, *Dubus S.A. c. France*, §53-62.
[320] CC, 2016-617/617 QPC, 9 mars 2017, *Société Barnes et autre [Procédure de sanction devant la Commission nationale des sanctions]*, §8-10. Le Conseil applique par le biais de l'article 16 les exigences de l'article 6§1 à une autorité administrative, dans une conception propre à garantir la conformité du droit français à la Convention européenne, une violation de l'exigence d'impartialité objective ne pouvant ensuite être « *"purgée" à un stade ultérieur de la procédure, même si la décision incriminée est ensuite soumise à un contrôle de pleine juridiction* » (H. SURREL, « Chronique Conseil constitutionnel et jurisprudence de la Cour EDH », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel,* n° 55-56, 2017, p. 275). Le Conseil a pu aussi, par exemple, appliquer ces exigences à l'Autorité de contrôle des nuisances aéroportuaires (CC, 2017-675 QPC, 24 novembre 2017, *Société Queen Air*, *[Procédure de sanction devant l'autorité de contrôle des nuisances aéroportuaires]*, §12).
[321] H. SURREL, « Chronique Conseil constitutionnel et jurisprudence de la Cour EDH », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel,* n° 59, 2018, p. 150.
[322] CEDH, 28488/95, 8 février 2000, *McGonnell c. Royaume-Uni*, que nous évoquerons *infra* §399.

QPC[323] qui concernait l'adoption par le vice-président du Conseil d'État d'une nouvelle version de la Charte de déontologie de la juridiction administrative. Un recours pour excès de pouvoir avait été déposé contre la décision d'adoption de cette charte et l'impartialité du Conseil d'État était contestée dans ce cadre. Le Conseil constitutionnel estima néanmoins que certaines garanties étaient propres à assurer l'impartialité des membres du Conseil d'État dans cette hypothèse[324].

123. Ces exemples montrent que la Constitution française est comprise par le Conseil constitutionnel à la lumière de l'existant. Bien entendu, le cadre interprétatif ainsi posé peut être seulement partiel[325] et ne porte pas atteinte à la liberté d'appréciation du Conseil. Néanmoins les travaux de la doctrine, les jurisprudences des autres cours, ont une influence déterminante sur la jurisprudence du Conseil : leur conception des droits et libertés s'est imprimée dans une tradition juridique qui vient à la fois élargir le support de l'interprétation du juge constitutionnel et réduire sa liberté d'interprétation en prédéterminant le champ des significations possibles du texte constitutionnel, réduisant la place laissée à la subjectivité des juges. Parallèlement, la jurisprudence du Conseil lui-même limite sa liberté interprétative, même si l'impact de la contrainte du précédent reste variable.

§II. La jurisprudence du Conseil constitutionnel

124. Selon la théorie des contraintes juridiques, « *les acteurs du droit se comportent librement au sein du système juridique* »[326]. Néanmoins, comme nous l'avons remarqué, ces acteurs ne se comportent pas de façon totalement arbitraire. Ainsi « *Les tribunaux des États de droit écrit ne sont pas soumis à la règle du précédent, ils n'ont pas l'obligation de se conformer aux règles jurisprudentielles et, pourtant, les revirements de jurisprudences ne sont pas si fréquents* »[327]. Si les décisions des cours inférieures sont soumises au contrôle des juridictions supérieures, le problème reste

[323] CC, 2017-666 QPC, 20 octobre 2017, *M. Jean-Marc L. [Compétence du vice-président du Conseil d'État pour établir la charte de déontologie de la juridiction administrative]*.
[324] *Ibid.*, §6-8.
[325] Voir concernant les validations législatives : J. ROUX, « La jurisprudence du Conseil constitutionnel – mise en perspective avec la CEDH – sur les validations législatives et les autres lois rétroactives », *Titre VII* [en ligne], n° 5, octobre 2020.
[326] V. CHAMPEIL-DESPLATS, M. TROPER, « Introduction », *in* M. TROPER, V. CHAMPEIL-DESPLATS, C. GRZEGORCZYK (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, *op. cit.*, p. 11.
[327] *Ibid.,* p. 1-2.

entier pour les cours suprêmes. L'explication tient en partie dans des considérations extrajuridiques (sociologique, psychologiques...) mais pas seulement.

125. Si un certain nombre de contraintes extrajuridiques déterminent les actions des juges constitutionnels français, il existe des « *causes proprement juridiques, celles qui résident dans la configuration du système juridique à l'instant de la décision* »[328]. Ainsi en est-il du **précédent** qui constitue un élément contraignant du système juridique[329] (A). Néanmoins les contraintes pesant sur les juges résultent de la configuration du système juridique à un moment donné. Il est donc impossible d'affirmer que le précédent est, de façon générale, une contrainte réduisant la liberté interprétative du Conseil. Cette contrainte peut en effet céder face à d'autres contraintes jugées plus pressantes par les juges, ce qui peut avoir un **impact négatif sur le risque de partialité** (B).

A. Le respect du précédent comme limite à la liberté interprétative du juge

126. Si le Conseil ne se trouve pas dans un système de *common law*, appliquant la doctrine du précédent selon des règles strictement établies[330], le précédent possède néanmoins une force réelle devant le juge constitutionnel français en ce qu'il constitue pour ce dernier un *pré-jugé* qui va contribuer à dessiner les contours de la liberté d'interprétation dont il bénéficie.

127. En effet, si lorsqu'il prend une décision, le juge effectue un choix au moins en partie libre, **ce choix s'impose à lui pour l'avenir**. Comme le formule B. Genevois : « *le développement du droit constitutionnel jurisprudentiel est en lui-même un*

[328] *Ibid*., p. 6.
[329] Voir V. CHAMPEIL-DESPLATS, M. TROPER, « Proposition pour une théorie des contraintes juridiques », *in* M. TROPER, V. CHAMPEIL-DESPLATS, C. GRZEGORCZYK (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, *op. cit.*, p. 22 : « *C'est en ce sens qu'on peut dire par exemple que, même dans les systèmes où les cours ne sont pas liées par leurs propres précédents, elles sont néanmoins contraintes par leur propre jurisprudence. Cette contrainte résulte de plusieurs facteurs, mais elle apparaît notamment comme le moyen d'inciter non seulement les parties au litige, mais tous ceux qui se trouvent dans une situation semblable, à soumettre leurs comportements aux règles jurisprudentielles* ».
[330] En vertu des principes du *stare decisis* et du *ratio decidendi* au Royaume-Uni. Rappelons cependant que la Cour suprême du Royaume-Uni n'est plus liée par ses propres décisions depuis 1966, bien qu'elle accorde à celles-ci une grande force en vertu du principe de sécurité juridique. Concernant la Cour suprême américaine, nous pouvons illustrer la force du *stare decisis* par le récent vote du *Chief Justice* J. Roberts contre une loi anti-IVG, fondé sur le respect du précédent (voir « John Roberts Is No Pro-Choice Hero », *The New York Times,* 29 juin 2020, disponible sur : <https://www.nytimes.com/2020/06/29/opinion/supreme-court-abortion.html?smtyp=cur&smid=tw-nytopinion>.

réducteur d'incertitudes sur le plan juridique »[331]. Les juges, exerçant leur liberté d'interprétation, se contraignent en même temps et réduisent naturellement leur « marge de partialité » future. Cette incidence est cependant parfois discutée, par exemple selon P. Brunet, choisir de respecter la jurisprudence, c'est encore exercer sa liberté :

> *Il peut enfin arriver que les juges soient tenus de reproduire, de réitérer des décisions interprétatives antérieures parce qu'ils ont eux-mêmes décidé de la signification de ces textes. Mais là encore, cette dernière hypothèse – celle du précédent – demeure discutable ou du moins fragile : qualifier une solution antérieure de précédent c'est encore décider*[332].

Nous ne partageons pas cette opinion, parce qu'elle ne correspond pas, nous semble-t-il, à l'observation que l'on peut faire de la prise en compte du précédent par le Conseil. En effet, le précédent y revêt une importance particulière, ce dont témoignent plusieurs anciens juges, notamment N. Lenoir qui voit « *dans le "culte du précédent" un impératif kantien pour le juge constitutionnel* »[333], tout comme D. Schnapper qui insiste dans son ouvrage sur « *la force de la logique interne de la jurisprudence* »[334].

128. Les délibérations témoignent elles aussi de l'attention portée par les juges constitutionnels français au respect du précédent : dès lors qu'un nouveau principe est posé, il entre dans l'environnement juridique des juges et devient une position possible dans l'argumentation lors de la délibération. Les membres du Conseil se sentent liés par les précédents qui constituent pour eux un choix déjà effectué. Un bon exemple de cela peut être trouvé dans la définition de la compétence du Conseil comme une compétence d'attribution.

129. En 1961 J. Chaban-Delmas, alors président de l'Assemblée nationale, demande au Conseil son avis sur la question de savoir si une motion de censure peut être jugée recevable en période d'application de l'article 16. L'affaire prend une certaine ampleur politique ce qui décide L. Noël à réunir le Conseil constitutionnel pour

---

[331] B. GENEVOIS, « La jurisprudence du Conseil constitutionnel est-elle imprévisible ? », *Pouvoirs*, n° 59, novembre 1991, p. 142.
[332] P. BRUNET, « Analyse réaliste du jugement juridique », *op. cit*, p. 10.
[333] N. LENOIR, « Le métier de juge constitutionnel », *Le débat*, n°114, mars-avril 2001, disponible sur : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/le-conseil-constitutionnel/les-membres-du-conseil/les-membres-depuis-1959/temoignages-d-anciens-membres/le-metier-de-juge-constitutionnel.25704.html>.
[334] D. SCHNAPPER, *Une sociologue au Conseil constitutionnel*, Gallimard, 2010, p. 312.

délimiter clairement la compétence de ce dernier aux yeux de tous[335]. C'est en cette occasion, à travers un avis public, que le Conseil énonce le principe de sa compétence d'attribution : « *Considérant que la Constitution a strictement délimité la compétence du Conseil constitutionnel ; que celui-ci ne saurait être appelé à statuer ou, à émettre un avis que dans les cas et suivant les modalités qu'elle a fixés* »[336]. Ce principe aura une influence durable sur la jurisprudence du Conseil et trouvera très rapidement à s'appliquer, dès 1962, dans le cadre de la décision portant sur la loi référendaire relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel direct. Le Conseil rappelle en effet ce principe dès son premier considérant :

> *Considérant que la compétence du Conseil constitutionnel est strictement délimitée par la Constitution ainsi que par les dispositions de la loi organique du 7 novembre 1958 sur le Conseil constitutionnel prise pour l'application du titre VII de celle-ci ; que le Conseil ne saurait donc être appelé à se prononcer sur d'autres cas que ceux qui sont limitativement prévus par ces textes*[337].

La place majeure accordée à cette règle dans la décision ne doit cependant pas faire oublier la délibération houleuse qui l'a précédée. Si la motivation « *se conjugue toujours nécessairement au singulier* »[338], elle est le résultat d'un débat collectif qui en l'occurrence se fit entre des individus aux positions cristallisées[339]. Cette décision retentissante aura néanmoins pour effet d'ancrer solidement ce principe dans la

---

[335] Un premier précédent officieux existait dans l'avis sur le référendum relatif à l'autodétermination de l'Algérie du 8 décembre 1960, dans lequel il est écrit : « *le Conseil, qui tient à souligner qu'il n'a pas reçu compétence pour donner un avis sur la décision du Président de la République de recourir au référendum non plus que sur le projet de loi soumis au référendum* […] » (J. BONNET *et al*., *Les grandes délibérations..., op. cit.*, p. 81). Un autre précédent existe en la décision du CC, n° 60-2 REF du 23 décembre 1960, *Décision relative à une demande du Président du "Regroupement national"*, §1 : « *qu'aucun texte ne lui confère compétence pour statuer, par dérogation aux règles du droit commun, sur les protestations ou recours susceptibles d'être présentés contre les décisions prises à cet égard par le gouvernement* ».

[336] CC, 61-1 AUTR, 14 septembre 1961, *Demande d'avis présentée par le Président de l'Assemblée nationale (Recevabilité de la motion de censure)*, §1.

[337] CC, 62-20 DC, 6 novembre 1962, *Loi relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel direct, adopté par le référendum du 28 octobre 1962*, §1.

[338] B. FRYDMAN, *Le sens des lois...*, *op. cit.*, p. 287-288.

[339] Voir Y. BEAUVOIS, *Léon Noël : de Laval à de Gaulle via Pétain, 1888-1987*, Presses universitaires du Septentrion, 2001, 468 p. Bien que le témoignage apporté par cet ouvrage se fondant sur les notes personnelles de L. Noël doive, comme tout témoignage, être manipulé avec précaution, il apporte un éclairage sur la façon dont la décision a été adoptée. Y sont relatés l'hostilité notoire de certains membres, en particulier R. Coty et V. Auriol, à l'utilisation de l'article 11 (p. 407) , les brusques changements d'avis d'un membre, motivées par des considérations particulièrement superficielles (p. 397) et les tentatives d'influence du Premier ministre d'alors, G. Pompidou, sur d'autres membres, notamment J. Michard Pellissier (p. 398), qui avait d'ailleurs été nommé rapporteur par L. Noël au vu de sa faveur à l'égard d'une décision d'incompétence. Ajoutons enfin que le président du Conseil était lui-même extrêmement proche du général de Gaulle et, dès le départ, clairement défavorable à la censure car une telle décision mettait selon lui l'existence du Conseil en danger.

jurisprudence du Conseil : le choix est fait, ce dont témoigne la délibération sur l'avis (non publié) de 1968 à propos du projet de référendum *relatif à la rénovation universitaire, sociale et économique*. Malgré le contexte politique encore difficile que ne manquent pas de relever les juges constitutionnels lors de la délibération[340], le principe de la compétence d'attribution s'imposera immédiatement. Le rapport introductif du secrétaire général résume le poids du précédent dans cette délibération :

> *le Conseil a lui-même déduit, à l'occasion des trois précédents référendums, que sa compétence était, en ce domaine, strictement limitée à l'examen des décrets d'application* [...]. *Cette thèse a été très largement exposée et adoptée au cours d'une séance du 8 décembre 1960 et depuis lors toujours réaffirmée. C'est à la lumière de ces principes que nous pouvons procéder, maintenant, à l'examen des différents textes qui sont soumis au Conseil*[341].

Alors que la jurisprudence du Conseil relative aux opérations de référendum a évolué en 2000 avec sa décision *Hauchemaille*[342], le principe même de l'impossibilité pour le Conseil d'apprécier la constitutionnalité de la loi votée par référendum n'a jamais été remis en cause jusqu'à aujourd'hui. Bien qu'ayant été reformulé, il a été réaffirmé en 1992 dans sa décision *Maastricht III*[343] et fut étendu aux lois constitutionnelles adoptées par le Congrès en 2003[344].

130. Un autre exemple permettant d'illustrer la force du précédent dans la jurisprudence du Conseil est la possibilité pour le Conseil d'examiner d'office certaines dispositions : ce principe sera affirmé implicitement dès la première décision contrôlant la constitutionnalité d'une loi ordinaire[345]. La réticence[346] de certains membres dans le

---

[340] « *M. Luchaire poursuit : Je crois qu'entre ce référendum et ceux qui l'ont précédé il y a une différence considérable, c'est qu'il y a beaucoup de chances pour que le peuple dise non. Cela doit nous donner conscience de la gravité de notre avis. Nous ne nous trouvons pas ici devant un véritable référendum. Il y a mandat impératif donné aux pouvoirs publics. Il n'y a pas lieu de savoir si en fait c'est un plébiscite sur le texte tel qu'il a été présenté. Ceux qui sont pour le général de Gaulle répondront oui. Ceux qui sont contre répondront non, quel que soit le texte soumis* » (J. BONNET *et al., Les grandes délibérations..., op. cit.*, p. 174).

[341] *Ibid.*, p. 173.

[342] CC, 2000-21 REF, 25 juillet 2000, *Décision du 25 juillet 2000 sur une requête présentée par Monsieur Stéphane HAUCHEMAILLE*, §5.

[343] CC, 92-313 DC, 23 septembre 1992, *Loi autorisant la ratification du traité sur l'Union européenne*, §2.

[344] S'il contrôle le règlement adopté par le Congrès (CC, 63-24 DC, 20 décembre 1963, *Règlement du Congrès*), il refuse de contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles adoptées par celui-ci (CC, 2003-469 DC, 26 mars 2003, *Révision constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République*).

[345] CC, 60-8 DC, 11 août 1960, *Loi de finances rectificative pour 1960*, §5.

cadre de la délibération démontre le poids qu'ils accordent au précédent : « *Nous serons liés ensuite par cette jurisprudence* »[347]. Les juges décident alors prudemment de faire « *de la décision une décision d'espèce* »[348] grâce à une habile formule trouvée par le secrétaire général : « *en l'espèce, il n'y a lieu pour le Conseil constitutionnel de soulever aucune question de conformité à la Constitution en ce qui concerne les autres dispositions de la loi dont il est saisi* »[349]. Malgré cette formulation prudente, ce précédent prendra immédiatement racine dans la jurisprudence du Conseil[350]. Le « considérant-balai », rappelant que le Conseil exerce potentiellement son contrôle sur la totalité de la loi dont il est saisi dans le cadre du contrôle *a priori*, reste à ce jour utilisé, bien que cette formule ait connu de nombreuses évolutions depuis ses débuts[351].

131. Plus les précédents sont nombreux, plus l'environnement du juge est riche et donc plus sa liberté interprétative est réduite : « *de décisions en décisions, le Conseil a sécrété une jurisprudence abondante qui, par sa seule existence, vient limiter son pouvoir discrétionnaire et rendre prédictible la solution à venir* »[352]. Dès lors, malgré l'importance de la liberté interprétative du Conseil et le caractère dynamique de son pouvoir, on ne peut que constater que, le Conseil **ayant largement utilisé cette liberté interprétative**, celle-ci est aujourd'hui moins importante qu'en 1971.

132. Il nous faut cependant souligner que le précédent n'est une contrainte que parce que le respect de cette contrainte permet au Conseil de préserver et d'accroître son pouvoir au sein du système, comme a pu le rappeler M. Troper :

> *si l'on définit le pouvoir de façon positive, comme la capacité de déterminer le comportement d'autrui, alors on accroît son pouvoir non pas en décidant selon ses caprices, mais au contraire en énonçant des règles générales et stables qui permettront aux hommes de prévoir les conséquences de leurs*

---

[346] G. Pompidou « *ne croit pas en effet que le Conseil puisse soulever d'office un problème constitutionnel.* […] *Ce qui est d'ordre public pour le Conseil constitutionnel c'est d'examiner ce qui lui est explicitement soumis ; c'est la base même du fonctionnement des institutions – qui ne demande pas qu'on aille chercher dans tous les coins s'il y a une irrégularité* ». Le président Coty est d'accord : « *Nous ne devons pas poser le principe d'une possibilité d'évocation d'office* » (J. BONNET *et al., Les grandes délibérations..., op. cit.,* p. 69).

[347] Propos tenus par R. Coty (*Ibid.*).

[348] Propos tenus par G. Pompidou (*Ibid.*, p. 74).

[349] CC, 60-8 DC, 11 août 1960, *Loi de finances rectificative pour 1960*, §5.

[350] Elle sera réutilisée dès la décision suivante (CC, 60-11 DC, 20 janvier 1961, *Loi relative aux assurances maladie, invalidité et maternité des exploitants agricoles et des membres non salariés de leur famille*).

[351] Voir A.-C. BEZZINA, *Les questions et les moyens soulevés d'office par le Conseil constitutionnel*, Dalloz, 2014, p. 219-235.

[352] H. ROUSSILLON, P. ESPLUGAS-LABATUT, *Le Conseil constitutionnel*, 8e éd., Dalloz, 2015, p. 204.

> *actions et donc de choisir parmi les conduites possibles celles qui leur seront les plus profitables. En s'affranchissant des lois, on prescrit pour une classe particulière d'actions, en s'y soumettant, c'est une classe générale qu'on régit*[353].

Si le Conseil ne respectait pas ses propres précédents et usait de son pouvoir de manière fantaisiste, ses décisions ne seraient ni intelligibles, ni acceptables aux yeux des autres acteurs du système[354]. Si le Conseil ne se soumettait pas aux contraintes du système, il ne pourrait pas y exercer son pouvoir. Pour jouer, il faut respecter les règles du jeu[355]. Autrement dit, l'exercice du pouvoir dans le cadre d'un système juridique **constitue en soi une contrainte** qui « surdétermine » les autres contraintes auxquelles le Conseil se soumet. Néanmoins, les contraintes du système juridique n'étant pas statiques, la contrainte du précédent connaît des limites.

B. Les limites de la contrainte du précédent

133. En tout état de cause, les contraintes juridiques restent **relatives**. D'une part, toute décision ne constitue pas un précédent limitant la liberté interprétative du juge : la décision de 1971 en est l'exemple le plus évident. D'autre part, la liberté laissée au juge par le précédent reste à géométrie variable : tout dépend de son degré de précision. Par exemple, la reconnaissance d'un PFRLR est l'expression d'une liberté, mais la jurisprudence a encadré cette liberté en précisant certains critères devant être remplis pour reconnaître ces principes, réduisant la liberté d'interprétation du Conseil. Plusieurs critères ont ainsi été posés en 1988 dans la décision *Loi portant amnistie* : le principe doit trouver sa source « *dans la législation républicaine intervenue avant l'entrée en vigueur du préambule de la Constitution de 1946* »[356]. Il doit par ailleurs être fondamental, c'est-à-dire suffisamment général et important et il ne doit jamais avoir été

---

[353] M. TROPER, *La théorie du droit, le droit, l'État*, PUF, 2001, p. 96. Il ajoute avec V. Champeil-Desplats : « *C'est en ce sens qu'on peut dire par exemple que, même dans les systèmes où les cours ne sont pas liées par leurs propres précédents, elles sont néanmoins contraintes par leur propre jurisprudence. Cette contrainte résulte de plusieurs facteurs, mais elle apparaît notamment comme le moyen d'inciter non seulement les parties au litige, mais tous ceux qui se trouvent dans une situation semblable, à soumettre leurs comportements aux règles jurisprudentielles* » (M. TROPER, V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Proposition pour une théorie des contraintes juridiques », *in* M. TROPER, V. CHAMPEIL-DESPLATS, C. GRZEGORCZYK (dir.), *Théorie des contraintes juridiques, op. cit.,* p. 22).

[354] Voir sur la question de la légitimité du Conseil *infra* §193 et s.

[355] Comme l'a notamment expliqué D. Baranger à travers le « *principe de fidélité interprétative* », existant à côté du « *principe de liberté interprétative* » (voir D. BARANGER, « L'interprète est toujours en mauvaise posture... », *op. cit.*).

[356] CC, 88-244 DC, 20 juillet 1988, *Loi portant amnistie*, §12.

dérogé à ce principe par une loi républicaine antérieure à l'entrée en vigueur de la Constitution de 1946[357]. Si ces critères constituent un cadre pour le juge, leur force contraignante est inégale. Des critères tels que le caractère législatif du principe, son ancrage dans un texte républicain antérieur à 1946 et son application continue laissent une marge d'interprétation réduite au juge[358].

134. Néanmoins, l'interprétation du caractère fondamental du principe laisse une plus grande place à la subjectivité du juge, comme en témoigne la jurisprudence du Conseil sur ce point. La décision du 17 mai 2013[359] est pourtant venue préciser cette notion : seules les règles concernant les droits et libertés fondamentaux, la souveraineté nationale et l'organisation des pouvoirs publics peuvent devenir un PFRLR. Par la création de ces critères, le Conseil « *opère ici une délimitation nouvelle du champ matériel des principes fondamentaux, qui ne devraient plus à l'avenir pouvoir être dégagés que dans ces trois domaines* »[360]. Cette énumération apporte-t-elle une plus grande précision dans l'interprétation du caractère fondamental du principe ? Rien n'est moins sûr, comme en témoigne la décision du 17 mai 2013 elle-même.

135. Dans cette décision, le Conseil estime que le principe selon lequel le mariage est l'union d'un homme et d'une femme ne peut recevoir la qualification de PFRLR car cette règle n'intéresse ni les droits fondamentaux, ni la souveraineté nationale, ni l'organisation des pouvoirs publics. Comme l'a remarqué V. Champeil-Desplats, « *il y a de quoi rester dubitatif sur l'affirmation toute péremptoire de ce que ladite règle "n'intéresse" pas les "droits et libertés fondamentaux"* »[361]. L'argumentaire exposé dans le commentaire de la décision laisse encore plus perplexe : après avoir rappelé que les PFRLR énoncés jusque-là concernent tous, soit les droits et libertés fondamentaux soit l'organisation de la République, le commentaire indique qu'ouvrir le mariage aux homosexuels ne restreint pas la possibilité des hétérosexuels

[357] *Ibid.* Une exception suffit à empêcher sa qualification, ce qui est le cas dans cette décision.
[358] Même si elle n'est pas inexistante. Concernant le critère législatif, a pu se poser la question de savoir si une loi d'importance mineure ou si la référence à une seule loi pouvait suffire comme fondement. Voir V. GOESEL-LE BIHAN, *Contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, p. 125.
[359] CC, 2013-669 DC, 17 mai 2013, *Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe*, §21.
[360] J.-M. LARRALDE, « Le mariage pour tous est conforme à la Constitution ! Quelques considérations d'un publiciste sur la décision du Conseil constitutionnel du 17 mai 2013 », *Petites affiches*, 4 juillet 2013, p. 5.
[361] V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Les grandes lois de la République », *Revue des Droits de l'Homme* [en ligne], n° 3, 2013.

de se marier : « *Il n'y a pas là d'atteinte à un droit ou à une liberté fondamental* »[362]. Comme l'a relevé A. Roblot-Troizier, l'argumentation est périlleuse :

> *Le Conseil paraît avoir inversé la logique de l'argumentation : il ne déduit pas la constitutionnalité de la loi de l'inexistence du principe constitutionnel invoqué devant lui, mais déduit l'inexistence du principe de la constitutionnalité de la loi, de l'absence de violation des droits constitutionnellement garantis*[363].

L'interprétation ici effectuée montre toute la liberté dont dispose le Conseil dans l'évaluation du caractère fondamental du principe. En réalité, le Conseil fait usage de sa liberté interprétative dans la décision du 17 mai 2013 pour une raison particulière, qui apparaît dans le commentaire : « *jamais le Conseil constitutionnel n'a dégagé de PFRLR sur des questions de société* »[364]. Ce n'est pas la première fois que le commentaire utilise cette expression[365] qui est l'une des traductions du *self restraint* du juge constitutionnel français. La retenue du Conseil est d'autant plus évidente que J.-L. Debré avait annoncé avant même que le Conseil ne soit saisi que la loi ne serait pas censurée[366]. Cette décision se situe dans l'exact prolongement de cette annonce et si le Conseil utilise les critères d'interprétation qu'il a posés pour déterminer l'existence d'un PFRLR, ce dernier n'avait en réalité **aucune chance d'être reconnu**. Comme le note A. Roblot-Troizier,

> *il refuse de consacrer une règle traditionnelle relative au mariage dans la décision de 2013 pour ne pas prendre la responsabilité de s'opposer à la volonté du législateur, dont on sait qu'elle traduit l'une des promesses de*

---

[362] CC, 2013-669 DC, 17 mai 2013, *Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe*, commentaire, p. 16.

[363] A. ROBLOT-TROIZIER, « La loi et les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République », *RFDA*, 2013, p. 945 : « *La lecture du commentaire officiel de la décision, censé éclairer celle-ci, et particulièrement l'affirmation péremptoire selon laquelle la règle de l'altérité sexuelle dans le mariage n'intéresse pas les droits fondamentaux, laisse donc particulièrement perplexe dès lors qu'il paraît signifier que le raisonnement du juge a été le suivant : la loi contrôlée ne porte pas atteinte aux droits et libertés fondamentaux, donc la règle qu'elle remet en cause - celle du mariage comme union entre un homme et une femme - n'intéresse pas les droits et libertés fondamentaux* ».

[364] CC, 2013-669 DC, 17 mai 2013, *Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe*, commentaire, p. 16.

[365] Voir nos développements *infra* aux §220 et s.

[366] « Debré écarte la censure du mariage gay », *Le Figaro.fr*, 23 janvier 2013, disponible sur : <http://www.lefigaro.fr/flash-actu/2013/01/23/97001-20130123FILWWW00639-debre-ecarte-la-censure-du-mariage-gay.php> : « *S'exprimant lors du "Grand journal" de Canal +, Debré a rappelé une "décision du 28 janvier 2011", qui stipulait que "le contour du mariage c'est au Parlement de le définir". "C'est de la compétence du Parlement, pas de la compétence du Conseil constitutionnel", a-t-il déclaré. Il a relevé en outre qu'il y avait eu "la même jurisprudence en 1979 pour l'IVG". "C'est aux élus de la nation de dire quelle forme ils veulent donner au mariage (...) c'est de leur responsabilité", a insisté Jean-Louis Debré* ».

campagne d'un Président de la République fraîchement élu au suffrage universel direct[367].

Autrement dit, « *ce ne sont pas tant les critères d'identification des PFRLR qui font le principe constitutionnel que la décision que le Conseil entend rendre* »[368]. Cette décision montre comment le Conseil peut être amené à faire usage de sa liberté interprétative, laissée ici par le critère du caractère fondamental du principe, pour éviter de reconnaître un nouveau PFRLR[369]. L'impact des contraintes pesant sur le Conseil est alors double et contradictoire : d'une part, le Conseil doit apparaître respectueux de sa jurisprudence et donc appliquer les critères qu'il a posés[370] et, d'autre part, il ne veut pas censurer cette loi relative à une « question de société » dont l'appréciation revient au seul législateur[371]. Le résultat est une décision dont la motivation peine à convaincre.

136. Il est probable que le Conseil ait préjugé dans cette affaire, dans un sens précis cependant : la partialité n'est pas causée par les préférences individuelles des juges, mais trouve sa source dans la **soumission du Conseil à la volonté majoritaire** concernant les « questions de société ». L'examen de cette soumission choisie et même revendiquée, fera l'objet de développements dans les prochains chapitres[372].

[367] A. ROBLOT-TROIZIER, « La loi et les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République », *RFDA*, 2013, p. 945-951.
[368] *Ibid.*
[369] La liberté interprétative du Conseil aurait été bien moins importante si celui-ci s'en était tenu aux autres critères. Il est permis de penser qu'il n'en aurait pas reconnu pour autant un nouveau PFRLR car même dans ce cas, la contrainte du respect de la volonté majoritaire sur cette question de société l'aurait emporté sur la contrainte du précédent.
[370] C'est le modèle du juge « *non maître des sources du droit constitutionnel* » évoqué par V. Champeil-Desplats dans sa thèse (V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République*, *op. cit.*, p. 251).
[371] L'on peut ici affirmer qu'il emprunte la figure du juge respectueux de la volonté majoritaire issue du suffrage.
[372] Voir *infra* §220 et s. §500 et s.

Conclusion du Chapitre I

137. Si les juges constitutionnels bénéficient d'une immense liberté interprétative, le Conseil constitutionnel agit, en tant qu'organe, dans le cadre d'un système juridique parfois très contraignant. La place laissée aux préférences subjectives des juges, si elle existe toujours, s'en trouve nécessairement limitée[373]. Néanmoins, le Conseil peut aussi se soumettre, par avance, à la volonté majoritaire, ce qui peut le conduire à faire un usage contestable de sa liberté d'interprétation au profit d'un choix prédéterminé. Dès lors, le risque de partialité apparaît inhérent au contrôle de constitutionnalité, **car il est tout autant lié à l'immense liberté interprétative dont disposent les juges constitutionnels qu'aux contraintes du système qui s'exercent sur eux**. Ce risque est tout aussi inévitable dans l'appréciation de la constitutionnalité de la loi, qui est le cœur de l'activité juridictionnelle du Conseil.

[373] Ainsi que l'avait expliqué G. Vedel à partir de son expérience personnelle « *l'analyse de Bastien François aboutit à peu près à ceci : "le juge ne veut pas faire de la politique, alors il se couvre de prétextes juridiques divers". C'est méconnaître ce que j'appelais hier l'autonomie juridique, c'est-à-dire le fait que, quand on entre dans un système de logique (que d'autres appelleront simplement une déontologie), toute une série de données vont faire que contre soi-même, contre ce qu'on voudrait faire, contre ce qu'on pourrait faire, qu'on désirerait faire, ou fait le contraire* » (G. VEDEL, « Débats : témoignages d'acteurs », *in Le Conseil constitutionnel a 40 ans..., op. cit.*, p. 147-148).

Chapitre II. Un risque existant dans l'appréciation de la constitutionnalité de la loi

138. L'appréciation se joue dans la confrontation de deux textes : la question est celle de la conformité de la loi à la Constitution. L'appréciation est cependant étroitement liée à l'interprétation. L'interprétation et l'appréciation peuvent même être concomitantes, comme ce fut le cas dans la décision *redevance radio-télévision*[374] de 1960 : dans cette hypothèse le juge définit ce qu'est une mesure parafiscale et donc interprète la Constitution en même temps qu'il apprécie l'existence d'une telle mesure en l'espèce. Plus précisément, il déduit une définition de ce qu'est une taxe parafiscale de la constatation que la redevance en question n'est ni un impôt, ni une rémunération pour services rendus. Il peut aussi arriver que l'appréciation découle de la seule opération d'interprétation de la Constitution, ce qui fut le cas dans la décision *blocage des prix*[375] de 1982 : dès lors que la Constitution a entendu *« reconnaître à l'autorité réglementaire un domaine propre et conférer au Gouvernement, par la mise en œuvre des procédures spécifiques des articles 37, alinéa 2, et 41, le pouvoir d'en assurer la protection contre d'éventuels empiétements de la loi »*[376], les membres du Parlement ne disposent pas de cette prérogative. Enfin, il peut arriver que l'appréciation découle de l'interprétation, non pas de la Constitution, mais de la loi, par exemple lorsque le Conseil émet une réserve d'interprétation qui permet de rendre la loi conforme à la Constitution.

139. Dans toutes ces situations, l'appréciation peut en réalité précéder l'interprétation. Le juge définit la Constitution et/ou la loi en fonction du choix qu'il souhaite effectuer. Cette situation qui montre le caractère **non pas déductif mais pragmatique** de l'office du juge[377] n'est cependant pas synonyme de partialité : cela ne signifie pas nécessairement que le Conseil a authentiquement préjugé[378].

---

[374] CC, 60-8 DC, 11 août 1960, *Loi de finances rectificative pour 1960*, §1 à 3.
[375] CC, 82-143 DC, 30 juillet 1982, *Loi sur les prix et les revenus, notamment ses articles 1, 3 et 4.*
[376] *Ibid.*, §11.
[377] Voir D. BARANGER, « Sur la manière française de rendre la justice constitutionnelle », *op. cit.*, p. 15 : « *Ainsi, lorsque le juriste travaille – que selon le joli mot de notre tradition judiciaire et administrative il "instruit" un dossier – le droit se présente à lui comme une sorte de fait. On ne tourne pas très différemment les pages du recueil Lebon, du bulletin des arrêts de la Cour de cassation ou celles d'une chronique historique ou d'un ouvrage de sociologie contemporaine. On les tourne pour y trouver quelque chose que l'on cherche. Et inversement les faits, disons par exemple des données historiques ou sociologiques pertinentes, ont un certain empire, une certaine force normative, sur le travail effectué. La motivation puise dans cet ensemble de raisons et les articule. Ainsi appréhendée, la motivation, c'est*

140. Dans tous les cas, l'interprétation suffit rarement à l'élaboration de la solution et le juge doit aller plus loin. Par exemple, il ne suffit pas de donner une signification au principe d'égalité et au contenu d'une loi pour savoir si celle-ci porte atteinte au principe d'égalité. Le juge va devoir, par une opération de qualification juridique, se demander si les critères posés par la Constitution sont remplis. Nous avons choisi de nous intéresser à cette opération de qualification car, si le juge peut réduire sa liberté interprétative avec le temps, il apparaît que la liberté d'appréciation du juge est **constamment renouvelée malgré l'existence de critères d'appréciation** précisés au fil du temps, ce qui laisse inévitablement un large espace à l'expression de sa partialité (Section I). Cela signifie-t-il que le juge est entièrement libre du point de vue de l'appréciation ? Non car il subit là aussi certaines contraintes du système, en particulier la **contrainte de légitimité.** Celle-ci a néanmoins un impact ambivalent sur le risque de partialité (Section II).

---

l'ancrage dans ce qui pré-existe : tout est présenté en termes de "justifications", mais il s'agit nécessairement de choses qui sont déjà là avant la décision. "Raisons" pour la décision et "autorités" pour la décision se rejoignent alors. Du point de vue de la manière dont se déroule la production de la décision juridictionnelle, il n'y a pas de sources du droit. Il n'y a que des ressources du raisonnement juridique ».

[378] Si les justifications présentes dans la motivation d'une décision sont construites après que le choix ait été effectué, cela ne signifie pas que ce choix a été effectué de façon prématurée au cours de la procédure. La motivation ne rend pas compte du processus de décision, mais vient simplement justifier cette décision. Il y a donc de fortes chances pour que l'interprétation d'un texte, telle qu'elle apparaît dans la décision, soit réalisée au service d'une appréciation déterminée.

Section I. L'impact relatif des critères d'appréciation sur la liberté d'appréciation du Conseil

141. Nous avons remarqué concernant l'interprétation que les textes laissent un choix entre plusieurs significations. La question de l'appréciation est différente : le choix du juge consiste à dire si la loi est conforme ou non à la Constitution. Ce qui va nous intéresser n'est donc pas tant le choix en lui-même que les modalités selon lesquelles il s'opère, les critères de ce choix.

142. C'est par une opération de qualification que le Conseil juge de la conformité de la loi à la Constitution. Cette opération conditionne l'appréciation du Conseil constitutionnel parce qu'elle fait dépendre celle-ci de **critères extérieurs** à la personne des juges (§I). Néanmoins, cette « rationalisation » du contrôle reste en tout état de cause **relative** du fait de la nature même de l'opération d'appréciation (§II).

§I. L'appréciation du juge constitutionnel conditionnée par les critères

143. C'est dans le support de son appréciation que le juge puise les critères de celle-ci, c'est-à-dire avant tout la Constitution (A). Cependant, du fait de la faible précision des textes, la jurisprudence joue un rôle prééminent en la matière, en particulier concernant les droits et libertés (B).

A. Des critères d'appréciation posés par la Constitution

144. C'est par une opération de qualification que le Conseil apprécie la conformité de la loi à la Constitution. La qualification va consister pour le juge à *« mettre l'acte ou le fait en équation juridique, afin de déterminer le régime auquel il se trouve soumis »*[379], ce qui revient plus généralement à caractériser la disposition contestée en lui attribuant une qualité[380] au regard de la norme constitutionnelle invoquée. Ces qualités recherchées par le juge vont prendre la forme de **critères** : par

[379] « Qualifier », *TLFI*, A., 1., a), *op. cit.*
[380] *Ibid.*

exemple, le juge va se demander s'il existe un *lien indirect* entre l'amendement contesté et le reste de la loi, s'il existe une *différence de situation* justifiant une différence de traitement ou bien s'il n'existe pas une *rupture caractérisée* de l'égalité devant les charges publiques. Ce sont ces éléments de qualification, ces critères, qui vont fournir au juge les instruments de son appréciation.

145. La qualification peut ainsi prendre des formes variées : elle peut d'abord conduire le juge à vérifier qu'une **condition** est remplie, par exemple lorsque l'article 8 de la Déclaration de 1789, tel qu'interprété par le Conseil constitutionnel, pose le principe de *non-rétroactivité* des peines et des sanctions ayant le caractère d'une punition. Elle peut plus spécifiquement consister à **faire entrer un élément dans une catégorie**[381] : le juge administratif le fait lorsqu'il se demande si un comportement constitue *une faute* et le Conseil lorsqu'il s'interroge sur la question de savoir si une distinction effectuée par la loi, par exemple entre entreprises nationales et étrangères, constitue une *différence de situation* au regard de l'objet de la loi. Enfin, tant le juge administratif que constitutionnel font un large usage d'une autre technique consistant à apprécier l'existence d'un **rapport de mesure**. C'est le cas lorsque le Conseil s'interroge sur la *proportionnalité de l'atteinte* portée par une loi à un droit ou une liberté.

146. Ces techniques ne sont pas exclusives les unes des autres et peuvent être utilisées simultanément ou successivement : ainsi en est-il lorsque le juge administratif utilise la technique du « bilan coûts – avantages » pour apprécier le caractère *d'utilité publique* d'une DUP ou lorsque le Conseil combine l'exigence d'un *motif d'intérêt général* justifiant l'atteinte à un droit ou une liberté à celle d'une *absence de disproportion manifeste* de l'atteinte au regard de l'objectif poursuivi par le législateur.

147. Tant les dispositions relatives aux pouvoirs publics que celles concernant les droits et libertés contiennent **ces critères qui vont guider le Conseil constitutionnel dans son appréciation et réduire sa « marge de partialité ».** Les

[381] « *Opération intellectuelle d'analyse juridique, outil essentiel de la pensée juridique, consistant à prendre en considération l'élément qu'il s'agit de qualifier (fait brut, acte, règle, etc.) et à le faire entrer dans une catégorie juridique préexistante (d'où résulte, par rattachement, le régime juridique qui lui est applicable) en reconnaissant en lui les caractéristiques essentielles de la catégorie de rattachement. Opération de l'esprit consistant à revêtir une donnée concrète de la qualité qui détermine son régime et ses conséquences juridiques, en le rattachant, par nature, à la catégorie abstraite dont il possède les critères distinctifs* » (« Qualification », G. CORNU (dir.), ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*).

dispositions concernant l'organisation des pouvoirs fourmillent de conditions posées à l'exercice de ceux-ci : les amendements ne sont recevables en première lecture que s'ils ont *un lien au moins indirect* avec le texte déposé ou transmis[382], le droit de vote des membres du Parlement est *personnel*[383], le Gouvernement peut, *pour l'exécution de son programme*, demander au Parlement *l'autorisation* de prendre par ordonnances, pendant un *délai limité*, des mesures qui sont normalement du *domaine de la loi*[384].

148. Ces conditions sont d'ailleurs bien souvent précisées par une loi organique à laquelle la Constitution renvoie fréquemment. Un exemple pourrait être tiré de la décision du 11 août 1960[385] : c'est alors en vertu de l'article 4 de l'ordonnance du 2 janvier 1959 portant loi organique relative aux lois de finances[386] que le Conseil s'interroge sur la question de savoir si la redevance radio-télévision constitue une *taxe parafiscale*, puisque de cette qualification dépend sa soumission à un régime annuel d'autorisation par le Parlement.

149. Les articles relatifs aux droits et libertés sont eux aussi accompagnés de qualifications sur lesquelles le juge peut fonder son appréciation de la constitutionnalité de la loi : pour le principe d'égalité, l'article 1er de la Constitution interdit les discriminations fondées sur *l'origine, la race ou la religion* tandis que l'article 1er de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen précise que les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur *l'utilité commune*. Néanmoins, l'article 6 de la Déclaration de 1789, très utilisé par le Conseil, se contente d'énoncer que la loi doit être la *même pour tous*, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse[387]. Le droit de grève s'exerce quant à lui *dans le cadre des lois qui le règlementent*[388] tandis qu'il ne peut être porté atteinte au droit de propriété qu'en cas de *nécessité publique* et à la condition d'une *juste et préalable indemnité*[389]. Enfin, la loi ne doit établir que des peines *strictement et évidemment nécessaires*[390]…

150. Ces qualifications constituent **un cadre** pour l'appréciation du juge. Nous avons pu démontrer, concernant la liberté d'interprétation du Conseil, que le degré de

[382] Const. 1958, art. 45.
[383] Const. 1958, art. 27.
[384] Const. 1958, art. 38-1.
[385] CC, 1960-8 DC, 11 août 1960, *Loi de finances rectificative pour 1960*, §1.
[386] Ordonnance n° 59-2 du 2 janvier 1959 *portant loi organique relative aux lois de finances*, *JORF* n° 2 du 2 et 3 janvier 1959, p. 180, art. 4 (abrogé).
[387] Cet article apporte néanmoins des précisions sur ce principe en ce qui concerne les emplois publics, mais aucun critère général n'est posé.
[388] Préamb. 1946, al. 7.
[389] DDHC 1789, art. 17.
[390] DDHC 1789, art. 8.

précision plus ou moins grand du texte constitutionnel avait un impact sur sa liberté : ainsi l'article 61-1 de la Constitution, qui limite le contrôle du Conseil aux droits et libertés que la Constitution garantit, délimite plus précisément le champ de son contrôle que l'article 61. Il en est de même pour la liberté d'appréciation du Conseil : si les critères d'appréciation sont plus précis, la liberté d'appréciation du juge est moindre et donc le risque de partialité s'en trouve réduit.

151. Sur ce point, il apparaît logiquement que les critères posés par les articles relatifs aux pouvoirs publics sont **globalement plus précis** que ceux posés par les dispositions relatives aux droits et libertés : les uns ont une **visée technique** et les autres idéologique. Un exemple pourrait concerner l'exercice du droit d'amendement pour lequel il est énoncé à l'article 45 de la Constitution que tout amendement est recevable *en première lecture* dès lors qu'il présente un *lien, même indirect*, avec le texte déposé ou transmis.

152. Cet exemple montre cependant toute la relativité de la contrainte des textes. En effet, cette formulation est issue de la révision constitutionnelle de 2008. Le but des parlementaires à l'initiative de cette formulation était de remettre en cause la jurisprudence du Conseil dont la sévérité s'était renforcée durant les années 2000[391]. Néanmoins, la liberté d'appréciation du Conseil ne s'en est pas vraiment trouvée limitée. Comme le note D. Chamussy en 2013, « *S'il rejette fréquemment les griefs fondés sur l'absence de lien direct, il n'en a pas moins réaffirmé sa vigilance, et ce, dès l'examen des modifications apportées aux règlements des assemblées* »[392]. La politique jurisprudentielle de sévérité à l'égard des cavaliers législatifs n'a pas été tempérée par cette modification textuelle qui est même venue fonder la jurisprudence du Conseil en la matière[393]. Ce constat est tout à fait logique dans une optique réaliste : le texte est

[391] Voir SERVICES DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL, « État de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur le droit d'amendement », juillet 2007, p. 4-5, disponible sur : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/pdf/Conseil/droitamd.pdf>. Voir l'intervention de J.-L. Warsmann lors de l'examen du projet de loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008, deuxième séance du 9 juillet 2008, Assemblée nationale : « *Nous voulons ainsi remettre en cause la jurisprudence du Conseil constitutionnel, qui, ces dernières années, a restreint notre liberté d'amendement en première lecture* ».

[392] Voir D. CHAMUSSY, « La procédure parlementaire et le Conseil constitutionnel », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 38, 2013/1, p. 43. Voir aussi, plus récemment, J. MAÏA, « Le contrôle des cavaliers législatifs, entre continuité et innovations », *Titre VII* [en ligne], n° 4, avril 2020.

[393] Comme le souligne D. CHAMUSSY : « *La "traque" des cavaliers est donc une composante emblématique du contrôle de la procédure parlementaire. Elle se revendique désormais, y compris pour les cavaliers législatifs, d'un fondement textuel. Elle entend contribuer à la cohérence des textes de loi et protéger le Parlement lorsqu'elle sanctionne - ce qui n'est pas rare - des amendements gouvernementaux*

porteur de plusieurs significations et la référence à la volonté du constituant n'est qu'une méthode d'interprétation parmi d'autres. Le Conseil, exerçant sa liberté interprétative, a ici préservé sa liberté d'appréciation.

153. On notera cependant, sans surprise, l'imprécision particulière des critères accompagnant les dispositions relatives aux droits et libertés. Comme les notions auxquelles renvoient ces textes (la liberté, l'égalité...), les critères accompagnant les droits et libertés renvoient eux-mêmes à des notions de nature philosophique, à des idées plutôt qu'à des actes concrets. Par exemple l'article 1er de la Déclaration de 1789 se contente d'énoncer que les atteintes au principe d'égalité ne peuvent être fondées que sur *l'utilité commune*, tandis que l'article 1er de la Charte de l'environnement proclame que chacun a le droit de vivre dans un environnement *équilibré* et *respectueux de la santé*. Si l'appréciation du Conseil reposait au cas par cas sur ces seuls critères, elle serait particulièrement libre et la place laissée à la subjectivité du juge très forte. Néanmoins, le Conseil constitutionnel, exerçant sa liberté d'interprétation, a lui-même défini et mis en place des critères d'appréciation permettant de **concrétiser** les critères posés par les textes.

B. Des critères largement complétés par la jurisprudence

154. Lorsque le juge choisit de donner une signification à un texte, il exerce sa liberté interprétative mais se contraint en même temps pour l'avenir, par exemple en posant des critères conditionnant la reconnaissance de nouveaux PFRLR. Le même processus peut être constaté pour l'appréciation : **exerçant sa liberté interprétative, le juge encadre aussi son appréciation en fixant les critères de celle-ci** : ce sont les *normes de concrétisation*[394]. La jurisprudence joue ainsi un rôle clé dans l'encadrement de la liberté d'appréciation du Conseil, en précisant les conditions d'application des dispositions relatives aux pouvoirs publics (1) et surtout en posant des critères permettant de rationaliser le contrôle du respect des droits et libertés (2).

---

déposés par ce biais pour contourner la consultation du Conseil d'État, la délibération du conseil des ministres et le passage devant la commission compétente » (*Ibid.*, p. 45).

[394] Voir M. HEITZMANN-PATIN, *Les normes de concrétisation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, LGDJ, p. 11 : « *le juge constitutionnel produit des normes générales qui vont à la fois concrétiser les normes de référence, parce qu'elles en donnent un mode d'emploi et en précisent ainsi les conditions d'application, et mener à la concrétisation-décision, parce qu'elles sont des outils de contrôle constituant un moyen pour le juge d'opérer son contrôle* ».

1. L'organisation des pouvoirs publics précisée

155. Si les dispositions constitutionnelles relatives aux pouvoirs publics sont dotées d'un certain degré de précision, nous avons rappelé qu'il faut replacer ce constat dans une optique réaliste selon laquelle le texte constitutionnel ne prend véritablement sens qu'à travers l'interprétation authentique. Pour cette raison, la jurisprudence du Conseil joue un rôle prééminent, non seulement dans la détermination du sens du texte constitutionnel, mais aussi dans la mise en place des critères d'appréciation utilisés par le juge constitutionnel.

156. Un premier exemple peut être tiré de la jurisprudence portant sur le contrôle des **irrecevabilités financières**. Selon l'article 40 de la Constitution, les propositions et amendements formulés par les membres du Parlement ne sont pas recevables lorsque leur adoption aurait pour conséquence soit une *diminution des ressources publiques,* soit la *création ou l'aggravation d'une charge publique*. Deux conditions sont ainsi posées par les textes à la recevabilité des propositions et amendements d'origine parlementaire et les modalités d'appréciation de ces conditions ont été précisées par le Conseil qui a d'abord posé la règle du « préalable parlementaire » : pour que le Conseil accepte d'examiner la question de la recevabilité, la première chambre devant laquelle le texte a été déposé doit avoir elle-même été saisie de cette question[395], ce contrôle de recevabilité préalable devant être « *effectif et systématique au moment du dépôt de tels amendements* »[396], y compris auprès de la commission saisie au fond[397].

157. Le Conseil a aussi pu préciser spécifiquement ce que signifiaient les deux conditions posées : les dépenses du Sénat font partie des charges de l'État[398] et l'interdiction d'augmenter les charges publiques est absolue : un amendement parlementaire ne peut compenser une dépense par l'affectation de ressources nouvelles[399]. À l'inverse, si la diminution d'une ressource publique peut être compensée par une autre ressource, celle-ci doit être réelle, bénéficier aux mêmes collectivités ou

---

[395] CC, 77-82 DC, 20 juillet 1977, *Loi tendant à compléter les dispositions du code des communes relatives à la coopération intercommunale et notamment de ses articles 2, 4, 6 et 7,* §2 ; CC, 83-164 DC, 29 décembre 1983*, Loi de finances pour 1984*, §42.

[396] CC, 2006-544 DC, 14 décembre 2006, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2007*, §13. En l'espèce, le Conseil constatait qu'un tel contrôle n'avait pas été mis en place au Sénat.

[397] CC, 2009-581 DC, 25 juin 2009, *Résolution tendant à modifier le règlement de l'Assemblée nationale*, §37 et 38.

[398] CC, 2003-476 DC, 24 juillet 2003, *Loi organique portant réforme de la durée du mandat et de l'âge d'éligibilité des sénateurs ainsi que de la composition du Sénat*, §2 à 4.

[399] CC, 63-21 DC, 12 mars 1963, *Loi portant réforme de l'enregistrement, du timbre et de la fiscalité immobilière*, §2 et 3.

organismes que ceux au profit desquels est perçue la ressource qui fait l'objet d'une diminution et la compensation doit être immédiate[400].

158. La jurisprudence vient ainsi poser une série de sous-critères permettant de préciser les textes. Le Conseil, exerçant sa liberté interprétative, pose des jalons clairs à son appréciation future. Cela met en valeur la richesse de la jurisprudence, sa contribution essentielle dans le processus d'appréciation du juge. La jurisprudence se constitue en « entonnoir » naturel, poussant le juge vers un cheminement intellectuel spécifique **jalonné de repères extérieurs à sa subjectivité**. L'importance de cet encadrement jurisprudentiel est encore plus marquée pour les droits et libertés du fait de l'imprécision des textes.

2. Le contrôle des atteintes aux droits et libertés rationalisé

159. C'est par le biais des considérants de principe[401] que le Conseil a mis en place les critères venant « rationaliser » son contrôle des droits et libertés. Utilisant son pouvoir d'interprétation, le juge conditionne pour l'avenir l'appréciation qu'il fera ensuite de la constitutionnalité de la loi. Nous reprenons ce terme utilisé par N. Belloubet pour souligner ce cadre extérieur à la subjectivité du juge que représentent les considérants de principe :

> *À l'écriture quasi immuable, ils soutiennent la démonstration constitutionnelle et en rappellent le cadre. Écrits pour chacune des normes constitutionnelles de référence (principe d'égalité, liberté contractuelle, droit de propriété…) ils assurent la stabilité des décisions, affermissent la sécurité juridique en conférant une forte prévisibilité à la jurisprudence constitutionnelle*[402].

160. Alors que nous avons pu remarquer la très grande imprécision de la Constitution concernant les droits et libertés, la jurisprudence vient largement préciser leur contenu et leurs modalités d'application. Ainsi en est-il du principe d'égalité devant la loi : l'article 6 de la Déclaration de 1789, selon lequel la loi « *doit être la même pour*

[400] CC, 76-64 DC, 2 juin 1976, *Résolution tendant à modifier et à compléter certains articles du règlement du Sénat*, §1 ; CC, 99-419 DC, 9 novembre 1999, *Loi relative au pacte civil de solidarité*, §14 à 16.

[401] À noter que M. Heitzmann-Patin distingue le considérant de principe de la norme de concrétisation : un considérant de principe peut contenir autre chose qu'une norme de concrétisation et une norme de concrétisation peut ne pas être insérée dans un considérant de principe (Voir M. HEITZMANN-PATIN, *Les normes de concrétisation...*, *op. cit*., p. 163-168).

[402] N. BELLOUBET, « La motivation des décisions du Conseil constitutionnel : justifier et réformer », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 55-56, juin 2017, p. 10.

tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse » est particulièrement vague et pourtant très utilisé par le Conseil. Cependant le juge a lui-même pallié cette imprécision en élaborant des critères généraux permettant de tracer la frontière entre rupture et respect de ce principe. Ces critères sont résumés dans un considérant aujourd'hui classique[403].

161. Plus largement, le Conseil a, au fil des décisions, défini les critères parfois très imprécis posés par la Constitution. Un exemple pourrait concerner les catégories de « service public national » et de « monopole de fait » énoncées à l'alinéa 9 du Préambule de 1946 selon lequel « *Tout bien, toute entreprise, dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait, doit devenir la propriété de la collectivité* ». Alors que la Constitution ne définit pas ces critères pourtant déterminants, puisque permettant à l'État de nationaliser une entreprise et surtout aujourd'hui de la transférer du secteur public au secteur privé, le Conseil constitutionnel, faisant usage de sa liberté d'interprétation, les a lui-même définis :

> *Considérant que la notion de monopole de fait visée dans le neuvième alinéa précité du Préambule de la Constitution de 1946 doit s'entendre* compte tenu de l'ensemble du marché *à l'intérieur duquel s'exercent les activités des entreprises* ainsi que de la concurrence *qu'elles affrontent dans ce marché de la part de l'ensemble des autres entreprises ; qu'on ne saurait prendre en compte les positions privilégiées que telle ou telle entreprise détient* momentanément *ou à l'égard d'une production qui ne représente* qu'une partie de ses activités[404].

Comme l'a explicité le Conseil dans le commentaire de sa décision *Loi relative au secteur de l'énergie*[405], cela signifie qu'une entreprise ne sera considérée comme un monopole de fait qu'à deux conditions cumulatives : elle doit *détenir une position dominante dans un secteur clé de l'économie nationale* et ce secteur doit représenter *la majeure partie* de son activité.

---

[403] « *Aux termes de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, la loi "doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse". Le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit* » (CC, 2009-578 DC, 18 mars 2009, *Loi de mobilisation pour le logement et la lutte contre l'exclusion*, §2).

[404] CC, 86-207 DC, 26 juin 1986, *Loi autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social*, §55.

[405] CC, 2006-543 DC, 30 novembre 2006, *Loi relative au secteur de l'énergie*, commentaire, p. 6, disponible sur : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2006543DCccc_543dc.pdf>.

162. La jurisprudence relative à la notion de service public national est plus complexe : le Conseil distingue d'abord entre services publics constitutionnels (du type justice, défense, diplomatie, police) découlant de règles constitutionnelles, et services publics classiques. Les services publics constitutionnels sont insusceptibles de privatisation[406]. Pour les autres activités, les pouvoirs réglementaire et législatif bénéficient d'une large liberté d'appréciation, le contrôle se limitant à l'erreur manifeste d'appréciation[407]. En revanche, le juge contrôle leur privatisation et vérifie que le législateur les a effectivement privés *des caractéristiques* faisant de ces services un service public national, c'est-à-dire « *un service public dont l'organisation a été fixée au niveau national par la loi et qui a été confié par le législateur à une seule entreprise* »[408]. Le Conseil a récemment eu l'occasion de faire usage de ces normes de concrétisation dans le contexte de la privatisation d'Aéroports de Paris[409], concluant à l'inexistence d'un monopole de fait ou d'un service public national. Cette décision montre tout l'intérêt des normes de concrétisation : par cette jurisprudence abondante comprenant une série de critères et de sous-critères, le Conseil a rendu applicables à la réalité actuelle des notions pensées en 1946.

163. Cette rationalisation du contrôle des droits et libertés détache le juge du flou des textes, en lui fournissant un « *mode d'emploi* »[410], une partition à suivre dans l'appréciation de la conformité de la loi à la Constitution, **ce faisant réduisant la place laissée à l'expression de sa partialité.** Cette rationalisation opérée par les critères connaît cependant certaines limites du fait de la nécessaire subjectivité de l'opération d'appréciation.

---

[406] CC, 86-207 DC, 26 juin 1986, *Loi autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social*, §53.
[407] CC, 2019-1 RIP, 9 mai 2019, *Proposition de loi visant à affirmer le caractère de service public national de l'exploitation des aérodromes de Paris*, §9.
[408] CC, 2006-543 DC, 30 novembre 2006, *Loi relative au secteur de l'énergie*, commentaire, p. 9, disponible sur : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2006543DCccc_543dc.pdf>.
[409] CC, 2019-1 RIP, 9 mai 2019, *Proposition de loi visant à affirmer le caractère de service public national de l'exploitation des aérodromes de Paris*, §9 ; CC, 2019-781 DC, 16 mai 2019, *Loi relative à la croissance et à la transformation des entreprises*, §40 à 52.
[410] M. HEITZMANN-PATIN, *Les normes de concrétisation…*, *op. cit*., p. 41 et s.

§II. Les limites de la rationalisation opérée par les critères

164. Le principe est que les critères d'appréciation font partie des **limites au-delà desquelles la partialité du juge ne peut s'exprimer**. Si un critère n'est manifestement pas rempli, le juge doit s'incliner, peu importent ses préférences personnelles ou les pressions qui sont exercées sur lui. En cela, les critères réduisent la « marge de partialité » du juge. La réalité est cependant complexe et les critères d'appréciation, bien qu'existants, constituent une barrière relative à la partialité du juge parce que le contrôle effectué par le Conseil constitutionnel n'est pas une activité logique, de connaissance, mais une **activité pragmatique**, ancrée dans la réalité sociale et laissant donc toute sa place à l'expression de la subjectivité des juges. Les critères ne sont pas de simples cases à cocher, l'opération de qualification n'a rien de mécanique et est au contraire le **cœur de l'activité juridictionnelle** et le **lieu privilégié d'expression de la subjectivité du juge**[411].

165. Ainsi, alors que les critères prétendent offrir un mode d'emploi au juge, l'opération d'appréciation est tout sauf un procédé linéaire, à la fois du fait de la complexité factuelle des questions posées (A) et de la nécessaire relativité de cette opération (B).

A. L'impuissance des critères à réduire la complexité de la réalité

166. L'opération de qualification constitue par nature un espace de liberté pour le juge qui va se saisir d'un matériau « brut » et faire entrer certains de ses éléments dans une catégorie abstraite. À partir du moment où le contenu de la loi doit être pesé, jugé, apprécié, la subjectivité du juge intervient : « *le Conseil ne substitue pas une appréciation objective, qui serait la sienne, à une appréciation subjective, qui serait celle du législateur* »[412].

167. En effet, la jurisprudence a beau poser des critères doublés de sous-critères, la réponse à la question posée dépendra toujours *in fine* d'une pesée des éléments de la loi, particulière et nouvelle, par le juge. Le juge constitutionnel n'est pas le juge pénal ou civil : il ne juge pas des faits, même dans le cadre de la QPC. Pourtant, les

[411] Nous n'assimilons pas subjectivité et partialité, voir *supra* §27.
[412] D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel, op. cit.*, p. 496. Il ajoute : « *Il lui oppose seulement sa propre conception des discriminations légitimes* [...] ».

« *faits réels* »[413] sont présents dans le contrôle de constitutionnalité, et ce même dans le cadre du contrôle *a priori,* parce que la loi elle-même est une norme ancrée dans la réalité. La loi vise directement à régir des comportements, de la mise en place par le préfet d'une zone de protection ou de sécurité dans laquelle les déplacements des personnes et des véhicules peuvent être limités ou interdits[414] à l'autorisation donnée au Gouvernement par le Parlement d'intervenir dans le domaine de la loi par voie d'ordonnance en vertu de l'article 38. C'est ce qu'explique J. Lenoble :

> *il est de la nature de toute opération d'application d'une règle de ne pouvoir être tout entière conditionnée ou prédéterminée par la règle à appliquer. C'est qu'en effet, observe-t-on, « la règle ne peut pas* [...] *aller jusqu'à énoncer ses propres cas d'application ». Une irréductible indétermination sémantique existe qui tient à la fois à la nature du langage et aux limites de capacité d'anticipation humaine*[415].

En effet, les données du problème sont toujours nouvelles : l'objectif de la loi est-il d'intérêt général ? L'indemnité est-elle juste et préalable ? L'atteinte est-elle manifestement disproportionnée ? C'est dans l'opération d'appréciation que la règle se heurte le plus directement à toute la complexité de la réalité.

168. Prenons l'exemple de l'appréciation par le Conseil du caractère « juste » de l'indemnité dans la décision *Nationalisations* du 16 janvier 1982. Dans cette décision ayant nécessité neuf jours de délibérations, le Conseil censure le mode de calcul de l'indemnité qui avait été validé par le Conseil d'État après avoir examiné dans le détail ses modalités d'application. Ainsi, alors que le législateur a prévu de fonder l'indemnisation sur une moyenne des cours de bourse sur une certaine période, critère dont l'uniformité est corrigée par un certain nombre de sous-critères censés tenir compte des particularités des sociétés concernées, le Conseil constate quant à lui que

> *cette fin est inégalement atteinte par les dispositions présentement examinées ; qu'en particulier, la référence à la situation nette comptable sans prise en compte des actifs des filiales ainsi que la référence au bénéfice net moyen sans prise en compte des bénéfices des filiales conduisent pour les sociétés en cause à des résultats très différents déterminés non par la différence de données économiques et financières objectives mais par la diversité des techniques de gestion et des méthodes de présentation*

---

[413] « Pragmatique », TLFI, *op. cit.,* B.-1.a) : « *Qui concerne les faits réels, l'action et le comportement que leur observation et leur étude enseignent* ».
[414] CC, 2017-684 QPC, 11 janvier 2018, *Association La cabane juridique / Legal Shelter et autres [Zones de protection ou de sécurité dans le cadre de l'état d'urgence]*.
[415] J. LENOBLE, « La question de l'application en droit au-delà d'une approche herméneutique », *in Mélanges Jacques Van Compernolle*, Bruylant, 2004, p. 364.

comptable suivies par les sociétés qui, en elle-même, ne devrait pas avoir d'influence sur l'évaluation des indemnités [...][416].

Le raisonnement du Conseil se poursuit longuement sur cette question qui est aussi minutieusement discutée dans les délibérations[417]. Cet exemple montre à quel point le contrôle du Conseil est ancré dans les faits et à quel point cet ancrage dans les faits mène en réalité le juge sur le **terrain de l'opportunité**, au-delà des critères d'appréciation posés : « *Nous sommes ici, il est vrai, aux bornes du contrôle de l'opportunité et du contrôle de constitutionnalité* »[418] constatent les rédacteurs des *Grandes décisions* à propos de cette décision, mais peut-on véritablement distinguer constitutionnalité et opportunité ? Dans cette décision comme dans tant d'autres, le juge constitutionnel s'interroge sur « *ce qui convient à la situation du moment* »[419], au regard d'une loi et donc d'une situation particulière et unique. Un tel contrôle emporte nécessairement une large part de subjectivité.

169. Il pourrait être avancé que cette complexité factuelle des questions posées au Conseil s'est accentuée dans le cadre de la QPC puisque la loi examinée est la loi telle qu'elle est effectivement appliquée et interprétée par la Cour de cassation et le Conseil d'État[420]. De plus le Conseil prend en compte les conséquences de ses décisions sur l'ordre juridique existant, en aménageant les effets de ses décisions. Néanmoins, le contrôle effectué dans le cadre de la QPC présente aussi des avantages puisque les juges disposent d'informations plus tangibles et plus précises sur les effets de la loi que dans le cadre du contrôle *a priori*[421], comme en témoigne en particulier la décision *Garde à vue*[422].

---

[416] CC, 81-132 DC, 16 janvier 1982, *Loi de nationalisation*, §56.

[417] Voir notamment les p. 21 et 22 du compte rendu des séances du 12 et 21 décembre 1981 et des 06, 07, 08, 09, 11, 15 et 16 janvier 1982, disponible sur : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/decisions/PV/pv1981-12-12-21_1982-01-06-07-08-09-11-15-16.pdf>.

[418] L. FAVOREU, L. PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 15e éd., Dalloz, 2009, p. 385.

[419] « Opportun », *TLFI*, *op. cit.,* A.

[420] CC, 2010-39 QPC, 6 octobre 2010*, Mmes Isabelle D. et Isabelle B. [Adoption au sein d'un couple non marié]*, §2.

[421] Voir notamment le témoignage de N. Lenoir : « *Même dans le cadre du contrôle a posteriori, la législation fiscale en particulier suscite en raison de sa complexité des difficultés de compréhension. Madame Sandra O'Connor, juge à la Cour Suprême des États Unis, indique dans une interview publiée dans les Cahiers du Conseil Constitutionnel qu'en matière fiscale, la Cour Suprême fait appel à des* amicus curiae. *Il convient d'éviter au juge, souligne-t-elle, de devoir se " prononcer, en toute innocence, dans un sens risquant d'engendrer de grandes incertitudes chez les experts fiscalistes ". Quant au juge constitutionnel français, il est contraint de se livrer parfois à de délicates projections mathématiques pour pouvoir mesurer les implications de dispositions économiques ou fiscales qui n'ont jamais encore*

170. Ces considérations sont cependant relatives parce que tout dépend, *in fine*, du **contexte d'application des critères**, que ce soit dans le cadre du contrôle *a priori* ou de la QPC. Ainsi il y a parfois des cas (relativement) faciles devant le juge constitutionnel français. Par exemple, dans la décision n° 2017-689 QPC[423] qui concernait l'inscription des loueurs professionnels au registre du commerce pour bénéficier d'une exonération d'impôt, le Conseil a facilement identifié une différence de situation qui n'était pas en rapport avec l'objet de la loi : seules les personnes inscrites au registre du commerce bénéficiaient de l'exonération alors que le fait de louer un appartement meublé n'est pas une activité de commerce mais une activité civile selon une jurisprudence constante de la Cour de cassation[424]. Ici, l'absence de lien avec l'objet de la loi, qui était de lutter contre l'évasion fiscale, et plus précisément d'éviter que les loueurs occasionnels bénéficient de l'exonération, apparaît clairement[425]. De même, malgré la subjectivité d'un critère comme celui de l'objectif d'intérêt général de la loi, cet intérêt général est parfois facilement identifiable, par exemple lorsqu'une activité régalienne est concernée. À l'inverse, le caractère manifestement disproportionné d'une atteinte peut n'avoir rien d'évident[426] alors même que la disproportion manifeste est censée sauter aux yeux du non-spécialiste[427]. Ces quelques exemples montrent que la rationalité reconnue aux critères **dépend plus du cas en cause que du degré d'objectivité des critères eux-mêmes**[428]. Les critères sont impuissants à réduire la complexité de la réalité[429].

été appliquées » (N. LENOIR, « Le métier de juge constitutionnel », extrait de "Le débat", n°114, mars-avril 2001, disponible sur : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/le-conseil-constitutionnel/les-membres-du-conseil/les-membres-depuis-1959/temoignages-d-anciens-membres/le-metier-de-juge-constitutionnel.25704.html>).

[422] Dans cette décision le Conseil énonce des données statistiques précises dans l'examen du changement dans les circonstances du fait (CC, 2010-14/22 QPC, 30 juillet 2010, *M. Daniel W. et autres [Garde à vue]*). Voir l'analyse de S. SALLES, *Le conséquentialisme dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, LGDJ, 2016, p. 66-68.

[423] CC, 2017-689 QPC, 8 février 2018, *M. Gabriel S. [Inscription au registre du commerce et des sociétés des loueurs en meublé professionnels]*.

[424] *Ibid.*, commentaire, p. 4.

[425] Cette appréciation n'est pas « claire » au sens où elle est la seule possible mais au sens où elle se comprend aisément.

[426] D. Rousseau en donne quelques exemples dans son manuel : « *Le Conseil constitutionnel juge par exemple qu'il y a erreur manifeste lorsque l'écart démographique entre circonscriptions est de 2,13, mais non lorsqu'il est de 1,83 ; ou lorsque la région de Nouméa a un représentant pour 4 728 habitants, mais non lorsqu'elle a un représentant pour 4 052 habitants* » (D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, p. 369. Les décisions citées sont : CC, 85-196 DC, 8 août 1985, *Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie* ; CC, 85-197 DC, 23 août 1985, *Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie*).

[427] CE, 42.259, 42.260, 15 février 1961, *Lagrange*.

[428] Voir M. VAN DE KERCHOVE, « La doctrine du sens clair des textes et la jurisprudence de la Cour de cassation de Belgique », *in* M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *L'interprétation en droit, approche*

Ensuite, les critères reflètent le relativisme de l'appréciation constitutionnelle qui fonctionne non pas selon une logique déductive, mais raisonnable et dialectique.

B. Des critères reflétant le relativisme de l'appréciation constitutionnelle

171. C. Perelman s'appuie dans son ouvrage *Logique juridique : nouvelle rhétorique* sur les travaux d'autres auteurs, notamment de J. Moreau dont il cite l'analyse de l'Euthyphron de Platon. Cette brillante analyse met en lumière les vertus de la dialectique dans la résolution des problèmes pratiques où sont engagées les valeurs :

> *On ne discute pas, en effet, de ce qui peut être déterminé objectivement, par des procédés incontestables. Si nous différions d'avis, toi et moi, dit Socrate à Euthyphron, sur le nombre (des œufs dans un panier), sur la longueur (d'une pièce d'étoffe) ou sur le poids (d'un sac de blé), nous ne nous disputerions pas pour cela ; nous n'entamerions pas une discussion ; il nous suffirait de compter, de mesurer ou de peser, et notre différend serait résolu. Les différends ne se prolongent et ne s'enveniment que là où nous manquent de tels procédés de mesure, de tels critères d'objectivité ; c'est le cas, précise Socrate, quand on est en désaccord sur le juste et l'injuste, le beau et le laid, le bien et le mal, en un mot sur les valeurs. Or, si l'on veut éviter en pareil cas que le désaccord ne dégénère en conflit et ne soit résolu par la violence, il n'est d'autre moyen que d'avoir recours à une discussion raisonnable. La dialectique, art de la discussion, apparaît comme la méthode appropriée à la solution des problèmes pratiques, ceux qui concernent les fins de l'action et où sont engagées des valeurs* [...][430].

Le droit véhicule sans cesse des valeurs, qui sont les finalités poursuivies par les différents acteurs produisant ce droit, c'est ce qu'ils estiment « *désirable ou estimable* »[431]. Le bloc de constitutionnalité[432] est un ensemble d'orientations

---

pluridisciplinaire, Presses de l'Université Saint-Louis, 1978, disponible sur : <https://books.openedition.org/pusl/8879?lang=fr>.

[428] P. COPPENS, *Normes et fonction de juger*, LGDJ ; Bruylant, 1998, p. 110.

[429] Voir L. K. Sosoe : « *Le monde est complexe. L'appréhender dépasse les capacités de l'être humain. Ce dernier peut tout de même avoir accès à la saisie d'une portion de cette complexité et tenter ainsi de la "connaître". Cette saisie d'une portion du réel s'appelle réduction de la complexité. Connaître, c'est réduire la complexité d'un monde dont la constitution dépasse nos capacités. L'accès à cette saisie d'une portion du réel ne nous est donné qu'à travers la catégorie de système et, par implication, à travers celle d'environnement* » (L. K. SOSOE, « Préface », *in* N. LUHMANN, *La légitimation par la procédure*, Cerf ; Les Presses de l'Université Laval, 2001, p. XVIII).

[430] J. MOREAU, « Rhétorique, dialectique et exigence première », *Logique & Analyse*, vol. 6, n° 21-24, 1963, p. 207, disponible sur : <http://virthost.vub.ac.be/lnaweb/ojs/index.php/LogiqueEtAnalyse/article/view/190>.

[431] « Caractère, qualité de ce qui est désiré, estimé parce que donné et jugé comme objectivement désirable ou estimable » (« Valeur », TLFI, op. cit., V.A.).

idéologiques et la loi véhicule elle aussi des valeurs : par principe sa finalité est l'intérêt général et cet intérêt général peut prendre de multiples formes. Ainsi que l'explique J. Moreau les valeurs sont par définition subjectives. Le courage, le bien, le mal, l'équité ne prennent consistance qu'à travers le jugement de l'individu. Il en est de même de l'égalité, de la sécurité, de la dignité ou de la laïcité. Comme le rappelle É. Millard, « *la connaissance des valeurs ne peut donc jamais être directe. Nous ne pouvons connaître que des jugements de valeurs* »[433].

172. Ensuite ces valeurs sont naturellement concurrentes, ce qu'illustre le bloc de constitutionnalité, dont les différents textes se fondent sur des philosophies distinctes et souvent contradictoires. Il n'y a pas d' « *harmonie idéologique* »[434] dans la Constitution comme il n'y a pas d'harmonie idéologique dans la société. Les différents textes du bloc de constitutionnels reconnaissent implicitement cette réalité en autorisant la loi à restreindre certains droits ou libertés[435] et/ou en posant directement des critères permettant d'en restreindre l'exercice[436]. Le Conseil constitutionnel a, lui aussi, élaboré une jurisprudence consacrant cette relativité des droits et libertés, à travers par exemple la création des objectifs de valeur constitutionnelle qui « *constituent un moyen pour le juge de tolérer des atteintes aux droits et libertés constitutionnels, afin d'éviter de conférer à ceux-ci un caractère absolu* »[437]. Plus globalement, il est par principe toujours possible de porter atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution, à la condition minimale de la poursuite de l'intérêt général[438].

173. Le fait pour le juge constitutionnel français de refuser de privilégier définitivement certaines valeurs au détriment d'autres est une façon pour ce dernier de préserver son impartialité. Si par exemple le Conseil choisissait de proclamer le caractère absolu du droit de propriété, cela constituerait un préjugé insurmontable pour

---

[432] Le terme de bloc est critiquable, voir D. BARANGER, « Comprendre le "bloc de constitutionnalité" », *Jus Politicum* [en ligne], n° 20-21, p. 103-128.
[433] É. MILLARD, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 2006, p. 13.
[434] Expression de l'école bruxelloise reprise par A. Essono Ovono (A. ESSONO OVONO, *Théorie de l'interprétation et pouvoir créateur du juge constitutionnel français*, Université Toulouse 1 Capitole, 2000, f. 367).
[435] Par ex. DDHC 1789, art. 4, art. 7, art. 10, art. 11, art. 17.
[436] Par ex. DDHC 1789 art. 1er, art. 4, art. 17.
[437] P. DE MONTALIVET, *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, Dalloz, 2006, p. 418.
[438] La loi ne saurait poursuivre un autre but que l'intérêt général (CC, 84-181 DC, 11 octobre 1984, *Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse*). Pour la liberté de communication et la liberté individuelle, est exigé un intérêt de valeur constitutionnelle. Voir par ex. CC, 2019-817 QPC, 6 décembre 2019, *Mme Claire L. [Interdiction générale de procéder à la captation ou à l'enregistrement des audiences des juridictions administratives ou judiciaires]*. Voir V. GOESEL-LE BIHAN, *Contentieux constitutionnel*, 2e éd., Ellipses, 2016, p. 192-194 sur les évolutions de la jurisprudence sur ce point.

l'avenir qui le rendrait nécessairement partial[439]. Bien entendu, un tel choix serait aussi considéré comme totalement illégitime[440].

174. Néanmoins, le relativisme du juge constitutionnel français a un coût : celui du compromis qui doit être constamment réalisé entre les valeurs en cause. C'est ici que les critères d'appréciation interviennent : extérieurs au juge, ils vont permettre à ce dernier de ne pas se reposer sur sa seule subjectivité, sur ses seules perceptions, pour réaliser ce compromis entre les valeurs. Ils permettent au juge d'accéder à une *objectivité de second degré* reposant sur « *l'énoncé des critères de la subjectivité* »[441]. Cependant la rationalisation[442] opérée par les critères est limitée dans la résolution de ce conflit de valeurs, comme le remarque C. Perelman. Évoquant le critère selon lequel des situations essentiellement semblables doivent être traitées de la même façon, il rappelle que « *dès que l'on veut utiliser cette règle, il faut décider si une situation nouvelle est ou n'est pas essentiellement semblable à une autre qui pourrait servir de précédent, et le recours à un jugement de valeur devient inévitable* »[443].

175. Les critères d'appréciation utilisés par le Conseil **reflètent eux-mêmes cette réalité** : la doctrine parle beaucoup aujourd'hui du contrôle de proportionnalité et de son développement exponentiel dans la jurisprudence du Conseil depuis les années 1980[444], mais ce critère de la proportionnalité, tel qu'il est conçu aujourd'hui, n'est que

---

[439] Un tel préjugé enferme entièrement le juge dans une conception très spécifique des droits et libertés. Il empêcherait dans une grande part la discussion et serait donc contraire à la logique même du procès. Voir ce qu'affirme J. Moreau à ce propos : « *Il n'est, en effet, aucun bien empirique : plaisir, honneur, richesse, talent, santé, aucun des bienfaits de la vie, ni la vie même, auquel on puisse accorder une valeur absolue, c'est-à-dire qui ne puisse en aucun cas être mise en question et telle que ce bien ne dût jamais être sacrifié à quelque autre. C'est lorsqu'il y a ainsi concurrence entre des biens, entre des valeurs réputées incontestables, qu'intervient la délibération proprement dite* » (J. MOREAU, « Rhétorique, dialectique et exigence première », *op. cit.*, p. 216).

[440] Comme le remarquent les rédacteurs des *grandes décisions* à propos de la décision IVG de 1975 : « *Le rôle du Conseil constitutionnel n'est pas de statuer sur le fond du débat. Dans cette affaire, cela l'aurait amené à trancher un problème philosophique ou religieux beaucoup plus qu'un problème juridique. Or, il n'est pas un arbitre. Il n'est pas davantage un organe de décision politique ; il est chargé de dire le droit, de veiller au respect des règles constitutionnelles dans les limites et dans les conditions fixées par la Constitution. Même lorsqu'il s'agit du respect d'un droit essentiel ou d'une liberté fondamentale, il n'a pas à affirmer le caractère absolu de tel droit ou de telle liberté* » (L. FAVOREU, L. PHILIP *et al.*, *Les grandes décisions...*, 19e éd., *op. cit.*, p. 225).

[441] Nous empruntons cette expression à X. Magnon qui l'a utilisée à propos des méthodes d'interprétation (X. MAGNON, *Théorie(s) du droit*, Ellipses, 2008, p. 56 : « *L'objectivité n'est que de second degré : toutes les méthodes ne sont pas utilisées mais, celles qui le seront, sont mentionnées. L' "objectivité" repose alors sur l'énoncé des critères de la subjectivité* »).

[442] Au sens classique du terme, d'une déduction scientifique.

[443] C. PERELMAN, *Logique juridique...*, *op. cit.*, p. 100-101.

[444] Il est exercé explicitement depuis la décision *Nationalisations* de 1982. Les auteurs ne font pas tous remonter cette première utilisation explicite à cette décision. Pour V. Goesel-Le Bihan cela date en réalité

la forme la plus aboutie et la plus raffinée, d'un critère plus ancien et plus général, fondé sur l'appréciation d'un **rapport de mesure**[445]. Ce que nous souhaitons souligner ici est que juger de l'atteinte portée à un droit ou à une liberté revient invariablement à **fixer un seuil**, selon une logique non pas rationnelle, qui renverrait à un raisonnement déductif mais selon une logique raisonnable et dialectique.

176. Cette idée de *rapport de mesure raisonnable* est en effet omniprésente dans la jurisprudence du Conseil et ce dès la première décision du Conseil censurant la violation d'une règle de fond, c'est-à-dire la décision du 26 janvier 1967 relative au principe d'inamovibilité des magistrats[446]. En l'espèce, la loi organique prévoyait que les conseillers référendaires, affectés pour une durée de dix ans à certaines fonctions, devaient à l'expiration de ce délai être affectés d'office à un emploi de magistrat du siège. Pour le Conseil, cette règle est contraire au principe d'inamovibilité des magistrats[447]. La décision est très brève sur ce point et n'explique pas le raisonnement des juges[448], mais la délibération permet de saisir la façon dont les juges apprécient la gravité de l'atteinte portée au principe de l'inamovibilité des magistrats. C'est ainsi que R. Cassin déclare que « *l'inamovibilité est faite dans le seul intérêt du justiciable. Il peut être porté atteinte à ce principe dans la mesure où l'ordre et la justice commandent de le faire mais dans des limites imposées or dans la présente affaire ces limites ont été dépassées* »[449].

---

de 1979 avec la décision du 25 juillet 1979 sur le droit de grève à la radio-télévision (V. GOESEL-LE BIHAN, *Contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, p. 214).

[445] Cette remarque est proche de celle effectuée par le professeur Rousseau à propos du contrôle de l'erreur manifeste : « *Depuis quelques années cependant, le Conseil évite d'utiliser l'expression "erreur manifeste" quelque peu désobligeante à l'endroit des parlementaires. [...] La logique de contrôle reste au demeurant la même : lorsque le législateur a dû opérer une conciliation entre deux exigences constitutionnelles, le Conseil vérifie le caractère équilibré, proportionné de la conciliation ; lorsqu'un seul principe constitutionnel est intéressé, il contrôle si les atteintes qu'y apporte la loi ne sont pas excessives* » (D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel, op. cit.,* p. 363).

[446] CC, 67-31 DC, 26 janvier 1967, *Loi organique modifiant et complétant l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature.*

[447] Dans cette décision, le Conseil consacre « *une conception rigoureuse du principe d'inamovibilité selon laquelle ce principe s'oppose, non seulement à ce que le magistrat puisse être révoqué, suspendu ou destitué en dehors des garanties prévues par le statut mais aussi à ce qu'il soit déplacé d'une juridiction à l'autre et, plus spécialement, affecté d'office par le Gouvernement* » (L. FAVOREU, L. PHILIP *et al.*, *Les grandes décisions...*, 19e éd., *op. cit.*, p. 463).

[448] « *Considérant que la faculté ainsi ouverte au Gouvernement par cette disposition, lorsque les conseillers référendaires ont atteint le terme de dix années assigné par la loi à la durée de leurs fonctions, de pourvoir d'office à leur affectation n'est pas conforme, s'agissant de magistrats du siège, au principe sus énoncé de la Constitution* » (CC, 67-31 DC, 26 janvier 1967, *Loi organique modifiant et complétant l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature*, §3).

[449] Compte rendu de la séance du 26 janvier 1967, p. 4.

177. Un nouveau texte sera voté et soumis au Conseil, selon lequel l'affectation d'office ne pourra avoir lieu que dans le cas où le magistrat, mis en mesure de faire connaître son choix, n'aura pas donné de réponse. Le Conseil constate alors :

> *L'instauration d'un ensemble de garanties de nature à concilier les conséquences découlant du caractère temporaire des fonctions de conseiller référendaire à la Cour de cassation avec le principe de l'inamovibilité des magistrats du siège, conformément aux règles rappelées par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 26 janvier 1967*[450].

En l'espèce, le seuil n'est donc pas dépassé aux yeux du Conseil : la disposition est constitutionnelle. Un autre exemple, particulièrement clair, peut être trouvé dans la décision *Fouille des véhicules* de 1977[451] :

> *Considérant que, sous réserve que soient remplies les deux conditions ci-dessus rappelées, les pouvoirs attribués par cette disposition aux officiers de police judiciaire et aux agents agissant sur l'ordre de ceux-ci pourraient s'exercer, sans restriction, dans tous les cas, en dehors de la mise en vigueur d'un régime légal de pouvoirs exceptionnels, alors même qu'aucune infraction n'aura été commise et sans que la loi subordonne ces contrôles à l'existence d'une menace d'atteinte à l'ordre public ;*
> *Considérant qu'en raison de l'étendue des pouvoirs, dont la nature n'est, par ailleurs, pas définie, conférés aux officiers de police judiciaire et à leurs agents, du caractère très général des cas dans lesquels ces pouvoirs pourraient s'exercer et de l'imprécision de la portée des contrôles auxquels il seraient susceptibles de donner lieu, ce texte porte atteinte aux principes essentiels sur lesquels repose la protection de la liberté individuelle*[452].

Cette décision précise en quoi l'atteinte portée à la liberté individuelle est en l'espèce démesurée. Si dans cette décision, l'inconstitutionnalité semble apparaître clairement au vu de l'étendue des pouvoirs conférés aux officiers de police judiciaire, la fixation d'un seuil de constitutionnalité par le juge n'a jamais rien d'évident et **laisse une forte place à l'expression de sa partialité**. En effet, comme l'illustrent ces décisions, l'appréciation d'un rapport de grandeur entre deux éléments ne peut se faire qu'au cas par cas : à chaque nouvelle disposition, les données du problème changent. Si le standard du droit ou de la liberté reste le même, la pesée des avantages et des inconvénients ne saurait être valable que pour la loi en cause, au vu de ses

[450] CC, 67-33 DC, 12 juillet 1967, *Loi organique modifiant et complétant l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature*, §1.
[451] CC, 76-75 DC, 12 janvier 1977, *Loi autorisant la visite des véhicules en vue de la recherche et de la prévention des infractions pénales.*
[452] *Ibid.,* §4 et 5.

caractéristiques propres. C'est ce que rappela G. Vedel lors de la délibération relative à la *loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie* :

> *La théorie de l'erreur manifeste est généralement très mal comprise. Dans tous ces contrôles de la régularité il y a une place pour un pouvoir d'appréciation. Toute appréciation emporte nécessairement une certaine part de subjectivité. Il s'agit d'une nécessité juridictionnelle pour laquelle il n'y a pas de barème*[453].

Un autre exemple plus récent permet d'illustrer le caractère subjectif d'un tel contrôle : la décision du 8 décembre 2017 portant sur le statut du parquet. Dans cette affaire, le Conseil concilie les « prérogatives du Gouvernement » qu'il fait découler de l'article 20 de la Constitution avec l'indépendance des magistrats notamment garantie par l'article 64 de la Constitution. Pour ce faire, le Conseil examine d'abord la façon dont s'exerce l'autorité du garde des sceaux sur le parquet : celle-ci se traduit par l'exercice d'un pouvoir de nomination et de sanction et la possibilité d'adresser au ministère public des instructions générales de politique pénale. Il examine ensuite longuement les diverses garanties d'indépendance dont bénéficie le parquet à l'égard du ministre de la justice[454]. Le Conseil en déduit « *que les dispositions contestées assurent une conciliation équilibrée entre le principe d'indépendance de l'autorité judiciaire et les prérogatives que le Gouvernement tient de l'article 20 de la Constitution* »[455].

178. Comme souvent dans les décisions du Conseil, la chute est brutale : bien que les garanties dont bénéficie le parquet soient listées de façon détaillée et les atteintes portées à son indépendance elles aussi répertoriées, le juge n'explique pas dans quelle mesure la conciliation est équilibrée. Cette décision « *d'une remarquable concision, au point que le raisonnement juridique semble elliptique* »[456] témoigne des difficultés que

---

[453] J. BONNET *et al*., *Les grandes délibérations...*, *op. cit.*, p. 573.

[454] CC, 2017-680 QPC, 8 décembre 2017, *Union syndicale des magistrats [Indépendance des magistrats du parquet]*, §12 et 13 : « *En application du troisième alinéa de ce même article 30, le ministre de la justice ne peut adresser aux magistrats du parquet aucune instruction dans des affaires individuelles. En vertu de l'article 31 du même code, le ministère public exerce l'action publique et requiert l'application de la loi, dans le respect du principe d'impartialité auquel il est tenu. En application de l'article 33, il développe librement les observations orales qu'il croit convenables au bien de la justice. L'article 39-3 confie au procureur de la République la mission de veiller à ce que les investigations de police judiciaire tendent à la manifestation de la vérité et qu'elles soient accomplies à charge et à décharge, dans le respect des droits de la victime, du plaignant et de la personne suspectée. Conformément à l'article 40-1 du code de procédure pénale, le procureur de la République décide librement de l'opportunité d'engager des poursuites. Enfin, il résulte des dispositions de l'article 5 de l'ordonnance du 22 décembre 1958 que, devant toute juridiction, la parole des magistrats du parquet à l'audience est libre* ».

[455] *Ibid.*, §14.

[456] R. LETTERON, « Magistrats du parquet : l'indépendance dans la dépendance », *Libertés, libertés chéries,* 11 décembre 2017, disponible sur : <http://libertescheries.blogspot.fr/2017/12/magistrats-du-parquet-lindependance.html>.

peut avoir le juge constitutionnel français à motiver cette conciliation sur le mode déductif. Les questions de constitutionnalité sont par elles-mêmes subjectives et les critères d'appréciation n'éliminent pas cette subjectivité initiale mais en sont au contraire le reflet comme le remarque le juge à la Cour suprême américaine S. Breyer,

> The use of values and proportionality introduces its own complexities. But those complexities often arise out of the underlying problem itself - a problem that requires a court to determine how much protection a right warrants when it conflicts with another right or critically important interest[457].

C'est ce que certains auteurs ont appelé le problème de **l'incommensurabilité des valeurs** et des intérêts en jeu[458]. Ce problème n'est pas seulement constitutionnel : tout juge devant juger de l'atteinte aux droits et libertés d'une personne y est confronté.

179. La seule façon d'échapper à la subjectivité serait pour le juge de refuser de se prononcer ou de se prononcer selon des critères d'appréciation plus objectifs mais aussi plus réducteurs. Par exemple, si le juge constitutionnel se contentait d'examiner l'existence d'un simple lien entre l'objectif poursuivi par la loi et les mesures prises, il resterait très éloigné de la question de fond posée dans cette décision, mais une telle décision ne satisferait personne. C'est ce que notait G. Vedel dans son manuel avec son habituelle justesse :

> *Tel est donc le dilemme : ou limiter le contrôle de constitutionnalité aux violations éventuelles par le législateur des règles constitutionnelles relatives aux institutions politiques et alors le contrôle n'offre pas un grand intérêt pour le simple citoyen ; ou bien l'étendre aux violations éventuelles par le législateur des droits garantis par la Constitution aux individus (et éventuellement aux groupes sociaux) et alors on permet à l'organe de contrôle d'interpréter selon ses réactions personnelles le contenu de la Constitution[459].*

---

[457] S. BREYER, Making our democracy work : a judge's view, A. A. Knopf, 2010, p. 170 (traduction libre : « *Le recours aux valeurs et à la proportionnalité induit ses propres complexités. Mais ces complexités proviennent souvent du problème de fond lui-même – un problème qui exige de la Cour de déterminer le niveau de protection qu'offre un droit lorsqu'il entre en conflit avec un autre droit ou intérêt d'importance capitale* »).

[458] Voir T. ENDICOTT, « Proportionality and Incommensurability », *in* G. HUSCROFT, B. W. MILLER, G. WEBBER (ed.), *Proportionality and the Rule of Law*, *Rights, Justification, Reasoning*, Cambridge University Press, 2014, p. 311-342.

[459] G. VEDEL, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 124. C'est aussi ce que note S. Breyer : « Other, simpler approaches come with costs attached, such as the difficulty of explaining to the public why it should accept a decision that embodies eighteenth-century factual assumptions or pure judicial intuition », S. BREYER, *Making our democracy work..., op. cit.*, p. 170 (traduction libre : « *Les autres approches, si elles sont plus simples, ont aussi un coût, comme celui d'expliquer au public*

Le relativisme de l'appréciation constitutionnelle est donc une nécessité à partir du moment où l'on conçoit la justice constitutionnelle comme un moyen de protéger les droits et libertés. Si l'on suit le raisonnement de Perelman, il faut accepter cette **logique juridique** qui *« se présente* [...] *non comme une logique formelle, mais comme une argumentation qui dépend de la manière dont les législateurs et les juges conçoivent leur mission, et de l'idée qu'ils se font du droit et de son fonctionnement dans la société* »[460].

180. Identifier la subjectivité de cette opération ne revient pas, à notre avis, à condamner la justice constitutionnelle mais à reconnaître sa profonde humanité[461] et l'inévitable risque de partialité qui accompagne cet exercice. Nous souhaitons ici souligner, non pas la spécificité de la justice constitutionnelle, mais sa proximité avec la justice « ordinaire » en particulier avec les juges suprêmes des juridictions administrative et judiciaire, lorsqu'ils sont amenés à trancher une question impliquant en même temps de trancher un conflit de valeurs. Ensuite si contrôler la constitutionnalité de la loi est une activité subjective, ce n'est pas pour autant un exercice arbitraire. Le Conseil constitutionnel subit les contraintes du système juridique et doit en particulier assurer l'acceptabilité de ses décisions, ce qui constitue une puissante limite à sa liberté d'appréciation. La contrainte de légitimité a néanmoins un impact ambivalent sur le risque de partialité.

---

pourquoi il devrait accepter une décision qui met en œuvre des idées datant du dix-huitième siècle ou la simple intuition du juge »).

[460] C. PERELMAN, *Logique juridique..., op. cit.*, p. 177.

[461] Nous pouvons relier cette idée aux propos tenus par J. Moreau : « *la certitude ne semble pouvoir être obtenue qu'au prix d'une réduction idéale, d'une abstraction transcendantale. Si la connaissance mathématique est certaine, c'est en tant qu'elle ne concerne pas immédiatement la réalité sensible, mais qu'elle s'applique à des objets idéaux, définis par la pensée. C'est parce que les théorèmes mathématiques sont des propositions hypothétiques, énonçant seulement des relations, qu'ils peuvent prétendre à une certitude absolue* » (J. MOREAU, « Rhétorique, dialectique et exigence première », *op. cit*., p. 210). Voir aussi sur ce thème H. KELSEN, *Qu'est-ce que la justice ? ;* suivi de *Droit et morale*, M. Haller, 2012, not. p. 11-40. Voir enfin le point de vue critique de D. LOCHAK, « Le contrôle de l'opportunité par le Conseil constitutionnel », *in* D. ROUSSEAU, F. SUDRE (dir.), *Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme*, Paris : Éd. STH, 1990, p. 77-115.

Section II. L'impact ambivalent de la contrainte de légitimité sur le risque de partialité

181. En tant qu'acteur du système juridique, le Conseil constitutionnel a pour objectif premier d'exercer son pouvoir : si les décisions ne sont pas appliquées, rien ne sert d'en rendre. Ceci est une caractéristique logique de tout *homo juridicus*[462], caractéristique qui renvoie à l'existence d'une contrainte de légitimité. En effet, l'exercice du pouvoir est dépendant de ceux qui vont appliquer les décisions prises : si ces décisions doivent être intelligibles et accessibles, il faut surtout qu'elles soient acceptables[463].

182. C'est pourquoi nous avons choisi d'étudier l'impact spécifique de la contrainte de légitimité sur la liberté d'appréciation du Conseil, car cette contrainte « surdétermine » les autres contraintes pesant sur la liberté d'appréciation du Conseil, c'est-à-dire que le Conseil **se soumet à un certain nombre de contraintes inférieures** parce qu'il doit assurer l'acceptabilité de ses décisions. Plus précisément, le Conseil s'attache avec constance à démontrer qu'il est un juge sans être un gouvernement des juges *via* plusieurs **moyens de légitimation** qui ont un impact sur sa liberté d'appréciation.

183. Le Conseil constitutionnel se trouve dans une position particulière au sein du système juridique. Acteur central de ce système, il est cependant très dépendant du bon vouloir d'autres acteurs pour l'exercice de son pouvoir. La contrainte de légitimité pesant sur le Conseil est en cela **spécifique** (§I). La réponse du Conseil à cette contrainte est cependant **ambivalente** : si l'on peut affirmer que les moyens de légitimation utilisés par le Conseil réduisent sa liberté d'appréciation, cette affirmation reste précaire (§II).

---

[462] M. TROPER, V. CHAMPEIL-DESPLATS, C. GRZEGORCZYK (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, *op. cit.*, p. 15-16.

[463] Voir C. PERELMAN, *Logique juridique...*, *op. cit.*, p. 173 : « *Le droit se développe, en équilibrant une double exigence, l'une d'ordre systématique, l'élaboration d'un ordre juridique cohérent, l'autre, d'ordre pragmatique, la recherche de solutions acceptables par le milieu, parce que conformes à ce qui lui paraît juste et raisonnable* ».

§I. La spécificité de la contrainte de légitimité pesant sur le Conseil

184. Il y a plusieurs degrés dans la mise en cause de la légitimité d'un pouvoir : il est par exemple possible d'avoir foi dans la justice constitutionnelle en tant que principe tout en contestant l'organe qui exerce cette justice. Il est aussi possible d'avoir confiance dans cet organe tout en contestant une décision donnée : « *Trop souvent, la pensée fonctionne par antithèses, en opposant par exemple la légitimité à l'illégitimité, mais la réalité est beaucoup plus complexe et admet des degrés divers de légitimité* »[464]. Ainsi peut-on affirmer que le principe de la justice constitutionnelle n'est plus contesté aujourd'hui[465], tandis que la légitimité dont bénéficie le Conseil n'a rien à voir avec celle dont il bénéficiait en 1958[466]. Il reste néanmoins que la légitimité du Conseil n'est jamais entièrement acquise parce qu'elle est essentiellement matérielle (A) et dépend de nombreux acteurs (B).

A. Une légitimité essentiellement matérielle

185. L'idée de légitimité renvoie d'abord à la régularité formelle dans l'accession au pouvoir[467]. Pour le juge constitutionnel, cela signifie une nomination

---

[464] M. DOGAN, « La légitimité politique : nouveauté des critères, anachronisme des théories classiques », *Revue internationale des sciences sociales*, 2010/2, n° 196, p. 21.

[465] Les théories juridiques de la démocratie ne se conçoivent plus en dehors de celle-ci, même si un rôle secondaire peut lui être alloué. Voir L. KLEIN, « Démocratie constitutionnelle et constitutionnalisme démocratique : essai de classification des théories juridiques de la démocratie », *Revue française de droit constitutionnel*, 2017/1, n° 109, p. 121-141.

[466] Une comparaison avec la Cour suprême américaine est ici intéressante. Le juge Breyer expliqua que la Cour suprême était, à ses débuts, perçue comme une sinécure, une position indigne, la Cour ne disposant même pas de sa propre salle d'audience : « The Supreme Court itself had little to do. Its caseload was unimportant, and its judges badly paid, and they had to spend considerable time "riding circuit" - traveling over bad roads to hear cases arising throughout the new nation. The first chief justice, John Jay, resigned in 1795 to become governor of New York; he later refused reappointment because the position lacked "energy, weight and dignity". A major newspaper referred to the position as a "sinecure". Lacking its own courtroom, the Court met in the Senate clerk's office » (S. BREYER, *Making our democracy work..., op. cit.*, p. 12 ; traduction libre : « *la Cour suprême elle-même n'avait pas grand chose à faire. Sa charge de travail était peu importante, et ses juges mal payés, et ils devaient passer un temps considérable "riding circuit" – à voyager sur de mauvaises routes pour juger des affaires dans toute la nouvelle nation. Le premier chief justice, John Jay, démissionna en 1795 pour devenir gouverneur de New York ; il refusa plus tard d'y être nommé à nouveau parce que la fonction manquait d' "énergie, de poids et de dignité". Un journal majeur qualifia la Cour de "sinécure". Ne disposant pas de sa propre salle d'audience, la Cour se réunissait dans le bureau du greffier du Sénat* »).

[467] Voir P. BASTID, « Légitimité », *Encyclopaedia Universalis* [en ligne] : « *Si l'effectivité d'un gouvernement, même accompagnée de sa régularité formelle, ne suffit pas dans toutes les circonstances*

respectant les formes prescrites par la Constitution. Cependant l'idée de légitimité se conçoit plus largement dans un sens matériel, comme la « *croyance collective en [la] valeur sociale* »[468] d'une institution. Sur quoi se fonde cette croyance sociale ? En démocratie, *« Un gouvernement qui violerait systématiquement les droits de la personne humaine, en faisant bon marché de la liberté et de la vie des citoyens* [...] *sera justement tenu pour illégitime, quelles que soient les acclamations populaires dont il puisse bénéficier* »[469]. La légitimité du juge constitutionnel tient avant tout dans l'accomplissement de sa **mission**, telle qu'elle est définie par la Constitution :

> *Finalement, à moins qu'il n'ait vaniteusement cru que sa hauteur de vues, son indépendance, son prestige, l'avaient amené sur le siège, le nouveau membre du Conseil se demandait s'il n'était pas là comme le juré d'assises sur son siège, comme le citoyen tiré au sort dans la cité antique, comme le soldat réquisitionné par le service national. Il était là parce qu'il avait reçu une mission définie par la Constitution. Sa légitimité, c'était sa mission*[470].

De façon générale, la légitimité des pouvoirs publics ne réside plus essentiellement dans leur mode d'accession au pouvoir. La légitimité formelle n'est qu'une composante de la légitimité matérielle[471] et même la légitimité de l'élu ne saurait être considérée comme un acquis :

> *Les démocraties strictement électorales-représentatives étaient dotées d'institutions ayant des statuts forts et des qualités souvent faibles. C'est désormais l'inverse : la force est de plus en plus dans les qualités (cela tend d'ailleurs à s'appliquer aussi à la sphère des instances élues) et moins dans les statuts*[472].

---

pour établir sa légitimité, à tout le moins constitue-t-elle en faveur de cette légitimité une présomption ». Il ajoute « *Quelles sont maintenant les circonstances qui peuvent rendre un gouvernement à coup sûr illégitime, soit initialement, soit plus tard ? Dans une société démocratique, un gouvernement peut être tenu pour illégitime si son avènement est entaché d'un vice fondamental. C'est l'illégitimité formelle. On ne saurait aller plus loin qu'avec la plus grande prudence* ».

[468] D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, p. 49. On peut aussi se référer pour cette définition de la légitimité sociale, aux travaux de R. Fallon : R. H. FALLON, « Legitimacy and the Constitution », *Harvard Law Review*, avril 2005, vol. 118, n° 6, p. 1787-1853. La thèse d'I. Fassassi se fonde elle-même sur ces travaux : I. FASSASSI, *La légitimité du contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois aux États-Unis : étude critique de l'argument contre-majoritaire*, Dalloz, 2017, p. 10-18.

[469] P. BASTID, « Légitimité », *op. cit.*

[470] G. VEDEL, « Préface », *in* G. DRAGO, B. FRANÇOIS, N. MOLFESSIS (dir.), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Economica, 1999, p. X-XI. Il ajoute en fin de texte : « *Le fondement de la légitimité du Conseil est non en lui-même mais dans sa qualité de pouvoir constitué subordonné au Souverain, le pouvoir constituant* » (p. XV).

[471] Au sens où le respect des formes participe de la croyance dans la valeur sociale d'une institution.

[472] P. ROSANVALLON, *La légitimité démocratique..., op. cit*., p. 155.

Néanmoins, l'élu possède toujours cette base de légitimité proprement démocratique qu'est l'élection. Le Conseil constitutionnel ne possède pas une telle assise : le Conseil démontre le bien-fondé du pouvoir qu'il exerce par la qualité de ses décisions, de sa procédure, de sa composition et par le comportement individuel et collectif de ses membres. C'est pourquoi la composition du Conseil est systématiquement critiquée dès lors que le profil des membres ne semble pas correspondre à la mission qui leur est impartie. C'est ainsi que C. Eisenmann s'interrogeait sur la première composition du Conseil : *« Il en est que leurs titres ne qualifient pas, sous l'angle technique, pour les fonctions du Conseil constitutionnel* »[473]. Plus récemment, des professeurs de droit n'ont pas hésité à qualifier le Conseil de « *club de vieux mâles blanchis sous le harnais de la carrière politique, où la faveur du prince vaut compétence* »[474].

186. Dire le droit n'est en effet pas une fonction partisane et la légitimité du Conseil tient dans cette idée que le Conseil constitutionnel n'est pas composé d'hommes et de femmes politiques mais de juges :

> *C'est bien parce que le Conseil apparaît comme une juridiction et que ses décisions, de ce fait, se donnent à voir comme des verdicts parés de la neutralité technique du langage juridique – et qu'elles paraissent ainsi obéir à une logique proprement juridique transcendant les clivages politiques –, que les parlementaires accordent du crédit politique à la saisine*[475].

Pourtant, dans une optique réaliste dire le droit est un acte créateur, ce n'est pas un acte de connaissance. De plus, le Conseil statue inévitablement en opportunité même si c'est un élément parmi d'autres. Droit et politique ne sont pas deux domaines distincts : au contraire le droit n'est qu'un langage, qu'une forme[476], de la « *politique reconfigurée* »[477].

187. Nous connaissons ces réalités, nous avons évoqué, en nous appuyant sur les pensées des juges eux-mêmes, la complexité du travail de juge constitutionnel, chargé de mettre en œuvre un texte préexistant, alors même que l'on reconnaît la nécessaire subjectivité d'une telle tâche : « *l'importance manifeste de leur pouvoir d'interprétation remet donc en cause les représentations classiques sur lesquelles était fondée la*

---

[473] C. EISENMANN, « Palindromes ou stupeur ? », *Le Monde*, 5 mars 1959.
[474] M.-L. BASILIEN-GAINCHE, P. BLACHER, F. CHALTIEL, B. FRANÇOIS, J.-P. HEURTIN, « Le Conseil constitutionnel est, plus que jamais, un vieux club de mâles en fin de carrière politique », *Le Monde*, 15 mars 2010.
[475] B. FRANÇOIS, « La place du Conseil constitutionnel dans le système politique de la V^e^ République », *in Le Conseil constitutionnel a 40 ans..., op. cit*, p. 77-78.
[476] Ce qui ne signifie pas que cette forme n'ait aucune incidence sur le fond.
[477] D. BARANGER, « Sur la manière française... », *op. cit.*, p. 21.

légitimité du droit et du juge comme tiers impartial et désintéressé »[478]. Pourtant c'est bien ce qui est attendu des juges, car la croyance collective en la valeur sociale du Conseil repose sur cette idée : sur le fait que le Conseil est un juge et non un législateur, sur le fait que le Conseil applique impartialement la Constitution et que ses décisions ne sont pas l'expression des préférences politiques de ses membres,

> *qu'il est donc un pouvoir constitué, qu'il ne s'érige pas en souverain, que s'il censure le Parlement, ce n'est pas qu'il fait prévaloir ses vues sur celles du souverain, c'est au contraire qu'il compare les décisions du représentant aux desseins du pouvoir constituant, c'est-à-dire du peuple lui-même*[479].

S'il n'est plus attendu du juge constitutionnel qu'il applique mécaniquement le droit, l'exigence d'impartialité s'insère désormais dans une éthique de la discussion[480].

188. Alors que la légitimité du Conseil constitutionnel est toujours « *à conquérir* »[481], il nous faut parallèlement rappeler que la justice constitutionnelle souffre en France d'un **déficit de légitimité**. Il est commun d'affirmer que le Conseil heurte frontalement un organe doté d'une légitimité supérieure à la sienne car proprement, véritablement démocratique. Quoi que l'on pense du rapport de force entre légitimité issue de l'État de droit et légitimité représentative, il reste que la croyance majoritaire tient la légitimité tirée de l'élection comme supérieure : « *la légitimité juridique d'une cour constitutionnelle reste toujours en balance face à la légitimité politique issue du suffrage* »[482].

189. De plus, si le légicentrisme tel qu'hérité de la Révolution est depuis longtemps remis en question, il en reste cependant quelque chose au sens où le Parlement est toujours considéré comme le lieu privilégié de discussion des questions

---

[478] M.-J. REDOR-FICHOT, « Droits fondamentaux et légitimité », *in* L. FONTAINE (dir.), *Droit et légitimité : actes du colloque organisé par le Centre de recherche sur les droits fondamentaux et les évolutions du droit de l'Université de Caen, avec le soutien du GIP « Droit et justice », les 19 et 20 novembre 2009*, Nemesis ; Bruylant, 2011, p. 90.

[479] M. TROPER, « Table ronde : faut-il réformer le Conseil constitutionnel », *in Le Conseil constitutionnel a 40 ans...*, *op. cit.*, p. 190.

[480] Voir nos développements complémentaires en introduction générale, §66 et s.

[481] P. ROSANVALLON, *La légitimité démocratique...*, *op. cit.,* p. 152 : « *La légitimité par impartialité est donc sans cesse à conquérir* ».

[482] B. FRANÇOIS, « La place du Conseil constitutionnel dans le système politique de la V^e^ République », *in Le Conseil constitutionnel a 40 ans...*, *op. cit.,* p. 81 : « *La contestation, de plus en plus virulente, du tribunal constitutionnel allemand, qui n'est pas seulement le fait de juristes ou d'hommes politiques mais mobilise des citoyens ordinaires - des dizaines de milliers d'Allemands ont par exemple manifesté contre l'arrêt qui estime que la présence de crucifix dans les salles de classe est une atteinte à la liberté de croyance et de confiance - montre que la légitimité juridique d'une cour constitutionnelle reste toujours en balance face à la légitimité politique issue du suffrage* ».

de société en France : « *si une telle légitimité peut être reconnue à la Cour suprême américaine pour se prononcer sur les questions de société les plus conflictuelles, la tradition française voit dans le Parlement le lieu naturel de telles préoccupations* »[483].

190. Parallèlement, la tradition française n'est pas favorable au pouvoir des juges en tant que tel. Ce manque de confiance dans le juge trouve son expression la mieux connue dans la critique du gouvernement des juges, toujours prête à ressurgir. Cette critique, régulièrement mise en avant dans la presse, est une véritable hantise chez les conseillers, « *palpable à la fois dans les procès-verbaux des séances plénières, dans les témoignages des membres et anciens membres, mais aussi dans les discours officiels des conseillers* »[484].

191. Il n'est pas question de discuter ici de la justesse de ces éléments. Ce qui est important est qu'ils placent le Conseil constitutionnel dans une situation où il doit constamment se préoccuper de sa légitimité, ce qui, nous le verrons dans le prochain paragraphe, influence largement sa retenue dans l'exercice de sa liberté d'appréciation : c'est parce que l'examen des questions de société revient traditionnellement au Parlement que le Conseil fait preuve d'une particulière retenue lorsqu'il est saisi de telles questions.

192. Mais si le Conseil se soucie de sa légitimité, c'est que son pouvoir dépend directement de sa force. Plus précisément, comme l'impartialité n'est souvent appréhendée qu'à travers la partialité, la légitimité d'une institution ne se mesure pas au nombre de louanges qui lui sont faites mais à l'intensité des critiques dont elle fait l'objet : « *la légitimité n'est questionnée que lorsqu'elle est contestée* »[485]. Or pour exercer son pouvoir, le Conseil doit s'assurer de la coopération volontaire de nombreux acteurs, décision après décision.

---

[483] F. CHENEDE, P. DEUMIER, « L'œuvre du Parlement, la part du Conseil constitutionnel en droit de la famille », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 39, 2013/2, p. 5-18.
[484] E. LEMAIRE, « Dans les coulisses du Conseil constitutionnel. Comment le rôle de gardien des droits et libertés constitutionnellement garantis est-il conçu par les membres de l'institution ? », *Jus politicum* [en ligne], p. 18.
[485] D. LOCHAK, « Le juge administratif auteur de/du droit. Des ressorts de la légitimité aux processus de légitimation », *in* L. FONTAINE (dir.), *Droit et légitimité*..., *op. cit.*, p. 162.

B. Une légitimité dépendant de nombreux acteurs

193. L'autorité des décisions du Conseil est absolue au sens où elles n'ont pas seulement des effets à l'égard des parties mais aussi à l'égard des tiers en vertu de l'article 62 al. 3 de la Constitution. Cette autorité ne repose pas sur la contrainte[486] mais sur la seule bonne volonté des acteurs auxquels les décisions s'appliquent. Cette caractéristique n'est pas propre au Conseil : les cours internationales, notamment la Cour européenne des droits de l'homme, y sont aussi confrontées.

194. Ainsi *« le Conseil ne peut pas annuler les jugements des autres juridictions* »[487] qui peuvent choisir de ne pas se conformer à ses décisions[488]. Plus encore, les décisions du Conseil ne bénéficient que d'une autorité relative de chose jugée du point de vue de leur objet, ce qui signifie que si le Conseil entend faire respecter le principe de sa jurisprudence au-delà de la loi en cause, il doit en assurer l'autorité « persuasive », encore plus dépendante du bon vouloir des juridictions suprêmes[489].

195. De même, si le Conseil constitutionnel censure une loi, il revient au législateur de jouer le jeu et de ne pas réécrire la loi en termes quasiment identiques[490]. Le problème est d'ailleurs le même pour le juge administratif lorsqu'il annule un règlement. Le législateur peut aussi décider de ne pas saisir une seconde fois le Conseil qui ne pourra alors examiner la loi que par le biais d'une QPC : le Conseil est donc dépendant de la saisine à plusieurs points de vue[491]. Enfin, le législateur peut toujours

---

[486] Depuis 2019, le Conseil d'État reconnaît cependant la possibilité d'engager la responsabilité de l'État du fait de lois inconstitutionnelles à certaines conditions. Voir CE, 425983, 24 décembre 2019, *Société hôtelière Paris Eiffel Suffren* ; CE, Ass., 428162, 24 décembre 2019, *M. A.* ; CE, Ass., 425981, 24 décembre 2019, *Société Paris Clichy*.

[487] M. GUILLAUME, « L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel : vers de nouveaux équilibres ? », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel,* n° 30, 2011/1, p. 49.

[488] La divergence la plus connue étant probablement celle qui a opposé la Cour de cassation au Conseil constitutionnel à propos du statut pénal du chef de l'État.

[489] Voir M. GUILLAUME, « L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel... », *op. cit.*

[490] Voir : CC, 88-244 DC, 20 juillet 1988, *Loi portant amnistie* ; CC, 89-258 DC, 8 juillet 1989, *Loi portant amnistie*, §12 à 18 : « *Considérant que si l'autorité attachée à une décision du Conseil constitutionnel déclarant inconstitutionnelles des dispositions d'une loi ne peut en principe être utilement invoquée à l'encontre d'une autre loi conçue en termes distincts, il n'en va pas ainsi lorsque les dispositions de cette loi, bien que rédigées sous une forme différente, ont, en substance, un objet analogue à celui des dispositions législatives déclarées contraires à la Constitution* ».

[491] Voir par exemple : CC, 2016-611 QPC, 10 février 2017, *M. David P. [Délit de consultation habituelle de sites internet terroristes]* ; CC, 2017-682 QPC, 15 décembre 2017, *M. David P. [Délit de consultation habituelle de sites internet terroristes II]*. Par ailleurs, comme l'ont remarqué O. Beaud et C. Guérin-Bargues, « *aucune des six lois de prorogation de l'état d'urgence ne fut contestée directement devant le Conseil constitutionnel au moyen de la saisine prévue par l'article 61, alinéa 1, de la Constitution* » entre 2015 et 2017, ce qui a eu pour conséquence que le Conseil constitutionnel « *ne fut jamais en mesure*

décider de recourir au « lit de justice » selon la théorie du doyen Vedel et surmonter la décision du Conseil en révisant la Constitution[492]. Alors que cette possibilité est un moyen de légitimation pour le Conseil (le constituant dérivé garde le dernier mot), elle constitue aussi une contrainte puissante pour tout juge constitutionnel. En témoigne l'épisode du New Deal aux États-Unis, durant lequel le président Roosevelt menaça la Cour suprême hostile à son programme d'une révision de la Constitution faisant passer le nombre de juges de neuf à quinze[493].

196. Plus largement, le Conseil doit pouvoir compter sur les autorités politiques et juridictionnelles, à la fois pour le saisir et pour appliquer ses décisions, en particulier concernant les nombreuses réserves d'interprétation qu'il émet[494]. La mise en place de la QPC a, sur ces points, renforcé la dépendance du Conseil à l'égard des autres acteurs du droit : les décisions à appliquer sont plus nombreuses, les réserves d'interprétation se multiplient[495], le filtrage est effectué par les juges ordinaires[496]... C'est en effet la coopération de ces divers acteurs qui rend l'autorité de chose jugée effective et donc *in fine* le pouvoir du Conseil réel. Or, pour que l'ensemble de ces acteurs « *jouent le*

---

de contrôler la loi du 3 avril 1955 dans son ensemble » (O. BEAUD, C. GUERIN-BARGUES, *L'état d'urgence, une étude constitutionnelle, historique et critique,* 2e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2018, p. 151-152). Voir les développements de J. THOMAS, *L'indépendance du Conseil constitutionnel*, *op. cit.,* p. 261 et s. ainsi que la thèse de S. BENZINA, *L'effectivité des décisions QPC du Conseil constitutionnel*, LGDJ, 2017, 772 p.

[492] Ce qu'illustre la jurisprudence *Quotas par sexe* : CC, 82-146 DC, 18 novembre 1982*, Loi modifiant le code électoral et le code des communes et relative à l'élection des conseillers municipaux et aux conditions d'inscription des Français établis hors de France sur les listes électorales* ; CC, 98-407 DC, 14 janvier 1999, *Loi relative au mode d'élection des conseillers régionaux et des conseillers à l'Assemblée de Corse et au fonctionnement des Conseils régionaux* ; CC, 2000-429 DC, 30 mai 2000*, Loi tendant à favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives*.

[493] C'est l'épisode du « switch in time that saved nine » (le changement d'avis qui sauva les neuf). Face à l'opposition de la Cour suprême dont la majorité conservative s'opposa au New Deal, Roosevelt décida d'augmenter le nombre de juges de neuf à quinze par le biais d'une révision constitutionnelle. La Cour changea d'avis brusquement, ce qui conduisit les commentateurs à voir dans ce changement une réaction à cette menace. L'histoire nous apprend cependant que le juge Roberts, dont le vote était pivot, avait annoncé changer son vote deux mois avant l'annonce de Roosevelt (Voir sur cet épisode : D. M. O'BRIEN, *Storm Center, op. cit.,* p. 55-57).

[494] Voir T. DI MANNO, « L'influence des réserves d'interprétation », *in* G. DRAGO, B. FRANÇOIS, N. MOLFESSIS (dir.), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 189-272.

[495] Dont certaines sont à la fois peu claires et particulièrement constructives. Voir par exemple CC, 2017-747 DC, 16 mars 2017, *Loi relative à l'extension du délit d'entrave à l'interruption volontaire de grossesse*, §14-15.

[496] Rappelons la résistance initiale de la Cour de cassation à la QPC. Voir notamment N. MOLFESSIS, « La résistance immédiate de la Cour de cassation à la QPC », *Pouvoirs*, nº 137, 2011, p. 83 ; A. ROBLOT-TROIZIER, « Le non-renvoi des questions prioritaires de constitutionnalité par le Conseil d'État – Vers la mutation du Conseil d'État en un juge constitutionnel de la loi », *RFDA*, 2011, p. 691-710 ; J.-B. PERRIER, « Le non-renvoi des questions prioritaires de constitutionnalité par la Cour de cassation », *RFDA*, 2011, p. 711-722 ; A. ROBLOT-TROIZIER, « La QPC, le Conseil d'État et la Cour de cassation », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, juin 2013, n° 40, p. 49-61.

jeu »[497] et respectent l'autorité des décisions du Conseil, il faut que l'institution et ses décisions soient légitimes à leurs yeux. Comme le rappelle D. Lochak, la tâche peut s'avérer ardue car les attentes de ces divers acteurs sont contradictoires :

> *Et ceci est vrai même aux yeux des juristes, le plus souvent divisés sur ce qu'est ou aurait dû être la "bonne" décision. La légitimité du juge, liée au capital de soutiens dont il dispose, est donc tributaire de la conformité de ses décisions – du moins de celles qui "feront jurisprudence" – aux attentes de son public : le pouvoir, l'opinion, les juristes, les justiciables... Sachant que* [...] *ces attentes sont contradictoires, puisque les uns se féliciteront d'une jurisprudence "constructive", notamment si elle permet de mieux défendre les libertés, tandis que les autres l'accuseront de vouloir gouverner en se substituant aux autorités constitutionnellement investies du pouvoir de créer le droit*[498].

Ainsi, l'autorité absolue des décisions du Conseil est certainement une force pour ce dernier, mais elle place en même temps l'institution en situation de dépendance à l'égard d'autres acteurs du système juridique. La contrainte de légitimité se fait sentir de multiples manières sur le Conseil, ce qui a un impact déterminant sur la liberté d'appréciation dont bénéficient les juges constitutionnels.

§II. La réponse du Conseil constitutionnel à la contrainte : les moyens de légitimation

197. Pour assurer l'acceptabilité de ses décisions, le Conseil recourt à des moyens de légitimation nombreux et variés : le site internet du Conseil est par exemple un moyen de légitimation très efficace, mettant à disposition de tous les communiqués de presse, les vidéos retransmettant les audiences, les commentaires officiels des décisions et le rapport annuel, consistant en une synthèse avantageuse des plus remarquables décisions de l'année. L'acceptation des « portes étroites », que nous examinerons dans la Partie II est un autre exemple de moyen de légitimation, permettant d'illustrer la participation du Conseil à la démocratie « délibérative »[499].

---

[497] Voir J. MEUNIER, « Les décisions du Conseil constitutionnel et le jeu politique », *Pouvoirs*, n° 105, 2003/2, p. 36.
[498] D. LOCHAK, « Le juge administratif auteur de/du droit. Des ressorts de la légitimité aux processus de légitimation », *in* L. FONTAINE (dir.), *Droit et légitimité*..., *op. cit.*, 2011, p. 175.
[499] Voir *infra* §678 et s. pour nos développements sur la participation des tiers au procès constitutionnel et §633 pour la théorie de J. Habermas.

198. Néanmoins, notre objet est plus précis puisque nous nous intéressons à la contrainte de légitimité **en tant qu'elle réduit la liberté d'appréciation des juges et le risque de partialité**. Deux moyens de légitimation ont un impact direct sur la liberté d'appréciation du Conseil. En premier lieu, « *C'est dans la motivation que l'acte juridictionnel trouve une grande part de sa légitimité* »[500]. La motivation permet en effet au juge d'assurer l'acceptabilité de ses décisions, tant par les parties que par les tiers.

199. La motivation, contrainte de justification, réduit effectivement la liberté d'appréciation du juge et donc le risque de partialité. Néanmoins, cette contrainte se heurte à plusieurs limites importantes concernant le Conseil constitutionnel (A). Le second moyen de légitimation ayant un impact sur la liberté d'appréciation du Conseil est la retenue dans l'appréciation. S'il est évident que le *self-restraint* du juge a un impact sur sa liberté d'appréciation, ses conséquences sur le risque de partialité sont ambiguës (B).

A. Force et limites de la motivation comme contrainte pesant sur l'appréciation

200. La motivation est essentielle en tant que limite à la liberté d'appréciation des juges parce qu'elle permet l'expression d'autres contraintes : elle est le **support** sur lequel se fixe la jurisprudence, qui elle-même est constituée d'interprétations et de critères d'appréciation préexistants venant encadrer le raisonnement des juges. Nous avons expliqué que le Conseil avait, *via* sa jurisprudence, considérablement enrichi son environnement juridique en posant des critères synthétisés dans des considérants de principe, que ce soit pour l'organisation des pouvoirs publics ou les droits et libertés. Ce cadre essentiel ne saurait être sous-estimé. La motivation permet ainsi l'expression d'autres contraintes juridiques pesant sur le Conseil et réduit tant sa liberté interprétative que sa liberté d'appréciation. Comme l'a affirmé M. Troper « *elle trouve dans sa structure propre son autonomie : en même temps qu'elle donne forme au pouvoir, elle le limite* »[501]. La motivation est ainsi le canevas sur lequel viennent se

[500] J. LEROY, « La force du principe de motivation », *in* ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *La motivation*, Paris : LGDJ, 2000, p. 36.
[501] M. TROPER, « La motivation des décisions constitutionnelles », *in* C. PERELMAN, P. FORIERS, *La motivation des décisions de justice : études*, Bruylant, 1978, p. 302.

fixer d'autres contraintes juridiques. En cela elle constitue une contrainte fondamentale à la liberté d'appréciation des juges et une limite importante au risque de partialité.

201. La motivation constitue ensuite une **contrainte de justification**, fondée sur l'adage selon lequel la justice ne doit pas seulement être rendue mais aussi être vue. La motivation permet au public de contrôler les motifs du juge et de les critiquer. Elle permet ainsi de prolonger le dialogue sur la constitutionnalité de la loi au-delà de la décision[502]. Néanmoins, si elle peut refléter une partie des considérations intervenues dans la prise de décision, elle ne peut prétendre être le miroir fidèle de toutes les considérations ayant eu un impact sur le processus de décision. De ce point de vue, elle constitue logiquement une limite relative à la liberté d'appréciation du Conseil, parce qu'elle fournit une rationalisation tardive de la décision.

202. Ensuite, le juge constitutionnel français pratique traditionnellement la motivation courte. Une telle pratique permet de faire échec aux contestations : en refusant d'expliquer de façon détaillée les raisons pour lesquelles une décision a été prise, le juge n'invite pas au débat. N. Belloubet justifie cela par un objectif d'efficacité : « *L'efficacité s'attache à la sécurité juridique et à la certitude qu'un raisonnement brièvement énoncé est un raisonnement compact, donc rigoureux qui ne laisse place ni à des incertitudes ni à des interprétations excessives* »[503]. Est ici camouflée la complexité de l'opération d'appréciation évoquée quelques pages plus tôt. Madame Belloubet le reconnaît d'ailleurs mais estime la fiction nécessaire :

> *Le juge constitutionnel devrait-il donc dévoiler tous les paramètres qu'il prend en compte même s'ils ne sont pas strictement juridiques ? Quel en serait l'apport ? N'ajouterait-il pas de la confusion à l'incertitude ? Il faut admettre une fiction partielle : aucun juge n'est mu de manière exclusive par la seule puissance des règles juridiques mais il semble difficile de traduire dans une décision l'ambiance extrinsèque qui conduit le juge à délibérer dans le sens qu'il retient*[504].

Cette conception française, voyant la décision comme un acte d'autorité avant d'être un acte de persuasion[505], peut être identifiée chez l'ensemble de nos juges, tant

[502] Voir nos développements complémentaires *infra* §768 et s.
[503] N. BELLOUBET, « La motivation des décisions du Conseil constitutionnel : justifier et réformer », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 55-56, juin 2017, p. 12.
[504] *Ibid.,* p. 13.
[505] Voir *infra* §769.

administratifs que judiciaires. Si l'on en croit certains auteurs, il serait difficile de changer une telle culture parce que la motivation « *est commandée par un système juridique dont il lui faut tenir compte* »[506]. Néanmoins, depuis 2011 peut être observé un mouvement global des juges français en faveur d'une motivation approfondie[507], mouvement auquel le Conseil constitutionnel s'est joint en 2016[508]. Cependant, si la motivation tend à se renforcer, les critères d'appréciation eux-mêmes n'ont pas vocation à beaucoup évoluer : les considérants de principe sont anciens, globalement stables et les critères laissant une grande liberté d'appréciation au Conseil ne peuvent être éliminés : l'appréciation par le juge de la proportionnalité d'une atteinte est devenue incontournable dès lors que les droits et libertés sont en cause. En revanche, il existe une certaine « *latitude* »[509] sur **l'usage même des critères**, au cas par cas. Comme l'exprime N. Belloubet, « *il faut justifier les charnières !* »[510], c'est-à-dire la façon dont le juge justifie l'utilisation des critères, le comment et le pourquoi[511].

203. Les efforts effectués par le Conseil sur ce point sont réels. Ainsi la décision n° 2020-834 QPC[512] constitue un bon exemple d'une décision dont la motivation est approfondie. Cette décision qui consacre la valeur constitutionnelle du droit d'accès aux documents administratifs examine les limitations apportées à ce nouveau droit de façon rigoureuse : l'objectif d'intérêt général des dispositions contestées est solidement identifié[513], la disproportion potentielle au regard de l'objectif est, elle aussi, fortement

---

[506] E. ZOLLER, « Les réformes inachevées de la motivation des arrêts de la Cour suprême des États-Unis », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel,* n° 55-56, 2017/2, p. 67.

[507] Nous évoquons cette évolution aux §768 et s.

[508] Voir le discours de L. Fabius tenu en 2016 : « *Une brièveté excessive peut conduire le juge à affirmer plus qu'à démontrer. Nous avons donc souhaité, avec mes collègues, améliorer cet aspect de nos décisions, en évitant les affirmations insuffisamment argumentées et en explicitant davantage le raisonnement juridique qui nous conduit à la solution retenue* » (Discours de L. Fabius lors de la Rentrée solennelle de l'École de droit de Sciences Po, 14 septembre 2016, disponible sur : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/publications/contributions-et-discours/2016/rentree-solennelle-de-l-ecole-de-droit-de-sciences-po.147801.html>). Voir *infra* §770.

[509] N. BELLOUBET, « La motivation des décisions du Conseil... », *op. cit.,* p. 18.

[510] *Ibid.*

[511] Ainsi que le formule G. Canivet, cité par madame Belloubet : « *Comment le Conseil choisit-il les normes de références ? Comment interprète-t-il la loi qui lui est soumise ? En cas de contrôle a posteriori, doit-il respecter l'interprétation qui lui est donnée par la jurisprudence du Conseil d'État et de la Cour de cassation ? La disposition contestée met-elle en œuvre une exigence constitutionnelle ? Comment déterminer l'objet d'intérêt général poursuivi par la loi ? Quelle est alors la méthode de contrôle applicable et par quel enchaînement logique ? Le Conseil constitutionnel expose-t-il les modalités de ce contrôle ?* » (G. CANIVET, « La motivation des décisions du conseil constitutionnel », *in* S. CAUDAL (dir.), *La motivation en droit public*, Dalloz, 2013, p. 235).

[512] CC, 2020-834 QPC, 3 avril 2020, *Union nationale des étudiants de France [Communicabilité et publicité des algorithmes mis en œuvre par les établissements d'enseignement supérieur pour l'examen des demandes d'inscription en premier cycle]*.

[513] *Ibid*., §13 : « *Toutefois, en premier lieu, il ressort des travaux préparatoires que le législateur a considéré que la détermination de ces critères et modalités d'examen des candidatures, lorsqu'ils font*

argumentée[514] et une réserve d'interprétation est clairement énoncée[515]. Un autre exemple peut être trouvé dans la décision n° 2019-791 DC concernant une atteinte à la liberté d'entreprendre[516].

204. Néanmoins la qualité de la motivation n'est pas constante et varie suivant les circonstances. La décision n° 2017-747 DC[517] constitue un exemple de décision dont la motivation peine à convaincre, recourant au triple contrôle de proportionnalité sans pour autant réellement l'exercer[518] et formulant d'importantes et peu explicites réserves[519] qui sont d'ailleurs longuement précisées par le commentaire[520].

---

l'objet de traitements algorithmiques, n'était pas dissociable de l'appréciation portée sur chaque candidature. Dès lors, en restreignant l'accès aux documents administratifs précisant ces critères et modalités, il a souhaité protéger le secret des délibérations des équipes pédagogiques au sein des établissements. Il a ainsi entendu assurer l'indépendance de ces équipes pédagogiques et l'autorité de leurs décisions. Ce faisant, il a poursuivi un objectif d'intérêt général ».

[514] *Ibid.*, §14 à 16. Le §14 est consacré aux limites imposées par la loi à l'usage des algorithmes tandis que les §15 et 16 sont globalement consacrés à l'information des candidats et des tiers sur les critères encadrant l'examen des vœux.

[515] *Ibid.*, §17 : « *Dès lors, les dispositions contestées ne sauraient, sans méconnaître le droit d'accès aux documents administratifs, être interprétées comme dispensant chaque établissement de publier, à l'issue de la procédure nationale de préinscription et dans le respect de la vie privée des candidats, le cas échéant sous la forme d'un rapport, les critères en fonction desquels les candidatures ont été examinées et précisant, le cas échéant, dans quelle mesure des traitements algorithmiques ont été utilisés pour procéder à cet examen* ».

[516] CC, 2019-791 DC, 7 novembre 2019, *Loi relative à l'énergie et au climat*, §4 à 13.

[517] CC, 2017-747 DC, 16 mars 2017, *Loi relative à l'extension du délit d'entrave à l'interruption volontaire de grossesse.*

[518] Voir les §11 à 13. Le Conseil se contente d'abord d'affirmer concernant la perturbation de l'accès et du fonctionnement des établissements pratiquant l'IVG que « *les dispositions contestées ne portent pas à la liberté d'expression et de communication une atteinte disproportionnée à l'objectif poursuivi* », puis, concernant plus spécifiquement les pressions morales et psychologiques, les menaces et les actes d'intimidation à l'encontre d'un certain nombre de personnes désignées, le Conseil estime que « *Dans la mesure où elles se limitent à réprimer certains abus de la liberté d'expression et de communication commis dans les établissements pratiquant l'interruption volontaire de grossesse ou à l'encontre de leur personnel, les dispositions contestées ne portent pas à cette liberté une atteinte disproportionnée à l'objectif poursuivi* ». Quant aux personnes cherchant à s'informer sur l'IVG en général, le Conseil n'évoque même pas le contrôle de proportionnalité et énonce directement deux réserves sur ce point.

[519] *Ibid.*, §14 et 15. Ces réserves concernent les personnes souhaitant s'informer sur l'IVG, quel que soit l'interlocuteur, le lieu et le support. Le Conseil émet une première réserve selon laquelle « *la seule diffusion d'informations à destination d'un public indéterminé sur tout support, notamment sur un site de communication au public en ligne, ne saurait être regardée comme constitutive de pressions, menaces ou actes d'intimidation au sens des dispositions contestées, sauf à méconnaître la liberté d'expression et de communication* ». Il ajoute surtout que le délit « *ne saurait être constitué qu'à deux conditions : que soit sollicitée une information, et non une opinion ; que cette information porte sur les conditions dans lesquelles une interruption volontaire de grossesse est pratiquée ou sur ses conséquences et qu'elle soit donnée par une personne détenant ou prétendant détenir une compétence en la matière* ». Voir le commentaire de J. BONNET, A. ROBLOT-TROIZIER, « Chronique de droits fondamentaux et libertés publiques », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel,* n° 55-56, juin 2017, p. 135 : « *Il est remarquable que ces réserves d'interprétation viennent en définitive préciser et compléter les éléments constitutifs de l'infraction, ce qui témoigne de ce que la rédaction de la disposition législative n'était pas suffisamment claire, en dépit de ce qu'a jugé le Conseil sur le fondement du principe de légalité des délits et des peines. Elles lui permettent en outre de minimiser le champ d'un délit pour que ne soit pas portée une atteinte excessive à la liberté d'expression, alors qu'il nie, dans la même décision, que le législateur ait pu instituer une peine manifestement disproportionnée. L'absence de disproportion manifeste résulte en réalité des réserves émises par le Conseil* ».

205. Si la motivation des décisions du Conseil s'est indubitablement approfondie avec le temps, elle reste insuffisante. Elle reste conçue comme un acte d'autorité avant d'être un acte de persuasion, ce qui limite son impact sur la liberté d'appréciation du Conseil et sur le risque de partialité. Par comparaison, la lecture des décisions du Tribunal constitutionnel fédéral allemand montre une logique bien plus dialectique[521], la décision se faisant le reflet plus direct des enjeux en cause[522], allant jusqu'à envisager les évolutions possibles de la jurisprudence en fonction de l'évolution des circonstances de fait[523].

206. Actuellement, cette logique dialectique peut être trouvée **dans les commentaires** du secrétariat général, ce qui pose d'importantes difficultés. La décision n° 2019-826 QPC[524] constitue un bon exemple de ce problème. Pour véritablement saisir les modalités du contrôle effectué dans cette décision, mieux vaut lire le commentaire : celui-ci rappelle notamment la conception « *assez stricte* »[525] qu'a le Conseil du droit à la vie familiale, fondant cette qualification sur certaines décisions antérieures, mais aussi de façon extensive sur leurs commentaires[526].

207. De façon générale, le fait que les commentaires fournissent des éléments essentiels à la compréhension de la décision n'est pas satisfaisant. Si les commentaires étaient rédigés par les juges, cela ne poserait pas de difficultés au-delà de la question de la dispersion de la motivation, mais en l'occurrence ces commentaires sont rédigés par le secrétaire général et le service juridique. Le risque est celui d'une **délégation de**

---

[520] *Ibid.*, commentaire, p. 17-19.

[521] Même si l'argumentation reste dogmatique. Voir T. HOCHMANN, « Motivation et justice constitutionnelle : le modèle allemand », *Les nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 55-56, juin 2017, p. 23 : « *La dogmatique est le mode traditionnel de la "science du droit" en Allemagne. Elle consiste à préciser les exigences du droit positif à des fins pratiques. Il s'agit de décontextualiser les concrétisations passées, de les systématiser afin de faciliter les applications futures. Ainsi, un litige n'est pas examiné de manière différente dans chaque cas particulier, mais en suivant systématiquement une certaine méthode* ».

[522] Voir pour un exemple récent de triple contrôle de proportionnalité : (traduction anglaise) BVerfG, Judgment of the First Senate of 05 November 2019, 1 BvL 7/16 , disponible sur : <http://www.bverfg.de/e/ls20191105_1bvl000716en.html>.

[523] Voir par exemple la décision du 23 octobre 2018 relative à l'étendue du contrôle effectué lorsque les connaissances scientifiques sont insuffisantes en matière écologique, en particulier le §27 : (traduction anglaise) BVerfG, Order of the First Senate of 23 October 2018, 1 BvR 2523/13, disponible sur <http://www.bverfg.de/e/rs20181023_1bvr252313en.html>.

[524] CC, 2019-826 QPC, 7 février 2020, *M. Justin A. [Placement en vue de l'adoption d'un enfant né d'un accouchement sous le secret]*.

[525] *Ibid.*, commentaire, p. 12 à 16.

[526] CC, 2019-826 QPC, 7 février 2020, *M. Justin A. [Placement en vue de l'adoption d'un enfant né d'un accouchement sous le secret]*, commentaire, p. 12.

pouvoir des juges vers les techniciens[527]. La pratique du commentaire par le service juridique reflète une organisation du travail qui doit être remise en cause.

208. Si la motivation a un impact sur la liberté d'appréciation du Conseil et sur le risque de partialité, cet impact reste relatif. Un second moyen de légitimation a un impact direct sur la liberté d'appréciation du Conseil : sa retenue dans l'appréciation. L'impact de celle-ci sur le risque de partialité est cependant ambigu.

B. Les ambiguïtés de la retenue dans l'appréciation

209. Nous l'avons rappelé, la légitimité du Conseil dépend de nombreux acteurs aux attentes contradictoires. Face à ces attentes, le Conseil peut adopter plusieurs postures, en particulier celles du « gardien des libertés » et du juge « lié »[528]. Néanmoins, ces postures étant contradictoires, le Conseil est souvent pris entre deux feux : il reconnaît par exemple régulièrement la valeur constitutionnelle de nouveaux principes, mais fait preuve de retenue dans l'appréciation pour éviter d'être qualifié de juge qui gouverne[529]. La décision n° 2018-717/718 QPC[530] est un bon exemple de cela. Le Conseil, **faisant usage de sa liberté interprétative**, y reconnaît la valeur constitutionnelle du principe de fraternité et en déduit la liberté d'aider autrui dans un but humanitaire, sans considération de la régularité de son séjour sur le territoire national. Néanmoins, la fraternité « *se voit soumise à l'épreuve corrosive de la conciliation* »[531] avec l'OVC de lutte contre l'immigration irrégulière. Le contrôle exercé est celui de la conciliation manifestement déséquilibrée et, en l'occurrence, la loi est jugée constitutionnelle sous réserve.

[527] Voir nos développements *infra* §603 et s. Cette situation nous permet de souligner la complémentarité des légitimités formelle et matérielle : le service juridique, composé de membres qui n'ont pas été nommés juges constitutionnels selon les formes prévues par la Constitution, n'est pas légitime, d'un point de vue formel, à fournir les motifs de la décision.

[528] C'est l' « *image d'un juge lié* », voir V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, op. cit.*, p. 252. Elle explique : « *En d'autres termes, la protection des libertés et des droits ne s'effectue dorénavant que dans la stricte limite de décisions fondées sur des dispositions réputées comprises dans le système juridique et préexistantes aux acteurs* » (p. 251-252).

[529] La retenue, ou *self-restraint*, peut désigner plusieurs attitudes du juge. Nous nous intéresserons uniquement ici à l'autolimitation du Conseil dans l'appréciation (Voir R. A. POSNER, « The Meaning of Judicial Self-Restraint », *Indiana Law Journal*, vol. 59, n° 1, 1983, art. 1).

[530] CC, 2018-717/718 QPC, 6 juillet 2018, *M. Cédric H. et autre [Délit d'aide à l'entrée, à la circulation ou au séjour irréguliers d'un étranger]*.

[531] J. ROUX, « Le Conseil constitutionnel et le bon samaritain », *AJDA,* 2018, p. 1781.

210. La retenue du Conseil dans l'appréciation accompagne donc très souvent son audace dans l'interprétation[532] et constitue, de manière générale, une caractéristique importante du contrôle de constitutionnalité français. Néanmoins, la question se pose de savoir dans quelle mesure la liberté d'appréciation du Conseil est effectivement limitée par sa retenue et quel est l'impact de cela sur le risque de partialité. Dans un numéro des *Cahiers* consacré au pouvoir normatif du juge constitutionnel, D. de Béchillon estime que « *mieux vaut en tout cas ne pas s'attarder à trop vouloir gloser sur l'efficacité de l'autolimitation, car tout et son contraire peut être dit à son sujet* »[533]. Il oppose alors le succès revendiqué de l'autolimitation du juge dans l'usage des PFRLR aux « *audaces prétoriennes du Conseil* [qui] *attestent toutes, par hypothèse, qu'il n'a pas été terrassé par l'inhibition* »[534].

211. Il est cependant certain que la retenue dans l'appréciation peut être plus ou moins marquée et cela se traduit dans les critères d'appréciation, comme c'est le cas pour le juge administratif. Alors qu'en cas de pouvoir discrétionnaire, le juge administratif ne contrôle que l'exactitude matérielle des faits et l'erreur manifeste d'appréciation, en cas de compétence liée il est amené à contrôler la qualification juridique des faits qui peut aller jusqu'à un bilan coûts-avantages. Dans ce second cas, la place laissée à l'appréciation subjective des juges est, d'un point de vue global, bien plus importante[535] et le risque de partialité est lui aussi plus fort.

---

[532] Comme le remarquait D. Rousseau à propos de la décision 2010-39 QPC, c'est une stratégie jurisprudentielle éprouvée : « *Mais là n'est pas l'important ; il fallait que le Conseil pose le principe de sa compétence juridictionnelle sur les interprétations des dispositions législatives par les juges ordinaires sans avoir à en faire application au cas d'espèce. Vieille stratégie de toutes les audaces jurisprudentielles depuis l'arrêt Madison c/ Marbury !* » (D. ROUSSEAU, « L'art italien au Conseil constitutionnel : les décisions des 6 et 14 octobre 2010 », *La Gazette du Palais,* 27 octobre 2010, n° 293-294, p. 12).

[533] D. DE BECHILLON, « Comment encadrer le pouvoir normatif du juge constitutionnel ? », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 24, 2008/2, disponible sur : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/comment-encadrer-le-pouvoir-normatif-du-juge-constitutionnel>.

[534] *Ibid.*

[535] C'est ce que remarqua G. Vedel lors de la délibération de la décision *Nationalisations* : « *Il ne faut pas oublier que le juge constitutionnel n'est pas chargé de substituer son appréciation à celle du législateur mais de dire si l'appréciation de ce dernier ne rencontre pas les limites de la Constitution. Pour une telle appréciation, le Conseil d'État, qui contrôle l'administration, examine le bilan de l'opération envisagée c'est-à-dire apprécie si les avantages justifient les atteintes qu'elle porte à la propriété et le coût qui va en résulter. C'est un contrôle qui manifestement va très loin dans l'examen de l'opportunité. Le Conseil constitutionnel, qui contrôle le législateur, souverain dans les limites de la Constitution, ne saurait adopter une telle méthode sans devenir le juge qui gouverne* » (Compte rendu des séances du 12 et 21 décembre 1981 et des 06, 07, 08, 09, 11, 15 et 16 janvier 1982, p. 4).

212. En théorie, cette distinction est inapplicable au Conseil : le législateur ne saurait avoir les mains liées, dès lors le pouvoir d'appréciation du Conseil est forcément limité. Cette idée est symbolisée par la formule de 1975[536] modifiée en 2000[537] selon laquelle le Conseil constitutionnel « *n'a pas un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement* ». Pour autant, selon le fameux *obiter dictum* de 1985, la loi n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution[538].

213. Concrètement, le Conseil fait varier l'intensité de son contrôle, et donc l'étendue de sa liberté d'appréciation, en fonction de plusieurs critères. Pour une minorité de libertés jugées particulièrement importantes, comme la liberté d'expression et de communication[539] et la liberté individuelle[540] le contrôle du Conseil est resserré à travers le triple contrôle de proportionnalité. À côté de cela existent des hypothèses de contrôle « normal », par exemple lorsque le Conseil contrôle l'existence d'un objectif d'intérêt général justifiant l'atteinte à une exigence constitutionnelle et l'absence d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi[541]. Il y a enfin un certain nombre d'hypothèses où son contrôle est restreint et où sa liberté d'appréciation est, en conséquence, limitée. L'examen de ces situations montre cependant que tout n'est pas si simple. Si la retenue du Conseil est réelle, c'est aussi une attitude ponctuelle, dont l'impact sur le risque de partialité est ambigu. Cette ambiguïté est observable, de façon générale, dans l'exercice du contrôle de l'erreur manifeste (1) mais aussi, en particulier, concernant l'examen des questions de société (2).

1. L'ambiguïté générale du contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation

214. Le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation est né implicitement dans la décision *Sécurité et liberté* de 1981 et explicitement dans la décision *Nationalisations* du 16 janvier 1982. Ces deux décisions portaient sur **l'idée de nécessité**, d'abord à

[536] CC, 74-75 DC, 15 janvier 1975, *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse*, §1.
[537] CC, 2000-433 DC, 27 juillet 2000, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*, §41.
[538] CC, 85-197 DC, 23 août 1985, *Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie*, §27.
[539] CC, 2009-580 DC, 10 juin 2009, *Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet*, §15.
[540] CC, 2008-562 DC, 21 février 2008, *Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental*, §13.
[541] Par exemple, concernant le droit d'accès aux documents administratifs : CC, 2020-834 QPC, 3 avril 2020, *Union nationale des étudiants de France*, §8.

travers le principe de nécessité des peines garanti par l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme, ensuite à propos de la nécessité publique des nationalisations, condition posée par l'article 17 de la Déclaration pour justifier une atteinte au droit de propriété. La retenue des juges est motivée dans ces deux cas par l'idée selon laquelle la nécessité renvoie à l'opportunité. Les délibérations de ces deux décisions en témoignent très clairement. Ainsi dans la décision *Sécurité et liberté*, M. Vedel, rapporteur, affirme qu'

> *en théorie, il est facile de distinguer, pour prendre le langage du Conseil d'État, la légalité et l'opportunité. C'est ce que fait l'un des considérants de votre décision relative à la loi sur l'interruption volontaire de grossesse, qui, d'ailleurs, est reproduit* expressis verbis *dans le projet d'avis. Mais en fait, il y a des cas où l'opportunité est une des conditions de la légalité*[542].

Le Conseil exerce donc un contrôle restreint lorsque l'opération de qualification lui semble trop subjective, parce que les critères **sont eux-mêmes subjectifs** comme l'idée de nécessité en matière pénale. Cette jurisprudence perdure jusqu'à aujourd'hui. Néanmoins, le contrôle restreint n'élimine pas toute subjectivité, loin s'en faut et lorsque le Conseil censure une disposition pour disproportion manifeste entre l'infraction et la peine encourue, il n'en contrôle pas moins « *l'opportunité même des choix opérés par le législateur* »[543]. C'est par exemple le cas lorsque le Conseil censure l'amende à taux unique venant punir la méconnaissance d'une obligation déclarative[544]. Cette jurisprudence montre par ailleurs que le contrôle restreint renvoie à différents degrés de contrôle qui sont parfois mieux précisés dans les commentaires que dans les

---

[542] J. BONNET *et al., Les grandes délibérations...*, p. 363-364. Il ajoute : « *Lorsque le juge administratif censure un règlement de police parce qu'il impose à telle liberté une restriction excessive par rapport aux nécessités de l'ordre public, il fait de la nécessité c'est-à-dire de l'opportunité du règlement une condition de sa légalité et il a raison. Le Conseil constitutionnel fait-il autre chose lorsque, dans sa décision du 9 janvier 1980 relative à l'expulsion des étrangers, il est amené à apprécier la durée pendant laquelle une détention par voie administrative d'un étranger en voie d'expulsion peut être prolongée sans atteinte à la liberté individuelle ? Mais cette voie est glissante, voire dangereuse, c'est celle du gouvernement des juges* ». Il affirme ensuite lors de la délibération de la décision *Nationalisations* : « *Le Conseil constitutionnel ne dispose pour l'appréciation de la nécessité publique d'aucune référence juridique. Le problème des nationalisations oppose une philosophie dirigiste à une philosophie libérale. Ce n'est pas au Conseil d'arbitrer, cela reviendrait à arbitrer entre deux politiques* ». Il ajoute : « *Le Conseil constitutionnel ne dispose pour l'appréciation de la nécessité publique d'aucune référence juridique. Le problème des nationalisations oppose une philosophie dirigiste à une philosophie libérale. Ce n'est pas au Conseil d'arbitrer, cela reviendrait à arbitrer entre deux politiques* » (Compte rendu des séances du 12 et 21 décembre 1981 et des 06, 07, 08, 09, 11, 15 et 16 janvier 1982, p. 4).

[543] D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel, op. cit.*, p. 369. Voir aussi L. HABIB, « La notion d'erreur manifeste d'appréciation dans la jurisprudence du Conseil », *RDP*, 1986, p. 695-730.

[544] Voir : CC, 2016-554 QPC, 22 juillet 2016, *M. Gilbert B. [Amende pour défaut de déclaration de comptes bancaires ouverts, utilisés ou clos à l'étranger II]* ; CC, 2016-618 QPC, 16 mars 2017, *Mme Michelle Theresa B. [Amende pour défaut de déclaration de trust]*.

décisions elles-mêmes[545]. L'utilisation du vocabulaire de l'erreur manifeste permet ainsi de simplifier en apparence un contrôle en réalité complexe.

215. Le Conseil restreint par ailleurs son contrôle dans certaines matières « *lorsque sont en cause certaines données techniques et scientifiques* »[546]. Cette jurisprudence peut être rapprochée de celle du Tribunal fédéral allemand selon laquelle lorsqu'est constaté un vide de connaissances scientifiques, « a vacuum of scientific knowledge », le contrôle juridictionnel peut être limité[547]. C'est, par exemple, ce dont témoigne la décision n° 2015-458 QPC concernant une politique de vaccination : le Conseil contrôle alors seulement le caractère manifestement inapproprié des moyens mis en œuvre pour accomplir l'objectif de protection de la santé[548]. Le même raisonnement fut adopté concernant l'usage du Bisphénol A sur le marché français[549]. La retenue du juge peut ici être expliquée par le fait que, si l'appréciation effectuée par le législateur est subjective, **les données en cause sont trop incertaines** pour que le juge substitue son appréciation à celle du législateur, sans lui-même faire preuve d'une très large subjectivité.

---

[545] Voir : CC, 2019-796 QPC, 5 juillet 2019, *Société Autolille [Annulation des réductions ou exonérations des cotisations et contributions sociales des donneurs d'ordre en cas de travail dissimulé]*, commentaire p. 12 et s. : *« Toutefois, le Conseil constitutionnel a développé depuis 2012 une jurisprudence particulière sur les peines dont le quantum résulte de l'application d'un taux à une assiette. En effet, deux difficultés peuvent rendre le contrôle du respect de l'exigence de proportionnalité de ces peines plus délicat et justifier un examen plus poussé du Conseil constitutionnel.* [...] *Dès lors, pour apprécier le caractère disproportionné, le Conseil constitutionnel prend en compte la nature du manquement, notamment son caractère intentionnel ou non, le montant du taux (ce qui peut, à soi seul, justifier une censure) et enfin le lien entre la nature de l'infraction et l'assiette de la sanction* ».

[546] CC, 2019-808 QPC, 11 octobre 2019, *Société Total raffinage France [Soumission des biocarburants à base d'huile de palme à la taxe incitative relative à l'incorporation de biocarburants]*, commentaire, p. 14.

[547] Voir (version anglaise) : BVerfG, Order of the First Senate of 23 October 2018, 1 BvR 2523/13, headnote n° 1, disponible sur <http://www.bverfg.de/e/rs20181023_1bvr252313en.html> : « Where judicial review reaches the limits of the current state of knowledge in ecological science and practice and the courts have examined the matter as extensively as possible, Art. 19(4) first sentence of the Basic Law does not require the courts to investigate further. Rather, the courts may then base their decision on the plausible assessment of the responsible administrative authority regarding the specialist question at issue » (traduction libre : « *Lorsque le contrôle juridictionnel touche aux limites des connaissances et des pratiques actuelles en matière d'écologie et que les cours ont examiné la question aussi largement que possible, l'article 19(4), première phrase de la Loi Fondamentale ne requiert pas des cours qu'elles examinent plus en avant la question. Plutôt, les cours peuvent alors fonder leur décision sur l'évaluation plausible de la question spécialisée en cause par l'autorité administrative responsable* »).

[548] CC, 2015-458 QPC, 20 mars 2015, *Époux L. [Obligation de vaccination],* §10.

[549] CC, 2015-480 QPC, 17 septembre 2015, *Association Plastics Europe [Suspension de la fabrication, de l'importation, de l'exportation et de la mise sur le marché de tout conditionnement à vocation alimentaire contenant du Bisphénol A]*, §6-7.

216. Le même raisonnement explique la jurisprudence du Conseil en matière fiscale. En effet, outre la « *capacité d'expertise* »[550] limitée du Conseil en matière fiscale, cette matière se fonde sans cesse sur des **seuils**. Or le choix d'un seuil comporte toujours une part d'arbitraire. Le contrôle restreint est alors *« la conséquence logique et naturelle du fait que le droit fiscal génère inévitablement des effets de seuil* »[551]. La même logique explique le caractère restreint du contrôle en matière de fixation d'un seuil électoral, concernant la fixation d'un seuil de représentativité[552], la durée du mandat des élus qui composent l'organe délibérant d'une collectivité territoriale[553] ou la délimitation de circonscriptions électorales[554]. Dans ces hypothèses, il est possible d'affirmer que le risque de partialité est effectivement limité, la place laissée à la subjectivité du juge étant moins importante.

217. Il nous faut cependant réserver une place spécifique à la jurisprudence récente du Conseil en **matière environnementale**. Ainsi dans la décision n° 2019-823 QPC[555], le Conseil concilie la liberté d'entreprendre avec les OVC de protection de l'environnement et de la santé. Si le contrôle du Conseil est traditionnellement restreint lorsqu'il concilie la liberté d'entreprendre avec d'autres exigences constitutionnelles[556], en matière environnementale, le Conseil se fonde sur « *l'état des connaissances* »[557]

---

[550] D. RIBES, « Le réalisme du Conseil constitutionnel », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 22, 2007/2, disponible sur : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/le-realisme-du-conseil-constitutionnel>.

[551] CC, 2015-498 QPC, 20 novembre 2015, *Société SIACI Saint-Honoré SAS et autres [Contribution patronale additionnelle sur les "retraites chapeau"]*, commentaire, p. 13.

[552] Voir récemment CC, 2019-811 QPC, 25 octobre 2019, *Mme Fairouz H. et autres [Seuil de représentativité applicable aux élections européennes]*, §11 et commentaire, p. 21.

[553] CC, 2010-603 DC, 11 février 2010, *Loi organisant la concomitance des renouvellements des conseils généraux et des conseils régionaux*, §13.

[554] CC, 2010-602 DC, 18 février 2010, *Loi ratifiant l'ordonnance n°2009-935 du 29 juillet 2009 portant répartition des sièges et délimitation des circonscriptions pour l'élection des députés*, §23.

[555] Voir CC, 2019-823 QPC, 31 janvier 2020, *Union des industries de la protection des plantes [Interdiction de la production, du stockage et de la circulation de certains produits phytopharmaceutiques]*, §9.

[556] CC, 2011-139 QPC, 24 juin 2011, *Association pour le droit à l'initiative économique [Conditions d'exercice de certaines activités artisanales]*, §8. Ce contrôle est néanmoins normal lorsque la liberté d'entreprendre est conciliée avec un objectif d'intérêt général. Voir par ex. CC, 2019-774 QPC, 12 avril 2019, *Société Magenta Discount et autre [Contrôle des prix et des marges en Nouvelle-Calédonie]*, §33 à 38.

[557] CC, 2019-823 QPC, 31 janvier 2020, *Union des industries de la protection des plantes [Interdiction de la production, du stockage et de la circulation de certains produits phytopharmaceutiques]*, §9 : « *En premier lieu, en adoptant ces dispositions, le législateur a entendu prévenir les atteintes à la santé humaine et à l'environnement susceptibles de résulter de la diffusion des substances actives contenues dans les produits en cause, dont la nocivité a été constatée dans le cadre de la procédure prévue par le règlement du 21 octobre 2009. Il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, qui ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement, de remettre en cause, au regard de l'état des connaissances, les dispositions ainsi prises par le législateur* ».

pour justifier une retenue globale dans l'appréciation. Néanmoins, la retenue n'est pas ici seulement motivée par le manque d'expertise du Conseil en la matière. Le Conseil semble poursuivre depuis 2018-2019 une politique jurisprudentielle plus favorable à la protection de l'environnement qu'elle ne l'était auparavant[558], consistant à « laisser les mains libres » au législateur dès lors qu'il légifère en ce sens, comme en témoigne la décision n° 2019-823 QPC elle-même, qui consacre l'OVC de protection de l'environnement, patrimoine commun des êtres humains, formule dont la portée universelle « *donne la possibilité pour le législateur de promouvoir cette protection partout sur la planète* »[559]. L'enjeu de cette décision était important puisque le législateur, ayant fait l'objet d'un lobbying intensif sur ces questions[560], avait pourtant choisi d'interdire, à partir de 2022, l'exportation dans le reste du monde de produits dont la vente était interdite au sein de l'Union européenne[561]. Pour les entreprises concernées, les dispositions portaient une atteinte excessive à la liberté d'entreprendre et étaient sans lien avec l'objectif de protection de l'environnement et de la santé dans la mesure où les pays importateurs de ces produits continueraient de les utiliser en se fournissant auprès d'entreprises concurrentes. Ce raisonnement avait été suivi par le Conseil concernant la commercialisation de produits à base de bisphénol A[562], ce qui l'avait conduit à censurer des dispositions interdisant l'exportation de tels produits. Cette décision rompt avec cette conception en « autorisant » le législateur à porter atteinte à la liberté d'entreprendre au nom de la protection de la santé et de l'environnement dans le monde[563]. Le Conseil fait ainsi preuve, par sa retenue, d'un certain « *volontarisme jurisprudentiel* »[564].

---

[558] Voir Y. AGUILA, L. ROLLINI, « Charte de l'environnement : le temps de la récolte », *La semaine juridique - édition générale,* n° 10, 9 mars 2020, p. 466-471.

[559] CC, 2019-823 QPC, 31 janvier 2020, *Union des industries de la protection des plantes [Interdiction de la production, du stockage et de la circulation de certains produits phytopharmaceutiques]*, §4. Le commentaire est particulièrement éclairant, p. 14. Cette décision se situe dans la continuité de la jurisprudence antérieure : CC, 2019-808 QPC, 11 octobre 2019, *Société Total raffinage France [Soumission des biocarburants à base d'huile de palme à la taxe incitative relative à l'incorporation de biocarburants]*, §8 ; CC, 2018-771 DC, 25 octobre 2018, *Loi pour l'équilibre des relations commerciales dans le secteur agricole et alimentaire et une alimentation saine, durable et accessible à tous*, commentaire, p. 14.

[560] Voir S. MANDARD, « Pesticides interdits : révélations sur le lobbying des industriels jusqu'au sommet de l'État », *Le Monde*, 28 janvier 2020.

[561] Voir S. MANDARD, « L'UE a autorisé l'exportation de plus de 80 000 tonnes de pesticides pourtant interdits au sein de l'Union », *Le Monde,* 10 septembre 2020.

[562] CC, 2015-480 QPC, 17 septembre 2015, *Association Plastics Europe [Suspension de la fabrication, de l'importation, de l'exportation et de la mise sur le marché de tout conditionnement à vocation alimentaire contenant du Bisphénol A]*, §8.

[563] Voir le commentaire de la décision n° 2019-823 QPC, p. 16 : « *Il s'agit de permettre au législateur de promouvoir, pour ce qui relève de la zone de souveraineté française, des comportements protecteurs,*

218. La décision n° 2019-794 DC[565] est tout aussi remarquable : dans cette décision, le Conseil abandonne sa jurisprudence selon laquelle les dispositions programmatiques ne peuvent être examinées par le Conseil, pour y substituer l'exercice d'un contrôle restreint : il estime donc qu'il ne lui appartient pas de se prononcer sur l'opportunité des objectifs que le législateur assigne à l'action de l'État, dès lors qu'ils ne sont pas manifestement inadéquats à la mise en œuvre de l'article 1er de la Charte de l'environnement.

219. Ce passage de l'absence de contrôle au contrôle restreint montre l'ambiguïté de ce contrôle de l'erreur manifeste, qui reste un moyen pour le Conseil d'opposer son point de vue à celui du législateur – *to put his foot down* selon l'expression anglaise – concernant l'opportunité des objectifs assignés à l'action de l'État en matière environnementale. Dès lors, si le contrôle restreint est un moyen pour le Conseil de signifier au législateur qu'il a les mains libres en matière environnementale, ce dernier n'a les mains libres que dans la mesure où ses vues **ne sont pas manifestement discordantes** avec celles du Conseil. Cet exemple montre toute l'ambiguïté du *self-restraint* du juge constitutionnel. Faut-il alors souhaiter que le Conseil n'effectue aucun contrôle sur les questions jugées trop subjectives ? Un tel choix est problématique, comme l'illustre la jurisprudence du Conseil relative aux « questions de société ».

2. L'ambiguïté spécifique dans l'examen des questions de société

220. Le Conseil fait preuve d'une retenue particulière dans le traitement de ce qui a été identifié comme des « questions de société » par les commentaires officiels[566].

---

quand bien même cette action positive pourrait se trouver, matériellement, annihilée par une recrudescence d'actions nuisibles à l'environnement commises par les entreprises d'autres pays ».

[564] L. FONBAUSTIER, « Valeur constitutionnelle de la protection de l'environnement – le Conseil constitutionnel et la liberté d'entreprendre à la lumière des objectifs de valeur constitutionnelle de protection de l'environnement et de la santé », *Droit administratif,* n° 4, avril 2020, p. 23.

[565] CC, 2019-794 DC, 20 décembre 2019, *Loi d'orientation des mobilités*, §36-37.

[566] Ce sont les décisions suivantes : CC, 74-75 DC, 15 janvier 1975, *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse* ; CC, 94-343/344 DC, 27 juillet 1994, *Loi relative au respect du corps humain et loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal* ; CC, 2010-39 QPC, 6 octobre 2010, *Mmes Isabelle D. et Isabelle B. [Adoption au sein d'un couple non marié]* ; CC, 2010-92 QPC, 28 janvier 2011, *Mme Corinne C. et autre [Interdiction du mariage entre personnes de même sexe]* ; CC, 2011-173 QPC, 30 septembre 2011, *M. Louis C. et autres [Conditions de réalisation des expertises génétiques sur une personne décédée à des fins d'action en matière de filiation]* ; CC, 2012-249 QPC, 16 mai 2012, *Société Cryo-Save France [Prélèvement de cellules du sang de cordon ou placentaire ou de cellules du cordon ou du placenta]* ; CC, 2013-669 DC, 17 mai 2013, *Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de*

La plupart des questions portées à la connaissance du Conseil pourraient être qualifiées de questions de société. Néanmoins, les commentaires du service juridique utilisent cette expression pour désigner un certain nombre de thèmes spécifiques. Parmi ces questions, le Conseil refuse de répondre à la question de savoir ce qu'est une « personne humaine ». Ainsi dans la décision IVG de 1975, le Conseil élude cette question en se réfugiant derrière l'appréciation effectuée par le législateur[567]. Il utilisera la même technique en 2000 et en 2014, évitant ainsi de « *se prononcer sur un seuil, au cours de la gestation, au-delà duquel la protection de la vie interdirait l'IVG* »[568].

221. Par ailleurs, dans la décision *Bioéthique*, le Conseil était aussi amené à se demander si l'embryon était une personne humaine alors que la loi prévoyait la destruction de ces embryons après un certain délai. Il utilisa alors la même stratégie :

> *Considérant que le législateur a assorti la conception, l'implantation et la conservation des embryons fécondés in vitro de nombreuses garanties ; que cependant, il n'a pas considéré que devait être assurée la conservation, en toutes circonstances, et pour une durée indéterminée, de tous les embryons déjà formés ; qu'il a estimé que le principe du respect de tout être humain dès le commencement de sa vie ne leur était pas applicable ; qu'il a par suite nécessairement considéré que le principe d'égalité n'était pas non plus applicable à ces embryons*[569].

---

même sexe ; CC, 2014-700 DC, 31 juillet 2014, *Loi pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes*. Pour l'utilisation de l'expression « question de société », voir les commentaires des décisions : 2010-39 QPC, p. 10 ; 2010-92 QPC, p. 12 ; 2012-249 QPC, p. 8 ; 2013-669 DC, p. 16 ; 2014-700 DC, p. 4.

[567] CC, 74-75 DC, 15 janvier 1975, *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse*, §9 : « *Considérant que la loi déférée au Conseil constitutionnel n'admet qu'il soit porté atteinte au principe du respect de tout être humain dès le commencement de la vie, rappelé dans son article 1er, qu'en cas de nécessité et selon les conditions et limitations qu'elle définit* ».

[568] CC, 2014-700 DC, 31 juillet 2014, *Loi pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes*, commentaire p. 4. Voir CC, 2001-446 DC, 27 juin 2001, *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception,* §5 : « *qu'en réservant la faculté de recourir à l'interruption volontaire de grossesse à "la femme enceinte que son état place dans une situation de détresse", le législateur a entendu exclure toute fraude à la loi et, plus généralement, toute dénaturation des principes qu'il a posés, principes au nombre desquels figure, à l'article L. 2211-1 du code de la santé publique, "le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie*" ». Voir aussi CC, 2014-700 DC, 31 juillet 2014, *Loi pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes,* §3-4 et commentaire p. 4-6.

[569] CC, 94-343/344 DC, 27 juillet 1994, *Loi relative au respect du corps humain et loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal*, §9.

Comme le remarque O. Cayla, le Conseil refuse ici purement et simplement de procéder à la qualification juridique de l'embryon[570] et par suite de procéder au contrôle de constitutionnalité :

> *Le résultat pratique d'un tel constat est simple : si la loi est "jugée" constitutionnelle, ce n'est nullement parce qu'il est établi qu'elle a respecté le principe de dignité de la personne humaine et s'est donc conformée à la Constitution, mais c'est tout bonnement parce que* le juge n'a effectué rigoureusement aucun contrôle *et s'est contenté d'y substituer* une présomption irréfragable de constitutionnalité *de la loi*[571].

Nous retrouvons alors l'audace et la prudence concomitantes du Conseil : « *Dans le moment même où le juge apprend au citoyen édifié et admiratif que le Parlement ne saurait, par la loi, attenter à la dignité humaine, il lui explique aussi que seule la loi a la compétence pour définir l'humanité* »[572]. Néanmoins dans cette décision, comme dans la décision *IVG II,* le Conseil ne s'interdit pas tout contrôle pour l'avenir puisque la loi est jugée conforme « *au regard de l'état des connaissances et des techniques* »[573]. Il faut cependant reconnaître la faiblesse d'une telle formule face à des questions qui sont tout autant métaphysiques que scientifiques.

222. Les commentaires officiels ont identifié d'autres questions de société. Ainsi en est-il des conditions de prélèvement et d'utilisation de cellules du sang de cordon ou placentaires ou de cordon ou du placenta, au regard de la liberté personnelle[574]. Dans

---

[570] Voir O. CAYLA, « "Si la volonté générale peut errer" À propos de "l'erreur manifeste d'appréciation" du législateur », *Le temps des savoirs*, n° 2, septembre 2000, p. 49 : « *On le voit, le raisonnement du juge ne prend pas ici son départ dans une qualification juridique "objective" de l'embryon qui lui permettrait d'en déduire, suivant l'ordre du syllogisme judiciaire, le caractère constitutionnel ou non de la volonté du législateur d'en permettre la destruction, mais il procède exactement à l'inverse : constatant cette volonté permissive du législateur, il en infère que ce dernier a dû nécessairement considérer l'embryon comme ne détenant pas, de son propre point de vue* subjectif, *la qualité de personne humaine, ou plus exactement "d'être humain", puisque d'avoir à lui appliquer "le principe du respect de tout être humain" ne lui a pas paru indispensable. Dès lors, le juge met en œuvre son "contrôle de constitutionnalité" de la loi d'une manière plutôt insolite, c'est le moins que l'on puisse dire* ».

[571] *Ibid.*, p. 49-50.

[572] *Ibid.*, p. 50.

[573] CC, 94-343/344 DC, 27 juillet 1994, *Loi relative au respect du corps humain et loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal*, §10 ; CC, 2001-446 DC, 27 juin 2001, *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception,* §4.

[574] CC, 2012-249 QPC, 16 mai 2012, *Société Cryo-Save France [Prélèvement de cellules du sang de cordon ou placentaire ou de cellules du cordon ou du placenta]*, §7 : « *qu'il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, qui ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement, de substituer son appréciation à celle du législateur sur les conditions dans lesquelles de telles cellules peuvent être prélevées et les utilisations auxquelles elles sont destinées ; que, par suite, le grief tiré de la méconnaissance de la liberté personnelle doit être écarté* ».

cette décision le Conseil écarte simplement le grief tiré de la méconnaissance de la liberté personnelle, estimant que, jusqu'en 2011, ces éléments étaient considérés comme des « *déchets hospitaliers* »[575]. Si depuis 2011, le consentement écrit de la femme est requis, cela « *n'a pas eu pour objet ni pour effet de conférer des droits sur ces cellules* »[576]. Le commentaire se fonde sur le caractère très évolutif de la question pour expliquer la retenue du Conseil : « *Le Conseil constitutionnel a toujours veillé, sur ces questions de société très évolutives, à marquer la différence entre son rôle et celui du Parlement* »[577]. La retenue conduit ici le Conseil à ne pas effectuer un contrôle qu'il était pourtant possible d'effectuer en conciliant la liberté personnelle avec la santé publique[578].

223. Le Conseil s'est aussi refusé à examiner la question des expertises génétiques sur une personne décédée à des fins d'action en matière de filiation au regard de l'atteinte au droit à la vie privée et au droit de mener une vie familiale, se fondant sur l'appréciation effectuée par le législateur du respect dû au corps humain[579]. Un raisonnement proche est enfin tenu dans sa décision *Loi dite anti-Perruche,* le Conseil se refusant explicitement à examiner l'objectif poursuivi par le législateur car il renvoie à des « *considérations éthiques et sociales* »[580]. La question de l'indemnisation du

---

[575] *Ibid.*, commentaire, p. 7.
[576] *Ibid.*, §7.
[577] *Ibid.*, commentaire, p. 8.
[578] *Ibid.*, commentaire, p. 6. Voir aussi M.-X. CATTO, « Constitutionnalité de l'interdiction de conserver, à titre préventif, le sang de cordon dans un cadre intrafamilial », *in Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF* [en ligne], 3 juin 2012 : « *En se cachant derrière le seul critère de la détachabilité, les commentaires autorisés du Conseil constitutionnel valident une pratique sans fondement qui autorise le fait de gagner de l'argent sur le corps des autres mais non avec le sien. Or soit la santé publique est intéressée et les restrictions à la libre disposition trouvent leur fondement, soit la santé publique n'y est pas intéressée et alors, comme tous les éléments détachés, l'individu en fait ce qu'il veut. Il paraît donc très problématique que le commentaire de la décision, loin de justifier l'absence de droits de disposer de ses éléments par la dimension publique de la santé, légitime à l'inverse l'inexistence d'un droit sur les éléments qui y échappent alors précisément que d'autres se l'octroient* ».
[579] CC, 2011-173 QPC, 30 septembre 2011, *M. Louis C. et autres [Conditions de réalisation des expertises génétiques sur une personne décédée à des fins d'action en matière de filiation]*, §6 : « *Considérant qu'en disposant que les personnes décédées sont présumées ne pas avoir consenti à une identification par empreintes génétiques, le législateur a entendu faire obstacle aux exhumations afin d'assurer le respect dû aux morts ; qu'il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer son appréciation à celle du législateur sur la prise en compte, en cette matière, du respect dû au corps humain ; que, par suite, les griefs tirés de la méconnaissance du respect dû à la vie privée et au droit de mener une vie familiale normale doivent être écartés* ».
[580] CC, 2010-2 QPC, 11 juin 2010, *Mme Vivianne L. [Loi dite "anti-Perruche"],* §14 : « *qu'en décidant, ainsi, que les charges particulières découlant, tout au long de la vie de l'enfant, de son handicap, ne peuvent constituer un préjudice indemnisable lorsque la faute invoquée n'est pas à l'origine du handicap, le législateur a pris en compte des considérations éthiques et sociales qui relèvent de sa seule appréciation* ». Il suit implicitement le même raisonnement dans sa décision CC, 2010-613 DC, 7 octobre 2010, *Loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public*, §4.

handicap non décelé avant la naissance n'est pas qualifiée de question de société, mais l'on conviendra qu'elle en est très proche.

224. Enfin sont identifiées comme des questions de société celles relatives aux couples homosexuels. Dans sa décision du 6 octobre 2010 relative à l'adoption au sein d'un couple non marié, le Conseil refuse d'examiner la pertinence de la différence de situation entre couples de personnes de sexe différent et de même sexe au regard de l'objet de la loi : « *qu'il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer son appréciation à celle du législateur sur les conséquences qu'il convient de tirer, en l'espèce, de la situation particulière des enfants élevés par deux personnes de même sexe* »[581]. Le commentaire explique alors que

> *Pour le Conseil constitutionnel, juger si, oui ou non, il existe un motif d'intérêt général pour interdire l'établissement d'un double lien de filiation de même sexe à l'égard d'un mineur ou juger si, oui ou non, la différence de situation entre couple de même sexe et couple de sexe différent, que nul ne conteste, est en lien direct avec l'intérêt de l'enfant, et peut justifier une différence de traitement appliquée à l'établissement du lien de filiation à l'égard de l'enfant mineur, consiste à prendre position dans un débat éthique, scientifique et, en définitive, politique sur l'homoparentalité*[582].

Le Conseil refuse donc d'examiner l'atteinte au principe d'égalité. Le même raisonnement est tenu dans ses décisions de 2010[583] et de 2013[584]. Si le Conseil estime, dans ces deux décisions, qu'il existe une différence de situation entre couples homosexuels et hétérosexuels pouvant justifier une différence de traitement, l'appréciation de cette différence de traitement revient entièrement au législateur[585].

225. Nous savons donc aujourd'hui que, sur certains sujets, le Conseil ne s'opposera pas, par principe, à la volonté du législateur. Sont concernés le mariage

---

[581] CC, 2010-39 QPC, 6 octobre 2010, *Mmes Isabelle D. et Isabelle B. [Adoption au sein d'un couple non marié]*, §9.
[582] *Ibid.*, p. 10.
[583] CC, 2010-92 QPC, 28 janvier 2011, *Mme Corinne C. et autre [Interdiction du mariage entre personnes de même sexe]*.
[584] CC, 2013-669 DC, 17 mai 2013, *Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe.*
[585] *Ibid.*, §22 : « *Considérant, en troisième lieu, qu'en ouvrant l'accès à l'institution du mariage aux couples de personnes de même sexe, le législateur a estimé que la différence entre les couples formés d'un homme et d'une femme et les couples de personnes de même sexe ne justifiait plus que ces derniers ne puissent accéder au statut et à la protection juridique attachés au mariage ; qu'il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer son appréciation à celle du législateur sur la prise en compte, en matière de mariage, de cette différence de situation* ».

homosexuel, l'homoparentalité, la question du commencement de la vie[586], certaines questions « très évolutives » de bioéthique, l'établissement de la filiation par expertise génétique sur une personne décédée... En faisant ce choix de la retenue, le Conseil s'incline entièrement devant la volonté du législateur en ce qui concerne ces questions de fond. L'impact de cette attitude sur le risque de partialité est très ambigu. D'un côté, lorsque le juge **refuse de prendre parti sur un débat de fond, cela élimine totalement le risque de partialité, en particulier lié aux sentiments personnels des juges**[587]. D'un autre côté cependant, si le juge ne prend pas parti sur la question de fond posée, il prend toujours parti sur la constitutionnalité de la loi. Or, si la loi est jugée constitutionnelle par avance, il y a partialité[588]. Dès lors, le risque de partialité apparaît bien inhérent au contrôle de constitutionnalité : il semble impossible d'y échapper, que le Conseil décide d'exercer pleinement sa mission ou non.

[586] Sauf très hypothétique évolution des connaissances sur ce point (le Conseil jugeant « *au regard de l'état des connaissances et des techniques* »).

[587] Le compte rendu de la délibération *IVG* de 1975 montre à quel point le risque de partialité lié aux sentiments personnels des juges est fort sur ces questions. Voir J. BONNET *et al*., *Les grandes délibérations...*, *op. cit.*, p. 266-286.

[588] Cette idée peut être rapprochée de ce que nous avons affirmé à propos de l'existence de droits absolus au sein d'une Constitution. Ces raisonnements trop absolutistes mettent en échec l'idée même de conflit et donc de procès. *In fine*, comme le remarque A. Roblot-Troizier : « *l'identification d'une "question de société" est une forme de renoncement au plein exercice de sa mission* » (A. ROBLOT-TROISZIER, « Chronique de droits fondamentaux et libertés publiques », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 46, 2015/1, p. 105). Voir nos développements *infra* §506 et s. pour l'examen des conséquences de cette jurisprudence sur l'indépendance du Conseil.

Conclusion du Chapitre II

226. Les critères d'appréciation constituent une limite au-delà de laquelle la partialité du juge ne peut s'exprimer, ils jalonnent l'appréciation de repères extérieurs à la subjectivité du juge. Cependant, le cadre que constituent les critères reste relatif. Non seulement les critères sont impuissants à réduire la complexité des questions posées, mais ils reflètent eux-mêmes cette complexité. Beaucoup dépend, finalement, du cas en cause, et non du degré d'objectivité des critères utilisés. L'appréciation de la constitutionnalité de la loi est ainsi une opération subjective et non un processus purement déductif. **Le risque de partialité accompagne inévitablement cet exercice, même s'il ne se réalise pas forcément.**

227. Au-delà des critères, l'appréciation est conditionnée par la contrainte de légitimité, contrainte supérieure du système juridique, intersubjective car renvoyant directement aux relations entre les acteurs du système. Le Conseil devant assurer l'acceptabilité de ses décisions, il utilise plusieurs moyens de légitimation dont certains ont un impact sur sa liberté d'appréciation : la motivation et la retenue dans l'appréciation.

228. Ces deux moyens de légitimation ont un impact ambivalent sur le risque de partialité. La motivation, bien qu'essentielle en tant que support sur lequel viennent se greffer d'autres contraintes juridiques, reste néanmoins une contrainte relative du fait de sa trop grande brièveté. Elle reste conçue comme un acte d'autorité avant d'être un acte de persuasion, ce qui limite son impact sur la liberté d'appréciation des juges constitutionnels. Enfin, si la retenue du Conseil dans l'appréciation est réelle et limite en cela la place laissée aux préférences subjectives des juges, le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation n'élimine pas toute subjectivité, tandis que la retenue totale dont peut faire preuve le Conseil sur certaines questions le conduit paradoxalement à une forme de partialité qui, nous le verrons, est potentiellement dommageable pour son indépendance.

Conclusion du Titre I

229. Bien que le Conseil appartienne à un système juridique contraignant et ne dispose pas d'un pouvoir arbitraire, le risque de partialité n'en est pas moins inhérent au contrôle de constitutionnalité, tant du fait des contraintes pesant sur le Conseil que de sa liberté de juge de la constitutionnalité des lois. Le contrôle de la constitutionnalité des lois n'est pas une activité « pure », mais constitue bien une discussion dynamique, tant sur le sens de la Constitution et de la loi, que sur la conformité de la loi à la Constitution. **Cette riche discussion laisse une large place à l'expression de la partialité du juge, mais aussi à d'autres éléments qui sont autant d'obstacles à sa partialité** : les textes, la jurisprudence, le regard des autres acteurs du système juridique ont une influence déterminante sur l'exercice du contrôle de constitutionnalité des lois.

230. Nous avons pris la mesure du risque de partialité lié aux libertés d'interprétation et d'appréciation des juges constitutionnels. L'examen des libertés d'interprétation et d'appréciation du Conseil nous a amenés à nous interroger sur ce qui pèse sur cette liberté, spécifiquement pour le Conseil constitutionnel. Nous n'en avons pas moins remarqué que tout juge constitutionnel et, plus généralement, tout juge suprême, bénéfice d'une immense liberté d'interprétation et d'appréciation rendant le risque de partialité inévitable pour ces juges.

231. Ce risque est encore aggravé en France s'agissant du Conseil, tant du fait de l'histoire particulière de ce dernier que de sa composition actuelle, elle-même liée à la genèse de l'institution. La question du cumul des fonctions se pose en effet en des termes particuliers pour le Conseil constitutionnel. Or, de ce point de vue, le risque pourrait être minimisé par un renforcement des mécanismes existants.

TITRE II. UN RISQUE LIÉ À LA DOUBLE VIE DES JUGES PARTIELLEMENT APPRÉHENDÉ

232. Alors que le Titre I traite essentiellement de la marge de liberté dont dispose le juge constitutionnel français dans l'interprétation et dans l'appréciation, laissant nécessairement une place à l'expression de sa partialité, ce Titre II sera en grande partie consacré à la question du cumul des fonctions[589]. Néanmoins, ne nous y trompons pas, tout est encore question de liberté ici. Nous avions introduit notre partie I par un constat selon lequel la liberté du juge est au fondement de la partialité : sans liberté de choix, le juge ne pourrait être partial, ses sentiments personnels n'auraient aucune importance. Dans ce second titre, **c'est la liberté laissée par le statut qu'il s'agit d'aborder**, liberté d'avoir eu, ou de poursuivre une activité pouvant entraîner leur partialité. Cette question se pose avec acuité pour les juges constitutionnels français du fait de leur « double vie ».

233. La « *double vie* » [590] des juges, expression que nous empruntons à F. Tulkens et S.Van Drooghenbroeck, désigne la situation de certains juges qui ont deux vies professionnelles concomitantes ou successives : qui sont juges mais aussi avocats, commerçants, chefs d'entreprise, salariés ou même militaires[591]. Cette possibilité accordée à certains juges de mener une double vie est fondée sur leur capacité d'expertise, l'engorgement des tribunaux ou la représentation équilibrée des intérêts dans le procès et fait l'objet d'une jurisprudence nuancée de la part de la Cour européenne des droits de l'homme, qui compose aussi bien avec les traditions nationales qu'avec les considérations d'opportunité[592].

---

[589] Si cela renvoie à la notion d'impartialité objective telle que conçue par la Cour européenne des droits de l'homme, nous rappelons avoir fait le choix de ne pas nous fonder à titre principal sur cette distinction.

[590] F. TULKENS, S. VAN DROOGHENBROECK, « La double vie du juge est-elle compatible avec son impartialité ? », in *Liber amicorum Paul Martens, L'humanisme dans la résolution des conflits. Utopie ou réalité ?,* Larcier, 2007, p. 485-509.

[591] *Ibid.*, p. 496.

[592] Voir not. CEDH, 41579/98, 26 octobre 2004, *AB Kurt Kellermann c. Suède*, §60 : « *La Cour observe tout d'abord que les assesseurs-échevins siégeant au sein du tribunal du travail, qui prêtent serment, ont une connaissance et une expérience singulières du marché du travail. Ils aident donc le tribunal à appréhender des questions en ce domaine et apparaissent en principe hautement qualifiés pour participer au règlement des différends du travail. Il convient également de noter que la présence d'assesseurs-échevins au sein de diverses juridictions spécialisées est une caractéristique qui se retrouve dans de nombreux pays. Il n'en résulte pourtant pas que leur indépendance et leur impartialité ne puissent être sujettes à caution dans un cas donné* ». Voir aussi CEDH, 11179/84, 22 juin 1989, *Langborger c. Suède,* §34 ; CEDH, 69742/01, 27 juillet 2006, *Gubler c. France*, §25-30.

234. Cette spécificité a pu encourager une certaine méfiance à l'égard de ces juges particuliers et le débat sur leur impartialité reste ouvert en France tant pour les juges consulaires que pour les conseillers prud'homaux et ce bien que leur existence soit ancienne[593]. Il en est de même pour les membres du Conseil constitutionnel qui ne sont pas juges constitutionnels de carrière mais ont tous une « *première vie* »[594] dans le monde politique, universitaire, administratif ou judiciaire.

235. La réflexion portera d'une part sur l'impact de la vie passée des juges sur leur vie présente, et d'autre part sur l'existence d'une double vie présente, afin de mettre en valeur la spécificité des mécanismes venant appréhender la partialité des juges dans chacune de ces situations.

236. La double vie présente concerne l'impact sur le risque de partialité d'une activité concomitante à celle de juge constitutionnel. De ce point de vue, il apparaît que le statut applicable aux juges constitutionnels limite cette double vie, sans pouvoir l'empêcher totalement (Chapitre I). La vie passée du juge constitutionnel est quant à elle jalonnée de partis pris et préjugés. Encore faut-il déterminer dans quelle mesure ces partis pris et préjugés sont susceptibles d'engendrer la partialité du juge. Un tel risque fait l'objet de mécanismes spécifiques : le déport et la récusation. Nous verrons alors que le risque de partialité lié à la vie passée des juges constitutionnels français est partiellement appréhendé et que les mécanismes du déport et de la récusation sont perfectibles (Chapitre II).

[593] La juridiction consulaire a été créée par un édit de novembre 1563 rendu par Charles IX. Voir à ce propos, F. DAVID, *Tribunal de Commerce de Caen, 1710-2010, Trois cents ans de Juridiction Commerciale*, sans éd., 2010, 160 p. Les premiers conseils de prud'hommes datent quant à eux du XIII^e^ siècle.

[594] P. DEUMIER, « Le Conseil constitutionnel, juridiction impartiale et indépendante ? », *Revue trimestrielle de droit civil*, 2012, p. 481.

Chapitre I. La double vie présente limitée par le statut

237. Le cas des anciens Présidents de la République fait l'objet d'un consensus chez les juristes : c'est une « *anomalie* »[595], une « *étrangeté* »[596], un « *anachronisme* »[597], leur place au Conseil « *ne se justifie plus du tout* »[598], ils « *n'ont rien à faire là* »[599]. Ce consensus[600] permet de dire qu'objectivement la place des anciens Présidents n'est pas au Conseil, c'est-à-dire que cette idée est perçue non pas comme une opinion subjective mais comme une réalité. Se pose cependant la question des raisons exactes qui motivent ce consensus, qui expliquent ce qui est vu aujourd'hui comme une évidence. L'idée générale est que les anciens Présidents n'auraient pas l'étoffe d'un juge impartial :

> *Il est d'une rare évidence qu'une démocratie comme la nôtre ne peut pas ne pas se soucier de conserver un statut et une protection à celui qui a présidé à sa destinée. Mais on peine à trouver pire solution que celle consistant à lui attribuer la qualité d'un juge, désintéressé et impartial par construction. Rien n'est plus politique que la fonction de président de la cinquième République élu au suffrage universel ; rien n'est donc plus éloigné du canon du ministère juridictionnel*[601].

Ce consensus constitue un support de réflexion très utile parce qu'il n'en existe pas concernant les membres nommés. Plus encore, comme le rappelle O. Pluen : « *L'exercice antérieur d'une fonction ou d'un mandat proprement politique ne constitue pas, en France, un obstacle rédhibitoire à l'exercice de fonctions juridictionnelles, une sorte de bienveillance prévalant même en la matière* »[602]. La question qui se pose

---

[595] E. CARTIER, « La récusation et le déport devant le Conseil constitutionnel : cote mal taillée ou réelle avancée ? », *Petites affiches*, n° 89, 5 mai 2011, p. 22.
[596] P. WACHSMANN, « Sur la composition du Conseil constitutionnel », *Jus Politicum* [en ligne], n° 5, décembre 2010, p. 26.
[597] P. JAN, O. PLUEN, « Les anciens présidents de la République, membres de droit du Conseil constitutionnel : un anachronisme bien vivant », *Les petites affiches*, n° 239, 30 novembre 2016, p. 27.
[598] J.-C. COLLIARD, « Un nouveau Conseil Constitutionnel ? », *Pouvoirs*, n° 137, avril 2011, p. 157.
[599] D. DE BECHILLON, « Appel au calme (sur la composition du Conseil constitutionnel) », *Revue de droit d'Assas*, n° 5, février 2012, p. 115.
[600] Voir pour une rare exception : R. DE BELLESCIZE, « Contre l'indépendance du Conseil constitutionnel », *Le Monde*, 12 juillet 2013. Voir la réflexion approfondie d'O. Pluen sur la pertinence de la présence des anciens Présidents au Conseil : P. JAN, O. PLUEN, « Les anciens présidents de la République... », *op. cit.*, p. 27.
[601] D. DE BECHILLON, « Appel au calme... », *op. cit.,* p. 115.
[602] P. JAN, O. PLUEN, « Les anciens présidents de la République... », *op. cit.* p. 27. Les auteurs rappellent alors que « *les nominations qui y sont faites sont révélatrices de cet état d'esprit. La désignation par Jacques Chirac de Jean-Louis Debré, ancien député, ministre et président de l'Assemblée nationale, à la présidence de l'institution, pouvait encore se comprendre en 2007. Mais que dire de la décision de François Hollande de le remplacer en 2016 par Laurent Fabius, personnalité au parcours politique*

est alors simple : qu'est-ce qui distingue l'ancien Président du membre nommé ayant consacré sa carrière à la politique ? Pourquoi l'un n'a pas, d'évidence, l'étoffe d'un juge impartial et l'autre oui ?

238. Nous verrons que si des rapprochements peuvent être faits, la « *liberté de parole et de mouvement* »[603] dont bénéficient les anciens Présidents (Section I) est bien plus forte que celle des membres nommés (Section II), expliquant au moins en partie l'existence d'un risque de partialité plus fort les concernant.

Section I. La « liberté de parole et de mouvement »[604] des anciens Présidents de la République

239. Le statut laisse les anciens Présidents libres de mener une vie politique parallèle à leur vie de juge constitutionnel (§I) et cette possibilité crée un risque de partialité plus fort dès lors que leur vie politique est inachevée (§II).

§I. Un statut permettant la superposition des vies

240. Le statut applicable aux membres de droit est un statut permissif à deux points de vue : d'abord parce qu'il est « de droit » et « à vie » pour les anciens Présidents, ce qui signifie qu'ils ont le choix de siéger ou non (A). Ensuite parce que le régime d'obligations relatif aux membres du Conseil n'a pas été conçu pour les membres de droit, le rendant difficilement applicable à ces derniers (B).

A. Un statut permettant une présence sélective

241. Initialement, les anciens Présidents de la République ne devaient pas faire partie du Conseil constitutionnel, comme en témoignent les travaux préparatoires de la Constitution : ils sont absents des premiers projets de rédaction des articles concernant

---

analogue et candidat à la primaire de 2007, alors qu'étaient entre-temps intervenus la révision de 2008 introduisant un système de veto supposé inspiré du modèle américain et le rapport de la Commission de rénovation et de déontologie de la vie publique de 2012 ? ».

[603] D. ROSENBERG, « Les anciens Présidents de la République, membres de droit du Conseil constitutionnel : l'impossible retraite », *RDP*, 1985, p. 1305.

[604] *Ibid.*

le Conseil constitutionnel et n'apparaissent que dans l'avant-projet de Constitution du 15 juillet 1958[605]. Lors de l'élaboration de la Constitution de 1958 s'est cependant posée la question du statut réservé à ces derniers. Le contexte est particulier : R. Coty, ancien Président de la IV^e^ République, avait aidé le général de Gaulle à revenir au pouvoir et V. Auriol s'y était plus modestement rallié en 1958. Leur offrir une place au Conseil était une forme de remerciement et « *l'un des signes de la continuité maintenue entre la IV^e^ et la V^e^ République* »[606]. Leur présence au sein du Conseil était alors honorifique mais justifiée dans l'esprit des rédacteurs par le rôle de gardien de la Constitution dévolu au Président de la République par l'article 5 de la Constitution[607]. Ce statut s'est néanmoins rapidement révélé inadapté à la réalité du fonctionnement de la V^e^ : ce qui pouvait être admissible pour les anciens Présidents de la IV^e^ est vite devenu impraticable pour les Présidents de la V^e^, particulièrement après 1962.

242. Pourtant, le problème de la présence des anciens Présidents de la République au Conseil ne se situe pas uniquement dans la pratique du régime. La preuve en est que V. Auriol est probablement l'ancien Président ayant posé le plus de difficultés en siégeant au Conseil, instrumentalisant l'institution sans remords à des fins politiques, alors qu'il était Président de la République sous la IV^e^ soit la « *première magistrature morale du régime* »[608] et non le chef sans partage d'une majorité.

243. Aussi faut-il s'intéresser, au-delà de la qualité même d'ancien Président de la République, au statut de membre de droit comme source de liberté laissant une plus grande place à la partialité des anciens Présidents. C'est ce que souligne Dominique Rosenberg, « *On se trouve* [...] *devant un phénomène juridique classique, la distinction entre la jouissance d'un droit et son exercice : les anciens Présidents de la République sont membres de droit du Conseil constitutionnel mais ne sont pas tenus d'y siéger pour participer à ses travaux* »[609]. La conséquence de cela est importante : libres de faire

---

[605] Voir *Documents pour servir à l'histoire...,* vol. I, *op. cit.*, p. 423 et 437.
[606] D. ROSENBERG, « Les anciens Présidents de la République... », *op. cit.*, p. 1270-1271.
[607] Voir l'intervention du commissaire du Gouvernement Janot : « *En outre, les anciens présidents de la République, qui ont l'expérience de ce rôle de gardien de la Constitution - cette fonction qui consiste à veiller au bon fonctionnement des pouvoirs par un arbitrage constant -, en font obligatoirement partie* » (*Documents pour servir à l'histoire...,* vol. II, *op. cit.*, p. 72). O. Pluen rappelle à ce sujet que ce motif était prépondérant et non accessoire dans l'esprit des rédacteurs de la Constitution : « *Ce motif ne saurait d'ailleurs être regardé comme une reconstruction faite a posteriori de l'histoire, les travaux préparatoires à la Constitution du 27 octobre 1946 montrant à quel point le principe d'un président protecteur de la Constitution avait été intégré par ses rédacteurs* » (voir P. JAN, O. PLUEN, « Les anciens présidents de la République...», *op. cit.*, p. 27).
[608] G. BERLIA, « La présidence de la République », *RDP*, 1958, p. 50 et s. cité par G. VEDEL, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, *op. cit.*, 2002, p. 427.
[609] D. ROSENBERG, « Les anciens Présidents de la République... », *op. cit.*, p. 1287.

usage de ce droit qui leur est accordé, les anciens Présidents vont **siéger de façon discontinue** au Conseil. Or la possibilité accordée aux juges de choisir leurs affaires implique un risque de partialité plus grand, comme la pratique le montre.

244. Si R. Coty était considéré comme un membre assidu[610], le Président Auriol n'a souvent siégé au Conseil que pour contester la loi en cause[611]. C'est cependant le cas de V. Giscard d'Estaing qui est le plus parlant : devenu membre du Conseil suite à sa défaite à l'élection présidentielle de 1981, il annonça qu'il serait susceptible de siéger au Conseil à certaines conditions. S'exprimant sur Antenne 2, il expliqua son absence du Conseil par le *« souci de la sérénité compte tenu de ses prises de position lors de l'élection présidentielle* »[612] mais précisa cependant : « *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 Conseil constitutionnel pour m'y opposer* »[613]. Conscient de son devoir d'impartialité l'empêchant d'être juge et partie de manière flagrante, il estimait cependant pouvoir mettre ce devoir de côté dans certains cas, dès lors qu'une loi touchait aux institutions de la République. Le risque de partialité est ici évident : V. Giscard d'Estaing aurait siégé au Conseil pour défendre un parti pris politique préétabli. Le risque sera cependant longtemps écarté puisqu'il ne commencera à siéger au Conseil qu'en 2004 en raison de ses diverses activités politiques incompatibles avec le statut de membre du Conseil constitutionnel.

245. Entre 2004 et 2019, V. Giscard d'Estaing n'a pas siégé de façon constante et l'on peut se demander dans quelle mesure il a mis cette doctrine en application. Il est très probable qu'il n'ait pas choisi ses affaires au hasard mais plutôt en fonction de l'intérêt qu'elles présentaient à ses yeux. Il a ainsi siégé, au 27 juin 2019, pour 156 décisions DC[614], soit pour un peu plus de la moitié des décisions rendues sur contrôle préventif depuis 2004. Il siégea notamment pour les lois de finances[615], les lois relatives

---

[610] Bien qu'il ait « *été absent à cinq reprises* » en 1959 (J. BONNET *et al*., *Les grandes délibérations..., op. cit.*, p. 28).
[611] Nous y reviendrons au paragraphe suivant.
[612] P. AVRIL, J. GICQUEL, « Chronique constitutionnelle française – 16 août – 15 octobre 1982 », *Pouvoirs*, n° 24, p. 181.
[613] *Ibid.* Il précisera sa pensée quelques temps plus tard : « *Si des textes mettent en cause les institutions de la République, et notamment celles qui concernent son unité, j'irai siéger au Conseil constitutionnel* » (P. AVRIL, J. GICQUEL, « Chronique constitutionnelle française – 16 octobre 1982 – 15 janvier 1983 », *Pouvoirs*, n° 25, p. 187).
[614] Une recherche sur le site internet du Conseil constitutionnel utilisant le nom de l'ancien Président en orthographe exacte permet de l'établir.
[615] Par exemple : CC, 2017-758 DC, 28 décembre 2017, *Loi de finances pour 2018* ; CC, 2016-744 DC, 29 décembre 2016, *Loi de finances pour 2016*.

à l'économie[616], celles traitant de sujets de société importants[617] ou relatives à l'élection et au statut des députés et sénateurs[618]. Si ce choix ne pose pas de problème de partialité direct, cette attitude sélective reste l'expression d'une liberté qui accroît nécessairement le risque de partialité.

246. La pratique de V. Giscard d'Estaing n'est pas isolée : J. Chirac a lui aussi siégé de façon discontinue, pour 32 décisions DC et 4 QPC entre 2007 et 2010, engendrant des questionnements similaires. Quant à N. Sarkozy, il n'a siégé que pour 8 QPC en 2012[619]. Les autres anciens Présidents, C. de Gaulle, F. Mitterrand et F. Hollande ont en revanche refusé de siéger au Conseil[620]. Quoi qu'il en soit, ces pratiques disparates fonctions des désirs de chaque individu montrent que le statut laisse une trop grande liberté d'action aux membres de droit, cette liberté étant confortée par un régime d'obligations au contenu réduit.

B. Un régime d'obligations au contenu réduit

247. Bien que, selon le Conseil lui-même, les membres de droit soient « *soumis aux mêmes obligations que les autres membres du Conseil constitutionnel* »[621], la réalité est nettement plus nuancée du fait de l'inadaptation du statut à ces membres particuliers.

248. D'abord, les anciens Présidents ne sont pas soumis à un certain nombre d'obligations. Ils ne prêtent pas serment, l'article 3 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 n'imposant explicitement cette obligation qu'aux membres nommés[622]. Or c'est le seul texte qui fasse spécifiquement référence à l'obligation d'impartialité et à l'obligation de garder le secret des délibérations et des votes, ce qui signifie que les membres de droit n'y sont pas formellement tenus en tant que juges. L'interdiction de

[616] Par exemple : CC, 2018-768 DC, 26 juillet 2018, *Loi relative à la protection du secret des affaires* ; CC, 2015-715 DC, 5 août 2015, *Loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques*.
[617] Par exemple : CC, 2018-763 DC, 8 mars 2018, *Loi relative à l'orientation et à la réussite des étudiants* ; CC, 2017-747 DC, 16 mars 2017, *Loi relative à l'extension du délit d'entrave à l'interruption volontaire de grossesse*.
[618] Par exemple : CC, 2015-712 DC, 11 juin 2015, *Résolution réformant les méthodes de travail du Sénat dans le respect du pluralisme, du droit d'amendement et de la spécificité sénatoriale, pour un Sénat plus présent, plus moderne et plus efficace* ; CC, 2014-702 DC, 16 octobre 2014, *Résolution tendant à modifier le règlement de l'Assemblée nationale afin de doter les groupes parlementaires d'un statut d'association*.
[619] Là encore, une recherche sur le site internet du Conseil constitutionnel utilisant le nom de l'ancien Président en orthographe exacte permet de savoir pour quelles décisions il a siégé.
[620] G. Pompidou représentant un cas particulier puisqu'il a siégé au Conseil en tant que membre nommé.
[621] CC, 84-983 AN, 7 novembre 1984, *A.N., Puy-de-Dôme (2ème circ.)*.
[622] À la demande de V. Auriol, nous y reviendrons dans quelques pages.

prendre publiquement position ou de consulter sur une question relevant de la compétence du Conseil est en revanche reprise par l'ordonnance du 7 novembre 1958 à son article 7 et par le décret du 13 novembre 1959 à son article 2.

249. Ensuite, certains éléments du statut sont difficilement applicables aux membres de droit. Il en est ainsi du régime des incompatibilités fixé par les articles 4 et 5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958[623]. Le problème qu'aurait pu poser ce régime est de conduire à une retraite forcée des anciens Présidents du fait du « *caractère perpétuel de la qualité de membre de droit* »[624]. Le Conseil constitutionnel a cependant résolu ce problème à l'occasion de l'élection de V. Giscard d'Estaing comme député en 1984 en estimant

> *que la qualité de membre de droit du Conseil constitutionnel d'un ancien Président de la République ne saurait, en l'absence de disposition expresse en ce sens, priver celui-ci du droit normalement reconnu à tout citoyen, dans les conditions et sous les réserves prévues par la loi, d'être candidat à tout mandat électif*[625],

et qu'il devait donc s'abstenir de siéger au Conseil pendant la durée de l'incompatibilité. Cette solution se situe dans l'esprit du décret du 13 novembre 1959 qui aménage pour les juges constitutionnels la possibilité de se porter candidats à une élection à son article 4.

250. Cet élément montre néanmoins l'inadaptation du statut aux anciens Présidents puisque la conséquence de ce régime d'incompatibilités est qu'un ancien Président cesse simplement de siéger pour exercer un mandat électoral. Ce statut est nécessairement insatisfaisant puisque, si le membre nommé se retirant du Conseil le quitte définitivement, comme le fit N. Belloubet lorsqu'elle fut nommée Garde des sceaux, les anciens Présidents peuvent revenir siéger quand bon leur semble, dès lors qu'ils n'exercent plus de mandat électoral incompatible.

---

[623] Pour le détail de ce régime d'incompatibilités, voir nos développements *infra* §277 et s.

[624] F. LUCHAIRE, *Le Conseil constitutionnel*. *Tome I...*, *op. cit.*, p. 85.

[625] CC, 84-983 AN, 7 novembre 1984, *A.N. Puy-de-Dôme (2ème circ.)*, rec. p. 117. Cette solution fut reprise par le Conseil d'État dans l'hypothèse de l'élection au Parlement européen : CE ass., 108376, 20 octobre 1989, *Sitbon,* rec. p. 206. Voir F. LUCHAIRE, *Le Conseil constitutionnel*. *Tome I...*, *op. cit.*, p. 86-87. Le Conseil précisera en 1995 : « *Considérant d'une part que la qualité de membre de droit du Conseil constitutionnel des anciens Présidents de la République, qui résulte de l'article 56 de la Constitution, fait obstacle à leur remplacement au sein du Conseil ; que, dès lors qu'un ancien Président de la République exerce un mandat ou une fonction incompatible avec ses fonctions de membre de droit du Conseil constitutionnel, les dispositions susanalysées doivent être regardées comme faisant seulement obstacle à ce qu'il y siège* » (CC, 94-354 DC, 11 janvier 1995, *Loi organique relative à la déclaration de patrimoine des membres du Parlement et aux incompatibilités applicables aux membres du Parlement et à ceux du Conseil constitutionnel*, §12).

251. Des remarques similaires peuvent être faites concernant l'obligation de réserve[626]. L'obligation de réserve est un moyen de lutte contre la partialité apparente du juge puisqu'elle l'empêche d'exprimer publiquement des partis pris pendant la durée de ses fonctions, mais pour les anciens Présidents, membres à vie du Conseil constitutionnel, le strict respect de cette obligation de réserve impliquerait de leur part un silence total jusqu'à la fin de leur vie. Or si l'on en croit certains auteurs[627], la qualité d'ancien Président signifierait nécessairement que l'on ne pourrait attendre de ceux-ci qu'ils restent dans l'ombre. Cette idée sous-entend que la qualité d'ancien Président équivaut à un statut de personnage public à vie. Ce n'est pas notre opinion : la pratique comparée montre que l'ancien chef de l'État ne devient pas pour autant un élément incontournable du paysage politique à la sortie de ses fonctions[628]. Il reste cependant que les anciens Présidents, au nom de leur expérience de gardiens de la Constitution, sont légitimes à intervenir sur les grands sujets de société et la pratique va dans ce sens : se positionner en faveur d'un candidat à l'élection présidentielle comme le firent J. Chirac ou V. Giscard d'Estaing[629], participer à certains débats publics, par exemple celui relatif au traité établissant une Constitution pour l'Europe comme le fit V. Giscard d'Estaing[630], très impliqué en cette matière. Même le général de Gaulle, choisissant le silence après son départ du pouvoir, avait déclaré qu'il interviendrait dans la vie

[626] Cette obligation, prévue par l'article 7 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 et reprise par l'article 2 du décret n° 59-1292 du 13 novembre 1959, pose l'interdiction pour les juges constitutionnels de prendre parti publiquement sur les questions ayant fait ou susceptibles de faire l'objet d'une décision du Conseil ou de consulter sur les mêmes questions pendant la durée de leurs fonctions. Pour plus de précisions, voir *infra* §285 et s.

[627] Voir notamment J. ROBERT, « Comment n'être plus qu'un "sage" ? », *Le Monde*, 23 novembre 1982.

[628] Le Président américain retourne traditionnellement à la vie privée (il y a cependant des exceptions, le Président Obama s'exprimant par exemple sur la politique du Président Trump).

[629] Jacques Chirac et Valéry Giscard d'Estaing ont soutenu Nicolas Sarkozy à l'élection présidentielle de 2007. Valéry Giscard d'Estaing soutiendra à nouveau Nicolas Sarkozy en 2012 tandis que Jacques Chirac soutiendra François Hollande.

[630] Voir à titre d'exemple son article publié dans le journal *Le Monde* quelques semaines après l'échec du référendum : V. GISCARD D'ESTAING, « Réflexions sur la crise de l'opinion à l'égard de l'Europe », *Le Monde*, 14 juin 2005.

politique s'il le jugeait nécessaire[631]. Leur imposer le silence à vie paraît donc difficilement tenable[632].

252. Il découle enfin du statut de membre de droit que la procédure de démission d'office ne s'applique pas aux anciens Présidents puisqu'ils ne peuvent pas démissionner[633]. Cela signifie que si les anciens Présidents sont soumis aux obligations posées par les textes, le non-respect de celles-ci n'est pas sanctionné : « *le respect de ces obligations ne dépend donc, pour ce qui concerne les anciens Présidents, que de leur conscience...* »[634]. Les membres de droit peuvent cependant, comme les membres nommés, faire l'objet d'un vote du Conseil appréciant s'ils ont manqué aux obligations générales et particulières prévues par les articles 1 et 2 du décret[635]. Si ce vote ne peut entraîner la démission d'office des anciens Présidents, il n'est pas pour autant dépourvu de poids symbolique, bien que les intéressés puissent ne pas y être très sensibles[636].

---

631 « *Son entourage fit ainsi publier le 21 novembre 1969 un communiqué dans lequel il faisait savoir qu'il sortirait de son silence uniquement "si certains, se réclamant de lui, faisaient des déclarations qu'il ne saurait approuver". A. Malraux a cependant rapporté que le Général de Gaulle lui a confié qu'il en serait de même "si l'on met le pays en question" et il semble avoir lancé un avertissement plus précis à l'adresse des nouveaux gouvernants : "s'ils s'écartaient de la bonne route, alors, oui, j'interviendrais. Je ne suis pas mort..."* » (D. ROSENBERG, « Les anciens Présidents de la République...», *op. cit.*, p. 1303-1304).

632 Comme le remarque G. Drago, « *La meilleure solution serait un statut spécifique des anciens Présidents de la République, leur donnant dans la République l'hommage qui leur revient et leur permettant une libre prise de parole, ce que leur interdit, selon les textes, leur fonction de membre de droit du Conseil constitutionnel* » (G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, 5e éd., PUF, 2020, p. 208).

633 Voir F. LUCHAIRE, *Le Conseil constitutionnel*. *Tome I...*, *op. cit.*, p. 85 : « *L'article 9 de l'ordonnance qui permet à un membre du Conseil de démissionner ne les concerne pas puisque cet article prévoit le remplacement du membre démissionnaire et qu'il n'y aurait évidemment pas lieu de remplacer, en tant que membre du Conseil, un membre de droit qui aurait voulu démissionner ; il en est de même pour les articles 10 et 11 permettant la démission d'office* ». Voir aussi D. TURPIN, *Contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, p. 316.

634 J. ROBERT, « Comment n'être plus qu'un "sage" ?, *op. cit.*

635 Décret n° 59-1292 du 13 novembre 1959 *sur les obligations du Conseil constitutionnel*, *JORF* n° 265 du 15 novembre 1959, p. 10818, art. 5. Cela renvoie aux cas de : manquement à l'indépendance et à la dignité des fonctions (art. 1), violation de l'obligation de réserve, interdiction d'occuper un poste de direction dans un parti politique, de laisser mentionner sa qualité de membre dans tout document susceptible d'être publié (art. 2).

636 Le Président D. Meyer fit, semble-t-il, référence à cette disposition, sous forme d'avertissement, lorsqu'il s'entretint avec V. Giscard d'Estaing de son possible retour au Conseil : « *M. le Président indique qu'il a reçu la visite, le 2 octobre 1984, de M. Valéry Giscard d'Estaing. Celui-ci l'a informé de son élection dans la deuxième circonscription du Puy-de-Dôme et lui a fait savoir qu'il était venu prendre temporairement congé du Conseil constitutionnel. M. le Président lui a rappelé, d'une part, qu'il n'avait jamais siégé au Conseil constitutionnel et que, d'autre part, en ce qui concerne l'adverbe "temporairement", il ne pouvait se prononcer ; en effet, lui a-t-il indiqué, nul ne savait quelle serait la position du Conseil constitutionnel si M. Valéry Giscard d'Estaing voulait y revenir. M. Valéry Giscard d'Estaing a répondu qu'étant membre à vie du Conseil constitutionnel, à ses yeux rien ne l'empêcherait de reprendre sa qualité de membre du Conseil constitutionnel à l'expiration de son mandat parlementaire* » (J. BONNET *et al*., *Les grandes délibérations...*, *op. cit.*, p. 526-527).

253. Ce régime d'obligations en grande partie inadapté au statut de membre de droit laisse donc libre cours à des pratiques disparates. Comme le remarque G. Drago, « *L'existence de ces membres de droit du Conseil constitutionnel que sont les anciens présidents de la République est marquée par son époque, c'est-à-dire les débuts de la V^e^ République* »[637]. Alors qu'en 1958 la place des anciens Présidents au Conseil avait été pensée comme une manière d'assurer une digne retraite à ces derniers, au sein d'une institution qui n'était pas considérée comme une juridiction, leur présence a rapidement posé d'importants problèmes, montrant l'incompatibilité existant entre la poursuite d'une carrière politique et la vie de juge constitutionnel.

§II. Une vie politique incompatible avec la vie de juge constitutionnel

254. Parce qu'il ne leur impose pas d'être *seulement* juges constitutionnels, le statut autorise les membres de droit à poursuivre une carrière politique. Ce faisant, il crée un risque de partialité qui est à la fois objectif et subjectif, **à la fois structurel et illustré par le comportement individuel des intéressés**. En effet, l'existence politique implique notamment une liberté d'expression par essence incompatible avec les obligations de juge constitutionnel puisque cette expression libre suppose la production de partis pris pendant l'exercice des fonctions juridictionnelles (A). Par ailleurs, cette volonté d'exister politiquement peut encourager le juge à vouloir défendre sa lecture subjective des institutions sans considération pour le droit existant, rendant alors sa partialité évidente (B).

A. La liberté d'expression du politique face aux obligations du juge

255. Seuls certains anciens Présidents – V. Auriol, V. Giscard d'Estaing et N. Sarkozy – ont mené une vie politique parallèle à leur activité de juge constitutionnel. Le Président Auriol rappela lors de la séance du 7 avril 1960[638] qu'il entendait avoir un rôle politique sous la V^e^ République et V. Giscard d'Estaing, après son échec aux élections

[637] G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, 5^e^ éd., *op. cit.,* p. 208.
[638] J. BONNET *et al*., *Les grandes délibérations..., op. cit.*, p. 61.

présidentielles, expliqua à la presse le rôle politique qu'il comptait endosser[639] et poursuivit une longue carrière politique ensuite. N. Sarkozy, reprit quant à lui la présidence de l'UMP en 2014 puis se porta candidat à la primaire présidentielle de la droite et du centre en 2016. Ainsi la carrière politique de ces personnalités n'était pas achevée lorsqu'elles sont devenues membres de droit du Conseil. Au contraire R. Coty avait clairement affirmé vouloir se retirer de la vie politique[640] et la pratique de J. Chirac, ayant achevé ses deux mandats présidentiels et ponctuée de rares interventions dans la vie publique[641], montre qu'il en était de même.

256. Ce n'est donc pas la qualité d'ancien Président, mais cette carrière politique toujours « en cours » qui pose problème au regard des obligations du juge : alors qu'il n'y a pas de rôle politique sans expression publique, la liberté d'expression propre au politique est difficilement conciliable avec la vie de juge constitutionnel, en particulier avec son obligation de réserve.

257. L'obligation de réserve est particulièrement exigeante pour les membres du Conseil, puisque juger de la constitutionnalité de la loi implique que les juges s'intéressent à des sujets par définition politiques. V. Auriol l'avait compris en demandant au Président de Gaulle de ne pas prêter serment, fait qu'il rappelle lui-même lors de la séance du 7 avril 1960[642]. Privilégiant sa liberté d'expression politique, il délesta en même temps les membres de droit d'une partie de leurs obligations de juges permettant de garantir leur impartialité. Il restait néanmoins l'obligation de réserve telle qu'elle est énoncée par l'article 7 de l'ordonnance du 7 novembre 1958. Cette obligation fut cependant mal respectée par les anciens Présidents dès lors qu'ils entendirent participer à la vie politique de la France. Nous l'avons souligné, comment

---

[639] Voir ses propos rapportés dans la Chronique constitutionnelle de la revue *Pouvoirs* : « *Je ne veux pas du tout me mêler de la vie des partis politiques… J'aurai un rôle politique à suivre mais en fonction des circonstances. Pour l'instant je ne suis candidat à rien… Je ne suis candidat à rien sauf à être une voix qui exprime sur les grands sujets ce que je crois être l'intérêt de la France* » (P. AVRIL, J. GICQUEL, « Chronique constitutionnelle française – 16 août – 15 octobre 1982 », *Pouvoirs*, n° 24, p. 180).

[640] Voir J.-J. CHEVALIER, P. GELARD, *René Coty*, *Ethnopsychologie*, vol. 37, n° 1-2, 1982, p. 34-37 : « *Une journaliste américaine qui parvient à l'interviewer écrit non sans humour : "Il ne fait pas de discours politiques, ne joue pas au golf, ne critique pas son successeur. Il ne s'est pas efforcé de réviser l'histoire en écrivant ses Mémoires. Il a accompli un rare tour de force pour un homme politique : il s'est vraiment retiré"* ».

[641] Voir par exemple J. CHIRAC, « Vérité sur les chargés de mission de Paris », *Le Monde*, 21 novembre 2007 ; J. CHIRAC, A. DIOUF, « Urgence à Tombouctou », *Le Monde*, 13 juillet 2012.

[642] J. BONNET *et al*., *Les grandes délibérations..., op. cit.*, p. 61 : « *M. le président Auriol déclare qu'il avait demandé au général de Gaulle que les membres de droit du Conseil ne fussent astreints ni au serment ni à l'obligation de garder le secret des délibérations ; il voulait en effet conserver sa liberté de parole* ».

interdire à vie aux anciens Présidents de s'exprimer dans l'espace public ? Il n'en reste pas moins que V. Giscard d'Estaing, voulant conserver sa liberté de parole, aurait pu choisir de ne jamais siéger au Conseil pour éviter le mélange des genres. Ce ne fut cependant pas son choix puisqu'il continua à prendre part au débat public après 2004, n'hésitant pas à prendre parti publiquement et à plusieurs reprises sur des questions faisant l'objet de décisions du Conseil. Un exemple parmi d'autres peut être cité à propos de son intervention du 3 décembre 2014 sur LCP, évoquant notamment la « *situation économique catastrophique de la France* »[643], la « *culture des droits acquis* »[644] des Français, le « *phénomène épouvantable* »[645] qu'est la désindustrialisation de la France. Autant de partis pris clairement exprimés alors que nous avons remarqué la prédilection de V. Giscard d'Estaing pour l'examen des lois concernant l'économie.

258. Afin de préserver l'impartialité apparente de l'institution, l'intéressé trouva en certaines occasions une solution de compromis, se déportant lorsqu'il avait pris parti publiquement sur une question précise. Il procéda ainsi lorsqu'il prit part à la campagne sur le traité établissant une Constitution pour l'Europe. Ce traité fut porté à la connaissance du Conseil qui rendit une décision le 19 novembre 2004[646]. Il ne participa cependant pas à l'élaboration de cette décision et s'abstint de siéger pendant plusieurs mois[647]. La violation de l'obligation de réserve est ainsi « rattrapée » : V. Giscard d'Estaing, conscient de son apparente partialité, eut tendance à se déporter dès lors qu'il s'était exprimé publiquement sur une question portée à la connaissance du Conseil, par exemple à l'occasion des élections présidentielles de 2012[648]. Il reste que ce mécanisme informel qu'est le déport dans le cadre du contrôle *a priori* est à la discrétion du membre concerné qui peut choisir de ne pas en faire usage. Ainsi, la chronique constitutionnelle de la revue *Pouvoirs* rapporte que V. Giscard d'Estaing siégea pour

---

[643] F. FRESSOZ, « Valéry Giscard d'Estaing : "La France est dans une situation économique catastrophique" », *Le Monde*, 3 décembre 2014.
[644] *Ibid.*
[645] *Ibid.*
[646] CC, 2004-505 DC, 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*.
[647] Après avoir siégé pour la décision 2004-509 DC du 13 janvier 2005, il ne siégea plus jusqu'à la décision 2005-521 DC du 22 juillet 2005.
[648] P. AVRIL, J. GICQUEL, « Chronique constitutionnelle française – 1er janvier – 10 mai 2012 », *Pouvoirs*, n° 142, p. 153 : *« Le président Giscard d'Estaing reste fidèle à sa ligne de conduite, en ne participant qu'aux seules délibérations afférentes au contrôle de la loi par voie d'action (61C) (cette Chronique, n° 141, p. 177). S'agissant du contentieux électoral (art. 59C), en revanche, il n'a pas siégé, le 12 janvier (S. Loiret), dès lors qu'une QPC était posée de façon incidente (JO, 14-1). Concernant l'élection présidentielle, il a publié sa « profession de loi » dans Le Point (19-4) avant de se prononcer pour M. Sarkozy (Le Parisien, 26-4). En bonne logique, il s'est déporté à l'occasion de la proclamation des résultats de l'élection présidentielle, les 25 avril et 10 mai* ».

l'examen du traité de discipline budgétaire « *nonobstant ses prises de position publiques* »[649].

259. Un autre exemple pourrait concerner N. Sarkozy qui s'était exprimé sur la Libye en août 2012[650] alors qu'il avait commencé à siéger au Conseil en juin de la même année. Si la question était internationale, elle aurait quand même pu être portée à la connaissance du Conseil :

> *On pourrait penser que la politique de la France vis-à-vis de la Syrie a assez peu de chances de susciter le vote d'une loi. Mais si la France décidait d'intervenir dans ce pays, comme semble le souhaiter l'ancien Président, il faudrait bien que la dépense suscitée par cette opération extérieure apparaisse dans le budget*[651].

Ces exemples soulignent toute l'ambiguïté de ce compromis entre vie de juge constitutionnel et vie politique. Les membres de droit, libres de mener une vie politique parallèle, ont continué à produire des partis pris en réalisant un compromis insatisfaisant entre leurs obligations de juges et leur vie publique, impliquant un risque de partialité plus fort.

B. La partialité de V. Auriol : le droit foulé aux pieds

260. Le cas Auriol est un véritable cas d'école : il est l'archétype même du juge politique et partial, prêt à défendre par tous moyens sa vision personnelle des institutions. Or, rappelons que concernant V. Auriol, ce n'est pas sa qualité d'ancien Président *en tant que telle* qui a posé problème mais bien sa personnalité puisqu'il était président sous la IV^{e} et non sous la V^{e}. Son attitude montre alors le risque lié à la présence d'un homme qui entend poursuivre sa carrière politique à tout prix, sans considération pour ses obligations de juge.

261. V. Auriol a été très critiqué[652] pour son comportement en tant que juge constitutionnel, « *moins résolu à servir le Conseil constitutionnel, comme Coty, qu'à*

---

[649] P. AVRIL, J. GICQUEL, « Chronique constitutionnelle française – 1er juillet – 30 septembre 2012, *Pouvoirs*, n° 144, p. 167.
[650] « Sarkozy réclame une intervention en Syrie », *Le Monde*, 8 août 2012.
[651] R. LETTERON, « Nicolas Sarkozy, la Syrie, et le Conseil constitutionnel », *Libertés, libertés chéries,* 12 août 2012, disponible sur : <http://libertescheries.blogspot.fr/2012/08/nicolas-sarkozy-la-syrie-et-le-conseil.html>.
[652] En premier lieu par Léon Noël (L. NOËL, *De Gaulle et les débuts de la V^{e} République*, Paris : Plon, 1976, 310 p.).

s'en servir pour manifester son opposition au régime »[653]. La partialité de V. Auriol fut en effet évidente. Celle-ci va cependant connaître plusieurs stades : les premières délibérations du Conseil montrent qu'il essaya d'abord de s'exprimer en juge. Lors des séances des 24 et 25 juin 1959, il défendit la modification du règlement du Sénat organisant la possibilité pour cette chambre d'émettre des propositions de résolution. Il soutint alors une interprétation de la Constitution prenant en compte la tradition représentative et parlementaire française qui, face aux « *dérogations estimées utiles à la continuité et à l'efficacité de l'action gouvernementale* »[654], devait néanmoins servir de « *règle générale d'interprétation* »[655], impliquant une interprétation stricte des règles dérogeant à cette tradition. Il concluait ainsi : « *le Conseil constitutionnel, statuant au-dessus des divergences doctrinales et des préférences et des passions politiques, a pour rôle et pour devoir d'interpréter impartialement, selon le seul droit et la tradition, les textes et l'esprit de la Constitution* »[656].

262. Ces propos résument sa lecture des institutions de la V^e^ République : favorable aux droits du Parlement. En 1959, elle était tout aussi possible que celle retenue par le général de Gaulle. La Constitution, vierge d'interprétation authentique, ne demandait alors qu'à être « lue ». On sait aujourd'hui que c'est la lecture du général de Gaulle qui l'emporta : le Conseil constitutionnel estima contraire à la Constitution[657] cet article autorisant le Sénat à émettre des propositions de résolution qui auraient potentiellement pu servir de pouvoir d'interpellation permettant de mettre en jeu la responsabilité du Gouvernement. Ces quelques phrases de V. Auriol sont néanmoins intéressantes puisqu'il fonde la défense de sa vision des institutions en droit. Clairement sous-tendue par certaines valeurs, cette vision n'en est pas moins juridiquement possible.

263. V. Auriol ne s'est cependant pas arrêté là. En désaccord avec plusieurs décisions du Conseil, dans l'impossibilité d'imposer sa vision des institutions, il changea de stratégie, quittant son habit de juge pour revêtir celui de politique afin de mieux défendre son point de vue. Ainsi dès avril 1960, suite au refus du Président de Gaulle de convoquer le Parlement en session extraordinaire, il émet un vœu de révision

[653] J. BONNET *et al*., *Les grandes délibérations…*, *op. cit.*, p. 26.
[654] Compte rendu des séances des 24 et 25 juin 1959, p. 21.
[655] *Ibid.*
[656] *Ibid.,* p. 24.
[657] CC, 59-3 DC, 25 juin 1959, *Règlement du Sénat*.

entièrement politique. Dans ce vœu, l'ancien Président préconise d'élargir la saisine du Conseil à certaines autorités et prévoit surtout que le Conseil « *devrait en outre pouvoir être saisi par son président ou l'un de ses membres et que ceux-ci devraient avoir la qualité pour lui déférer également "tous décrets, actes, décisions ou mesures quelconques qu'ils jugeraient contraires aux lois constitutionnelles"* »[658]. Il demandera au président Noël d'informer l'exécutif de sa proposition et face au refus opposé par de Gaulle, « démissionnera » du Conseil en publiant son vœu de révision ainsi que sa correspondance avec L. Noël dans la presse[659], en violation évidente de ses obligations de juge, en particulier son obligation de réserve.

264. Il reviendra cependant siéger aux séances des 3 et 5 et 6 novembre 1962 pour se positionner contre l'utilisation de l'article 11 et cessera à nouveau de siéger ensuite. Alors que R. Coty est du même avis face au danger que représente la possibilité pour le Président de la République de modifier la Constitution par le biais de l'article 11, ce dernier renonce, après certaines hésitations[660], à ajouter sa voix au débat politique et décide finalement de participer à la préparation du scrutin et à la proclamation des résultats sans se manifester publiquement.

265. Ce n'est pas tant la lecture des institutions de V. Auriol qui pose problème – elle ne peut en poser dans une optique réaliste - que la façon dont il l'exprime, en politique délié des contraintes du droit et non en juge. Sa partialité est si forte qu'elle le mène à défendre son point de vue personnel envers et contre tout. Rien ne fait s'incliner l'ancien président, **hermétiquement enfermé dans son parti pris**. Constatant son impuissance à faire triompher son point de vue en respectant les contraintes du système juridique[661], il s'en émancipe en « démissionnant » et en publiant dans la presse sa correspondance avec L. Noël.

---

[658] J. BONNET *et al*., *Les grandes délibérations..., op. cit.*, p. 60.
[659] Voir L. NOËL, *De Gaulle et les débuts de la V^e^ République*, *op. cit.*, p. 124.
[660] Voir D. ROSENBERG, « Les anciens Présidents de la République... », *op. cit.*, p. 1292, citant une lettre de René Coty à plusieurs amis : « *En quittant l'Élysée, j'ai dit adieu à la politique... Mais quand j'ai vu la Constitution de la République traitée comme un chiffon de papier, je n'ai pu taire ma protestation... ».* Voir aussi J.-R. TOURNOUX, *La tragédie du Général*, Paris : Plon, 1967, p. 436 : « *Le plus honnête des français est torturé. "Trop, c'est trop. Il y a détournement de contrat." Je prends congé du Président. Je ne le verrai plus. Il quittera ce monde dans la hantise du "coup d'État constitutionnel". Pour lui, - il n'en doute pas un instant – le référendum équivaut à un plébiscite déguisé. Si des personnalités le suivaient, M. Coty serait prêt à demander solennellement aux maires de France de ne pas ouvrir les bureaux de vote, le jour de la consultation* ».
[661] Sur cette notion, voir *supra* §87.

266. On pourrait cependant avancer que la décision prise par le Conseil en 1962 n'est pas moins partiale que le point de vue exprimé par V. Auriol. Il est vrai que les juges favorables à l'utilisation de l'article 11 n'avaient pas besoin de s'exprimer autrement que par la décision elle-même. Néanmoins, l'étude du compte rendu de la délibération montre que les considérations politiques, bien que n'étant pas absentes, ne prennent pas toute la place : « *Les instances liées par le droit ne peuvent donc décider politiquement que dans la mesure où le droit posé n'a pas déjà tranché* »[662]. L'attitude de L. Noël en est l'exemple, s'il votera oui au référendum par esprit de discipline[663], la décision d'incompétence qu'il favorisera de toutes ses forces, se situe aussi dans la droite ligne de sa pensée initiée à l'occasion de la décision relative à la demande d'avis sur la recevabilité de la motion de censure[664] : le Conseil a une compétence d'attribution. Par ailleurs, tant que les juges se soumettent à l'exercice de la collégialité[665], la partialité des juges n'entraîne pas forcément la partialité du Conseil.

267. Ainsi tant que les juges ne s'émancipent pas des contraintes du système juridique, leur partialité, bien que toujours possible, **se heurte à des limites**. V. Auriol veut quant à lui faire respecter sa lecture de la Constitution, par tous moyens, en particulier politiques et fait alors preuve d'une partialité sans retenue. Comme le remarquent les rédacteurs des *Grandes délibérations*, sa participation est *« celle d'un défenseur inconditionnel des compétences du Parlement, parfaitement réfractaire à la logique de la justice constitutionnelle* »[666].

268. L'exemple de V. Auriol est « *hors normes* »[667]. Il n'en est pas moins intéressant parce qu'il illustre à quel point la poursuite d'une activité politique peut se révéler incompatible avec la fonction de juge constitutionnel. Faisant d'abord usage à plein de la marge de liberté que lui laisse le statut de membre de droit, V. Auriol va jusqu'à se libérer entièrement des contraintes du droit pour exister politiquement. Néanmoins, s'il s'émancipe des contraintes du système juridique en démissionnant, il perd aussi sa place au sein de ce système. En retrouvant sa liberté d'expression

[662] C. GUSY, « Considérations sur le droit politique », *Jus Politicum* [en ligne], n° 1, décembre 2008.
[663] L. NOËL, *De Gaulle et les débuts de la V^e^ République*, *op. cit.*, p. 216.
[664] CC, 61-1 AUTR, 14 septembre 1961, *Demande d'avis présentée par le Président de l'Assemblée nationale (Recevabilité de la motion de censure)*.
[665] Voir le chapitre consacré à ce principe, *infra* §717 et s.
[666] J. BONNET *et al*., *Les grandes délibérations...*, *op. cit.*, p. 27.
[667] *Ibid.*

politique, il perd son pouvoir de juge[668], ce qui montre l'incompatibilité existant entre ces deux éléments qui ne peuvent coexister durablement.

269. Il existe d'autres exemples de cette incapacité des membres de droit à se plier aux contraintes des textes. Par exemple, outre le fait que V. Giscard d'Estaing n'a pas respecté son obligation de réserve, il n'a jamais siégé en QPC par refus de se soumettre au mécanisme de la récusation[669]. En désaccord avec les règles du jeu visant à mettre en échec la partialité du juge, il refusa d'y participer. De même, V. Auriol et N. Sarkozy n'ont pas hésité à « démissionner » du Conseil bien que ce fût juridiquement très contestable[670].

270. Ces exemples sont des faits divers, des grains de sable dans la vie de l'institution. Ils n'en démontrent pas moins l'existence d'un mélange des genres dangereux, impliquant un fort risque de partialité pour ces juges menant une double vie.

271. Alors que la présence des anciens Présidents est apparue de moins en moins tenable et malgré de nombreuses propositions en ce sens[671], les mots « *à vie* » semblent être « *deux mots impossibles à effacer de la Constitution* »[672]. Le projet de loi constitutionnelle *pour un renouveau de la vie démocratique*, déposé en août 2019 sur le bureau de l'Assemblée nationale, prévoit à son article 5 la suppression du deuxième alinéa de l'article 56 et donc la fin de la présence des anciens Présidents de la République du Conseil constitutionnel. Une « disposition transitoire » est cependant prévue à l'article 13 de la loi constitutionnelle, autorisant les membres de droit ayant

---

[668] Pour exercer son pouvoir au sein du système juridique, l'acteur doit respecter les règles constitutives de ce système. Voir V. CHAMPEIL-DESPLATS, M. TROPER, « Proposition pour une théorie des contraintes juridiques », *in* M. TROPER, V. CHAMPEIL-DESPLATS, C. GRZEGORCZYK (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, *op. cit.*, p. 16.

[669] J.-L. DEBRE, *Ce que je ne pouvais pas dire : 2007-2016*, Robert Laffont, 2016, p. 83 : « *J'avais décidé d'introduire dans le texte la possibilité pour un avocat de demander la récusation d'un membre. Giscard, présent à la séance où nous avions examiné ce point particulier, me fit part de sa totale opposition. Il me demanda de préciser si les anciens présidents de la République seraient soumis à la même règle. Je lui répondis par l'affirmative. Il s'agissait de faire en sorte qu'aucun membre ne puisse être suspecté de partialité. Il m'interrompit : "Mais c'est très déplaisant. Nous avons été présidents de la République. J'y suis très opposé"* ». Les auteurs de la chronique constitutionnelle de la revue *Pouvoirs* vont dans le même sens : « *Hors l'absence désormais habituelle des coprinces qui redoutent, notamment, une demande de récusation* [...] » (P. AVRIL, J. GICQUEL, « Chronique constitutionnelle française – 1er juillet – 30 septembre 2010, *Pouvoirs*, n° 136 , p. 194).

[670] Voir *supra* §252.

[671] Leur abrogation avait été votée par l'Assemblée nationale et le Sénat en 1990. Les commissions Vedel (1993), Balladur (2007), Jospin (2012) et Bartolone (2016) ont toutes soutenu la suppression de la catégorie des membres de droit du Conseil.

[672] P. JAN, O. PLUEN, « Les anciens présidents de la République... », *op. cit.*, p. 27.

siégé en 2018, soit V. Giscard d'Estaing, alors âgé de 92 ans, à continuer de siéger[673]. L'avenir de ce projet de loi constitutionnelle est cependant, à l'automne 2020, incertain.

272. Cette question de la présence des anciens Présidents de la République est très symptomatique des résistances auxquelles se heurtent ceux qui veulent moderniser le Conseil constitutionnel. Le Conseil est aujourd'hui une institution qui, dans son fonctionnement interne, reste marquée par ses origines, alors que sa place au sein du système juridique n'a plus rien à voir avec celle qu'il occupait en 1958. Pour notre sujet, l'expérience de la présence des anciens Présidents de la République au Conseil a permis de montrer l'incompatibilité totale existant entre une carrière politique « en cours » et l'exercice des fonctions de juge constitutionnel, au-delà de la qualité même d'ancien Président de la République. Le statut laisse une moins grande liberté aux membres nommés pour qui la vie de juge constitutionnel est devenue une activité à plein temps. Nous pourrons néanmoins constater que des nuances doivent être apportées à ce constat.

Section II. La vie de juge constitutionnel privilégiée chez les membres nommés

273. Contrairement aux membres de droit, les membres nommés sont encadrés par un statut contraignant, éliminant très largement la possibilité d'une double vie (§I). Malgré tout, il est possible de constater une certaine survivance de leur vie politique (§II).

§I. Un statut contraignant

274. Le statut applicable aux membres nommés est aujourd'hui très efficace : ils doivent laisser derrière eux leur première vie, qu'elle soit politique, administrative ou

[673] Projet de loi constitutionnelle n° 2203 *pour un renouveau de la vie démocratique*, 29 août 2019, art. 13, II. : « *Les dispositions de l'article 56 de la Constitution, dans leur rédaction résultant de la présente loi constitutionnelle, ne sont pas applicables aux anciens Présidents de la République qui ont siégé au Conseil constitutionnel l'année précédant la délibération en conseil des ministres du projet de la présente loi constitutionnelle* ».

juridictionnelle (A). Nous mentionnerons néanmoins la présence de quelques aménagements et passerelles entre la vie du juge constitutionnel et ses autres vies (B).

A. Un choix de vie imposé par le statut

275. Contrairement aux anciens Présidents de la République, les autres membres du Conseil sont nommés, ce qui fait toute la différence : siéger au Conseil est un choix et non un droit. La conséquence est claire : la théorie de la présence sélective n'a pas vocation à s'appliquer[674]. Cela signifie que les membres du Conseil, s'ils ne sont pas explicitement soumis à une obligation de présence comme ce peut être le cas dans d'autres États[675], ne sont pas mis en mesure de choisir leurs affaires : on voit mal un membre nommé déclarer dans la presse qu'il viendra siéger le jour où une loi mettra en cause la République.

276. Cependant, ce n'est pas parce qu'un juge choisit à titre principal d'exercer les fonctions de juge constitutionnel, qu'il ne poursuivra pas d'autres activités si la possibilité de le faire lui en est donnée. Les *Supreme Court Justices* sont connus pour leurs activités politiques *off-the-bench*[676]. Toujours est-il que le simple fait que les membres du Conseil soient nommés limite déjà le risque d'une double vie, ce risque étant ensuite très largement éliminé par un régime d'incompatibilités complet (1), accompagné d'une stricte obligation de réserve (2).

1. Un régime d'incompatibilités complet

277. En 1958, les membres du Comité constitutionnel hésitent entre un régime d'incompatibilités strict et un régime plus permissif. Pour les tenants du régime strict, en particulier Jean Gilbert-Jules, futur membre du Conseil constitutionnel, les juges constitutionnels doivent être « *absolument intouchables* »[677]. C'est pourquoi ils ne

[674] Même si l'on verra que les juges constitutionnels sont loin de toujours se réunir au complet ce qui engendre d'autres difficultés, en particulier au regard de la collégialité. Voir *infra* §744 et s.
[675] Par exemple, en Italie où « *Les membres de la Cour sont tenus de participer aux audiences sauf empêchement légitime* » (Loi n° 87 du 11 mars 1953, art. 14 al. 1). Pour plus de précisions sur les régimes étrangers, voir *infra* §750.
[676] Leurs activités hors du prétoire. Voir D. M. O'BRIEN, *Storm center : the Supreme Court in American politics*, W.W. Norton, p. 87-102.
[677] *Documents pour servir à l'histoire...,* vol. II*, op. cit.,* p. 171 : « *M. Gilbert-Jules. Nous avons été un certain nombre à estimer, étant donné le rôle qui est dévolu par l'avant-projet de Constitution au Conseil constitutionnel, que les membres de ce Conseil constitutionnel devraient être absolument intouchables.*

doivent pas avoir de mandat électif, ni exercer une « *fonction publique ou une activité privée salariée qui puisse faire mettre en doute leur objectivité ou leur impartialité* »[678]. À l'inverse, pour les tenants du régime souple, il ne faut pas créer un « *conseil de retraités* »[679]. Il est vrai que siéger au Conseil « *n'est pas une fonction à plein-temps* »[680] au début de la V^e^ République.

278. Le choix sera fait en 1958 d'un régime libéral. L'article 57 de la Constitution se contente d'énoncer que « *Les fonctions de membre du Conseil constitutionnel sont incompatibles avec celles de ministre ou de membre du Parlement »,* renvoyant à la loi organique le soin de fixer les autres incompatibilités. L'alinéa premier de l'article 4 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 prévoit ainsi dans sa rédaction initiale que « *Les fonctions des membres du Conseil constitutionnel sont incompatibles avec celles de membre du Gouvernement ou du Parlement ou du Conseil économique et social* ». *A contrario*, les fonctions politiques locales sont autorisées. En revanche, l'article 5 de l'ordonnance prévoit que *« Pendant la durée de leurs fonctions, les membres du Conseil constitutionnel ne peuvent être nommés à aucun emploi public ni, s'ils sont fonctionnaires publics, recevoir une promotion au choix* ».

279. Initialement donc, le régime d'incompatibilités visait essentiellement l'incompatibilité entre les fonctions exécutives, législatives et celles de juge constitutionnel. On sent bien, dès lors, que l'objectif était la préservation d'une forme de séparation des pouvoirs[681], au bénéfice de l'impartialité du juge. La décision rendue par le Conseil ne pouvait intéresser directement que le Gouvernement ou le Parlement et dès lors, si les juges avaient continué à exercer des fonctions en leur sein, ils auraient pu être juges et parties. Le régime d'incompatibilités est alors strictement adapté à un Conseil constitutionnel conçu comme l'organe régulateur de l'activité des pouvoirs publics.

Ils ne peuvent pas avoir un mandat électif puisqu'ils auraient nécessairement une position politique, ils risquent d'être battus ou élus. Il ne faut pas qu'ils exercent une fonction publique ou une activité privée salariée qui puisse faire mettre en doute leur objectivité ou leur impartialité ».

[678] *Ibid.*

[679] *Ibid.* Voir aussi l'intervention de M. Teitgen p. 176 : « *Je pourrais multiplier les exemples, et nos beaux messieurs les retraités, finalement, vont gouverner contre tout le monde ! Ce ne sera pas le Gouvernement des juges, ce sera le Gouvernement des anciens* ».

[680] D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, p. 82.

[681] Voir pour l'évolution des idées sur ce point : M.-J. REDOR, *De l'État légal à l'État de droit...*, *op. cit.,* p. 260 et s.

280. Alors que, dès les années 1970, le Conseil accroît lui-même ses attributions et voit sa saisine élargie, ce n'est que dans les années 1990 que l'on constate un élargissement du régime d'incompatibilités permettant d'éliminer d'autres types de conflits d'intérêts.

281. En effet, il faudra attendre 1995 pour que l'interdiction d'exercer des fonctions politiques soit étendue à « *l'exercice de tout mandat électoral »,* disposition inspirée des travaux de la Commission Vedel[682], tandis qu'un quatrième alinéa sera ajouté, selon lequel *« Les incompatibilités professionnelles applicables aux membres du Parlement sont également applicables aux membres du Conseil constitutionnel* ». L'exercice d'un mandat local[683], au départ possible, se trouve ainsi révoqué dans les années 1990 qui voient aussi l'alignement du régime d'incompatibilités sur celui des députés, incluant notamment l'interdiction de « *L'exercice des fonctions conférées par un État étranger ou une organisation internationale et rémunérées sur leurs fonds* »[684] ainsi que « *les fonctions de chef d'entreprise, de président de conseil d'administration, de président et de membre de directoire, de président de conseil de surveillance, d'administrateur délégué, de directeur général, directeur général adjoint ou gérant* »[685] dans certaines sociétés.

282. Ce régime calqué sur le régime des parlementaires montre une prise de conscience tardive du risque de conflits d'intérêts lié à l'impact général des décisions du Conseil, qui touchent non seulement les acteurs publics dans leur ensemble, mais aussi le secteur privé[686].

---

[682] Le rapport du Comité Vedel rendu en 1993 préconisait d'étendre le régime d'incompatibilités prévu à l'article 57 de la Constitution à « *tout mandat public électif* ». (G. VEDEL, PRESIDENCE DE LA REPUBLIQUE, *Propositions pour une révision de la Constitution*, Paris : La Documentation française, 1993, 137 p., disponible sur : <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/084000091/index.shtml>).

[683] Comme le rappelle V. Goesel-Le Bihan, cette réforme prend en compte *« l'importance que les fonctions électives locales ont acquise avec l'approfondissement de la décentralisation initiée en 1982* » et elle ajoute *« Il n'a donc plus été possible de voir – ce que l'on avait vu à partir de 1992 et jusqu'au décès de l'intéressé en 1996 – un Président U.D.F. du Conseil régional d'Alsace cumuler cette fonction politique et celle de membre du Conseil constitutionnel (Marcel Rudloff)* » (V. GOESEL-LE BIHAN, *Contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, p. 90).

[684] Art. LO143 C. électoral.

[685] Art. LO146 C. électoral.

[686] La loi introduira en 2016 la notion de conflit d'intérêts dans le statut général des fonctionnaires. Voir Ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 *portant loi organique relative au statut de la magistrature, JORF* du 23 décembre 1958, p. 11556, art. 7-1 : « *Constitue un conflit d'intérêts toute situation d'interférence entre un intérêt public et des intérêts publics ou privés qui est de nature à influencer ou à paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif d'une fonction* ».

283. Enfin, si la QPC entre en vigueur en 2010, il faudra néanmoins attendre un « sursaut » du législateur en 2013 pour que le régime d'incompatibilités soit mis à niveau et que la vie de juge constitutionnel soit considérée comme une activité à plein temps, incompatible avec toute autre vie professionnelle, quelle qu'elle soit. En 2011, une nouvelle incompatibilité est ajoutée dans la loi organique : les fonctions de Défenseur des droits. Cependant, ce n'est qu'en 2013 que le régime évolue véritablement suite à l'affaire Cahuzac[687]. La loi du 11 octobre 2013 *relative à la transparence de la vie publique* remplace l'incompatibilité alignée sur le régime des députés par une formule spécifique au Conseil : *« L'exercice des fonctions de membre du Conseil constitutionnel est incompatible avec l'exercice de toute fonction publique et de toute autre activité professionnelle ou salariée* »[688]. Fut en même temps ajouté un sixième alinéa selon lequel « *Les fonctions de membre du Conseil constitutionnel sont incompatibles avec l'exercice de la profession d'avocat* »[689]. Ce nouveau régime peut être analysé comme l'une des manifestations du tournant qu'a représenté la QPC, conduisant à une professionnalisation des juges constitutionnels.

[687] Affaire ayant mis en cause, en 2012, Jérôme Cahuzac, ministre délégué chargé du Budget. Il sera condamné en 2013 pour blanchiment d'argent et fraude fiscale.
[688] Loi organique n° 2013-906 du 11 octobre 2013 *relative à la transparence de la vie publique*, art. 3.
[689] *Ibid.*, art. 6.

284. Un régime d'incompatibilités similaire peut être trouvé dans de nombreux systèmes de justice constitutionnelle, par exemple en Belgique[690], Espagne[691], Italie[692], Allemagne[693], Suisse[694] ou Roumanie[695]. Une exception notable existe en Autriche où l'exercice parallèle de fonctions juridiques est autorisé :

> *À l'exception des fonctionnaires d'une administration, lesquels doivent quitter leur service sans qu'ils continuent à percevoir leur traitement, touts les membres de la Cour constitutionnelle – ceci constitue une spécificité de la justice constitutionnelle autrichienne – peuvent continuer à exercer parallèlement à leurs fonctions de juge constitutionnel la profession juridique qu'ils exerçaient lors de leur nomination*[696].

En pratique, la Cour constitutionnelle autrichienne est donc composée de juges, avocats et professeurs de droit en exercice. En France, ce régime d'incompatibilités, interdisant presque entièrement aux juges de mener une double vie, est complété par une stricte obligation de réserve.

---

[690] (Belgique) Loi spéciale du 6 janvier 1989 *sur la Cour constitutionnelle*, art. 44 : « *Les fonctions de juge, de référendaire et de greffier, sont incompatibles avec les fonctions judiciaires, avec l'exercice d'un mandat public conféré par élection, avec toute fonction ou charge publique d'ordre politique ou administratif, avec les charges de notaire et d'huissier de justice, avec la profession d'avocat, avec l'état de militaire et avec la fonction de ministre d'un culte reconnu* ».

[691] (Espagne) Const. du 27 décembre 1978, art. 159, 4. : « *La condition de membre du Tribunal constitutionnel est incompatible avec tout mandat représentatif, l'exercice de fonctions politiques ou administratives, l'exercice d'une charge de direction dans un parti politique ou un syndicat et un emploi au service de ceux-ci, l'exercice de fonctions juridictionnelles et de fonctions relevant du ministère public et avec tout autre activité professionnelle ou commerciale. Pour le reste, les incompatibilités affectant les membres du Tribunal constitutionnel seront celles qui sont propres aux membres du pouvoir judiciaire* ».

[692] (Italie) Loi n° 87 du 11 mars 1953, art. 7 : « *Les membres de la Cour constitutionnelle ne peuvent accepter ni garder d'autre poste ou emploi public ou privé ni exercer d'activité professionnelle ni d'activité dans le commerce ou l'industrie ni de fonction d'administrateur ou de commissaire aux comptes dans des sociétés à but lucratif. / Pendant la durée de leur mandat à la Cour constitutionnelle, les juges qui sont magistrats en exercice ou professeurs d'université cessent d'exercer ces fonctions. / Ils sont mis en détachement pendant toute la durée de leur mandat et jusqu'à ce qu'ils atteignent l'âge de la retraite* ».

[693] (Allemagne) Loi du 11 août 1993 *relative à la Cour constitutionnelle fédérale*, §3, (3) : « *Ils ne peuvent être membres ni du Bundestag, ni du Bundesrat, ni du gouvernement fédéral ni des organes correspondants d'un Land. Nommés à la Cour constitutionnelle fédérale, ils démissionnent de leurs fonctions dans ces organes* », et (4) : « *Toute activité professionnelle hormis celle de professeur de droit à une université allemande est incompatible avec la fonction de juge. Les obligations liées à la fonction de juge de la Cour constitutionnelle fédérale priment sur celles résultant de la fonction de professeur* ».

[694] (Suisse) Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, art. 144.2 : « *Les membres du Conseil fédéral, de même que les juges au Tribunal fédéral assumant une charge complète, ne peuvent revêtir aucune autre fonction au service de la Confédération ou d'un canton, ni exercer d'autre activité lucrative* ».

[695] (Roumanie) Constitution de Roumanie dans sa version au 31 octobre 2003, art. 144 : « *La fonction de juge de la Cour Constitutionnelle est incompatible avec toute autre fonction publique ou privée, à l'exception des fonctions pédagogiques de l'enseignement juridique supérieur* ».

[696] G. HOLZINGER, « La Cour constitutionnelle autrichienne », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 36, 2013/3, p. 183-193.

2. Une stricte obligation de réserve

285. L'obligation de réserve telle qu'elle est prévue par les textes est une obligation forte, mentionnée à la fois par l'ordonnance du 7 novembre 1958 à ses articles 3 et 7 et par le décret du 13 novembre 1959 à ses articles 1 et 2. Elle est à la fois générale : « *Les membres du Conseil constitutionnel ont pour obligation générale de s'abstenir de tout ce qui pourrait compromettre l'indépendance et la dignité de leurs fonctions* »[697] et particulière, concrétisée par plusieurs devoirs qui sont directement énoncés dans le serment prêté par les futurs juges : l'obligation de garder le secret des délibérations et des votes ainsi que l'interdiction de consulter et de prendre position publiquement sur une question relevant de la compétence du Conseil.

286. L'obligation de réserve contribue à éviter la concomitance des vies en interdisant l'expression politique mais aussi les consultations écrites, dès lors que cela porte sur une question relevant de la compétence du Conseil. Cette obligation a deux vertus pour les juges constitutionnels, permettant d'abord d'éviter les soupçons de partialité apparente. Comme le formule D. Roets dans sa thèse :

> *La finalité essentielle de l'obligation de réserve dans sa dimension politique a trait à la relation magistrat / justiciable.* [...] *Ce qui est craint – le problème se pose, en suivant la démarche objective, en termes de risque -, c'est que, partisan déclaré à la porte du tribunal, le magistrat ne soit en mesure de faire preuve de l'impartialité nécessaire à l'exercice de ses fonctions*[698].

Au-delà des apparences, l'obligation de réserve est aussi une question de partialité subjective pour le juge de la constitutionnalité de la loi. Lorsque les juges constitutionnels s'expriment publiquement sur la vie de la cité, il y a de grandes chances pour qu'ils s'expriment aussi sur une question pouvant faire l'objet d'une décision du Conseil et soient effectivement partiaux de ce fait. Ainsi, strictement entendue, l'obligation de réserve est plus exigeante pour les juges constitutionnels puisqu'elle leur impose un silence quasiment total.

287. Cette vision n'est pas adoptée par tous les systèmes. En particulier en Allemagne, l'obligation de réserve imposée par les textes est nettement moins stricte : la section 39 de l'Acte Judiciaire Allemand énonce seulement que « *Dans le cadre et en*

---

[697] Décret n° 59-1292 du 13 novembre 1959 *sur les obligations du Conseil constitutionnel*, *JORF* n° 265 du 15 novembre 1959, p. 10818, art. 1.
[698] D. ROETS, *Impartialité et justice pénale*, *op. cit.*, p. 146.

dehors de son office, un juge doit se conduire, notamment dans le cadre d'activités politiques, de telle manière que la confiance dans son indépendance ne sera pas mise en danger »[699]. Le code de conduite applicable à la cour constitutionnelle fédérale de 2017 précise néanmoins à son §11 que « *Les Juges ne doivent pas donner leur opinion d'expert sur les questions constitutionnelles ni émettre de prévisions concernant l'issue d'affaires en cours d'examen ou concernant des sujets qui pourraient être portés à la connaissance de la Cour* »[700]. Il leur est ainsi interdit de donner des consultations. Pour autant, il leur est possible de s'exprimer publiquement dans une très large mesure. Le code de conduite dispose ainsi qu'ils peuvent être politiquement affiliés et participer à l'activité des partis ainsi qu'au « *discours social général* »[701]. Nous verrons que les juges constitutionnels allemands bénéficient effectivement d'une large liberté d'expression conduisant à un certain « *vedettariat* »[702].

288. En France, le principe est donc que les juges constitutionnels doivent laisser derrière eux leur première vie. Quelques nuances, passerelles et exceptions existent cependant, tant vers la vie politique que juridique.

B. Les tempéraments prévus par le statut

289. Plusieurs éléments méritent d'être soulignés concernant la vie politique : le premier est que toute vie politique parallèle à la vie de juge constitutionnel n'est pas interdite. En effet, l'article 2 du décret du 13 novembre 1959 qui interdit aux juges constitutionnels « *d'occuper au sein d'un parti ou groupement politique tout poste de responsabilité ou de direction et, de façon plus générale, d'y exercer une activité inconciliable avec les dispositions de l'article 1er* » laisse aux membres du Conseil une certaine marge de manœuvre en autorisant *a contrario* l'appartenance à un parti politique. En France, le magistrat « *bénéficie des droits reconnus à tout citoyen d'adhérer à un parti politique, à un syndicat professionnel, à une association ou à une*

[699] Traduction libre de l'Acte Judiciaire Allemand, dans sa version du 8 juin 2017, section 39, disponible en anglais sur : <http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_drig/englisch_drig.html#p0218>.
[700] Traduction libre du Code de conduite de novembre 2017, §11, disponible en anglais sur : <https://www.bundesverfassungsgericht.de/EN/Richter/Verhaltensleitlinie/Verhaltensleitlinien_node.html>.
[701] *Ibid.*, §3.
[702] T. HOCHMANN, « La communication de la Cour constitutionnelle allemande », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, n° 33-2017, 2018, p. 26. Voir *infra* §311.

société philosophique, et de pratiquer la religion de son choix »[703]. Nous avons par ailleurs souligné qu'en Allemagne, les juges ordinaires et constitutionnels ont aussi ce droit. Cette conception n'est cependant pas universelle puisqu'en Italie « *Les membres de la Cour constitutionnelle ne peuvent prendre part à l'activité de partis politiques ou d'associations* »[704].

290. Ensuite, les juges constitutionnels ne sont pas inéligibles : ils peuvent quitter leurs fonctions pour accéder à certaines fonctions politiques. L'ordonnance du 7 novembre 1958 prévoit à son article 4 la possibilité qu'un membre du Conseil soit nommé à des fonctions gouvernementales, de membre du Conseil économique, social et environnemental, de Défenseur des droits ou qu'il acquière un mandat électoral. Dans de tels cas, l'ordonnance prévoit que le membre du Conseil est remplacé dans ses fonctions. Une passerelle est donc dressée entre le monde politique et le juge. Même modeste, son existence témoigne de la proximité qui peut exister entre le Conseil et le monde politique, élément que nous développerons plus tard lorsque nous étudierons l'indépendance du Conseil. Une telle passerelle n'existe pas, en revanche, pour l'administration puisque la Constitution interdit explicitement la nomination de membres du Conseil à un emploi public pendant leur mandat, ainsi que la réception d'une promotion s'ils sont fonctionnaires[705].

291. Les membres du Conseil ont enfin le droit de se mettre en congé pour solliciter un mandat électif à l'article 4 du décret du 13 novembre 1959. Ce mécanisme a été utilisé à quelques reprises : Jean Gilbert-Jules pour les élections législatives de novembre 1962, desquelles il se retira après le premier tour ; Edmond Michelet en 1967, élu député du Finistère pour devenir ensuite Ministre d'État. La sollicitation d'un mandat électoral par le biais de ce mécanisme est donc très rare et l'on pourrait aujourd'hui qualifier ce système d'obsolète : inexistant à l'étranger, inutilisé en France, un toilettage du décret de 1959 pourrait le faire disparaître sans remords. C'est d'autant plus vrai que des interprétations extensives de cette disposition ont permis à certains membres de s'exprimer politiquement sans pour autant solliciter un mandat électoral,

---

[703] CONSEIL SUPERIEUR DE LA MAGISTRATURE, *Recueil des obligations déontologiques des magistrats*, *op. cit.*, p. 16, §11.
[704] (Italie) Loi n° 87 du 11 mars 1953, art. 8.
[705] Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 *portant loi organique sur le Conseil constitutionnel*, *JORF* du 9 novembre 1958, p. 10159, art. 5. Est en revanche autorisée « *une nomination ou une promotion dans un ordre national ou ministériel conférant une décoration* » (voir G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, 5e éd., *op. cit.*, p. 200). Nous y reviendrons plus tard à propos de l'indépendance du Conseil, voir *infra* §469.

démontrant le risque de confusion toujours présent lorsqu'existe une passerelle – si étroite soit-elle – entre le monde politique et les fonctions de juge constitutionnel[706].

292. La dernière exception concerne la vie universitaire. Dès le départ, les professeurs d'université sont autorisés[707] à poursuivre leur activité d'enseignement parallèlement à leur vie de juge constitutionnel, même si la pratique est de s'abstenir de prendre position sur les questions relevant de la compétence du Conseil[708]. L'alignement sur le statut des députés en 1995 ne changera pas la donne puisque les activités d'enseignement sont autorisées aux députés. Le régime instauré en 2013 autorise quant à lui les membres du Conseil à « *se livrer à des travaux scientifiques, littéraires ou artistiques* », par exemple la publication de romans policiers[709]. Néanmoins, cette formule générale n'autorise pas spécifiquement les activités d'enseignement et P. Castéra, auteur d'une thèse sur *Les professeurs de droit membres du Conseil constitutionnel*, soutient que l'activité d'enseignement est exclue de cette formulation[710]. Cette lecture est cependant contestable. La loi de 2013 a voulu aligner le statut des membres du Conseil sur celui des magistrats, qui interdit « *l'exercice de toutes fonctions publiques et de toute autre activité professionnelle ou salariée* »[711] mais autorise les magistrats, par dérogation accordée par les chefs de cour, à « *donner des enseignements ressortissant à leur compétence ou [à] exercer des fonctions ou activités qui ne seraient pas de nature à porter atteinte à la dignité du magistrat et à son indépendance* »[712] et permet, sans autorisation préalable, la poursuite de « *travaux scientifiques, littéraires ou artistiques* »[713]. Si l'on s'en tient à l'interprétation stricte des textes, seule la dernière formule est reprise par le statut des membres du Conseil, indiquant donc que les activités d'enseignement sont exclues. Mais si l'on fait appel à

[706] Voir *infra* §299.
[707] Les membres du Comité constitutionnel n'abordent simplement pas cette hypothèse et se concentrent sur la vie politique et administrative.
[708] F. Luchaire estime dans son manuel que l'enseignement n'est pas une activité publique parce que cette activité est réservée aux seuls étudiants. Il a cependant, tout comme M. Waline, toujours évité dans ses cours de prendre des positions personnelles sur les questions relevant de la compétence du Conseil (F. LUCHAIRE, *Le Conseil constitutionnel*. *Tome I, op. cit.,* p. 81).
[709] Comme J.-L. Debré (*Meurtre à l'Assemblée*, Paris : Fayard, 2009, 305 p.) ou V. Giscard d'Estaing (*La princesse et le Président*, Paris : Éd. de Fallois, 2009, 264 p.).
[710] P. CASTERA, *Les professeurs de droit membres du Conseil constitutionnel*, Université de Bordeaux, 2015, p. 102, disponible en ligne : <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01280310>.
[711] Ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 *portant loi organique relative au statut de la magistrature*, *JORF* du 23 décembre 1958, p. 11556, art. 8.
[712] *Ibid.*
[713] *Ibid.*

l'esprit du texte et à l'intention du législateur qui ressort des travaux préparatoires[714], était recherché en 2013 l'alignement du statut des membres du Conseil sur celui des magistrats, non la soumission des juges constitutionnels à un statut plus strict que celui des magistrats. Il n'est cependant pas prévu de mécanisme équivalent à la dérogation accordée par le chef de cour. L'on peut néanmoins penser qu'en pratique un membre du Conseil souhaitant enseigner solliciterait l'autorisation au président du Conseil, ce qui serait équivalent.

293. En toute hypothèse, seule la pratique permettra d'en savoir plus, les futurs professeurs membres du Conseil pouvant décider eux-mêmes de retenir une interprétation extensive ou restrictive de la disposition, choix qui sera certainement en partie dicté par des considérations pratiques relatives à la charge de travail que représente aujourd'hui l'exercice des fonctions de juge constitutionnel en France. C'est d'ailleurs l'esprit qui anime les textes belges et allemands en la matière, autorisant l'exercice de fonctions universitaires à condition qu'elles n'excèdent pas plus de cinq heures par semaine ni qu'elles s'étendent sur plus de deux demi-jours par semaine en Belgique[715], tandis qu'en Allemagne les professeurs peuvent continuer leur activité, à condition que « *les obligations liées à la fonction de juge de la Cour constitutionnelle fédérale priment sur celles résultant de la fonction de professeur* »[716]. Le régime italien est plus strict puisqu'il interdit l'exercice des fonctions de professeur d'université[717]. En pratique les juges peuvent cependant

> *participer à la vie de la collectivité scientifique, pendant la durée de leur mandat, en participant à des colloques, congrès et tables rondes, par la publication de contributions dans les revues spécialisées ou en accordant*

[714] Voir en particulier les séances suivantes : Séance du 19 avril 2013, compte rendu intégral des débats, Assemblée nationale, disponible sur : <http://www.assemblee-nationale.fr/14/cri/2012-2013/20130275.asp> ; Séance du 15 juillet 2013, compte rendu intégral des débats, Sénat, disponible sur : <http://www.senat.fr/seances/s201307/s20130715/s20130715_mono.html> ; Séance du 22 juillet 2013, compte rendu intégral des débats, Assemblée nationale, disponible sur : <http://www.assemblee-nationale.fr/14/cri/2012-2013-extra/20131025.asp>.

[715] Voir : (Belgique) Loi spéciale du 6 janvier 1989 *sur la Cour constitutionnelle*, art. 44. Les juges doivent aussi demander l'autorisation de poursuivre cette activité au Roi (article 44, 1°). Sont aussi autorisées les fonctions de membre d'un jury d'examen (article 44, 2°) et de membre d'une commission, d'un conseil ou comité consultatif (article 44, 3°).

[716] (Allemagne) Loi relative à la Cour constitutionnelle fédérale dans la version résultant de la notification du 11 août 1993, §3, (4) : « *Toute activité professionnelle hormis celle de professeur de droit à une université allemande est incompatible avec la fonction de juge. Les obligations liées à la fonction de juge de la Cour constitutionnelle fédérale priment sur celles résultant de la fonction de professeur* ».

[717] (Italie) Loi n° 87 du 11 mars 1953, art. 7.

des interviewes à la presse non spécialisée, y compris sur les travaux de la Cour[718].

Par comparaison avec les systèmes étrangers, le statut auquel se trouvent soumis les juges constitutionnels français est strict et donc particulièrement satisfaisant au point de vue du risque de partialité. Ce statut a cependant ses limites et il est possible de constater une certaine survivance de la double vie des membres nommés.

§II. La survivance de la vie politique

294. Nous avons expliqué dans l'introduction générale que l'objet de la Partie I serait, non pas d'identifier les partis pris et préjugés des juges constitutionnels au cas par cas, mais de découvrir ce qui permet l'expression de ces partis pris et préjugés, de savoir dans quelle mesure les juges sont libres d'être partiaux. Sur ce point, nous avons établi dans la section précédente, relative aux membres de droit, qu'un statut permettant aux juges de mener une vie politique parallèle à leur vie de juge constitutionnel implique un risque de partialité plus élevé parce que la liberté d'expression du politique est incompatible avec les obligations du juge, en particulier avec l'exigence d'impartialité apparente.

295. Cependant, alors que chez les anciens Présidents de la République, la persistance d'une vie politique s'expliquait en grande partie par un statut inadapté, le statut relatif aux membres nommés est nettement plus contraignant. Dès lors, la logique voudrait qu'il n'y ait aucune possibilité pour ces derniers de mener une double vie, en particulier politique. Ce serait néanmoins oublier la liberté d'interprétation dont bénéficie tout interprète. En l'occurrence, si les textes constituent un cadre à l'action des juges, la pratique rend ce cadre **à géométrie variable,** fonction des interprétations qui en sont faites, fonction aussi de ce qui est toléré de façon informelle (A). Ces interprétations parfois très personnelles sont rendues possibles par **l'absence de décision du Conseil** invalidant celles-ci, le Conseil n'ayant jamais joué le rôle d'interprète authentique concernant le comportement de ses propres membres[719] (B).

[718] J.-C. ESCARRAS, « Italie – éléments de référence », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 1987, n° 1, p. 491.
[719] À l'exception de la décision rendue à propos de V. Giscard d'Estaing, dans le cadre du contentieux électoral. Voir *supra* §249.

A. Une interprétation du statut à géométrie variable

296. Une interprétation extensive des textes permet aux membres nommés qui le souhaitent de poursuivre une vie politique plus ou moins accessoire, impliquant un risque de partialité plus élevé. Plusieurs illustrations de ce risque peuvent être trouvées dans la pratique de la mise en congé et du régime d'incompatibilités (1) ainsi que dans celle de l'obligation de réserve (2).

1. La mise en congé et le régime d'incompatibilités

297. La pratique de la mise en congé et du régime d'incompatibilités témoigne de la difficulté qu'ont certains juges constitutionnels à se soumettre aux contraintes du droit lorsqu'ils estiment pouvoir jouer un rôle politique, à n'être finalement *que* juges alors que « la maison brûle ».

298. La mise en congé est prévue par l'article 4 du décret du 13 novembre 1959 pour une hypothèse clairement énoncée : la sollicitation d'un mandat électif. Néanmoins, le mécanisme a été utilisé dans d'autres circonstances. Outre la mise en congé de V. Giscard d'Estaing lorsqu'il exerça des fonctions incompatibles avec celles de juge constitutionnel, d'autres cas non prévus par les textes ont vu le jour : il y eut d'abord le président Dumas qui, impliqué dans l' « affaire Elf »[720], se mit en congé de l'institution le 24 mars 1999 avant de démissionner le 29 février 2000.

299. Néanmoins, l'hypothèse qui nous intéresse ici est celle de S. Veil qui se mit en congé du Conseil à compter de la décision du 28 avril 2005 et jusqu'à la décision du 22 juin 2005, afin de participer à la campagne référendaire relative au traité établissant une Constitution pour l'Europe. Les journalistes de l'époque notent que « *Simone Veil, qui avait "des fourmis dans les jambes", selon des collègues du Conseil constitutionnel, à force d'assister, impuissante, à la montée du non au référendum, va se lancer dans la campagne* »[721]. Bien que madame Veil ait obtenu le feu vert du président Mazeaud[722],

[720] Affaire de détournement de fonds de l'entreprise Elf-Aquitaine. R. Dumas était impliqué dans cette affaire du fait de sa compagne C. Deviers-Joncour. Initialement condamné par le tribunal correctionnel de Paris en 2001, il fut relaxé par la Cour d'appel de Paris en 2003.
[721] B. GURREY, J.-B. DE MONTVALON, « Simone Veil, en congé du Conseil constitutionnel, va se lancer dans le sauvetage du oui », *Le Monde*, 23 avril 2005.
[722] *Ibid.* Le Conseil d'État, saisi d'un recours visant à ordonner la suspension de cette décision, se déclara incompétent : CE, 280214, 6 mai 2005, *Hoffer*. Sur l'autonomie normative du Conseil, voir *infra* §488 et s.

sa décision fut vivement critiquée dans le camp politique, notamment par J.-L. Debré, alors président de l'Assemblée nationale[723]. Face à cela, un membre du Conseil agacé par la polémique rappela que madame Veil était connue pour son engagement européen :

> *Nous avons tous des sensibilités politiques, et certains d'entre nous sont des élus. À cet égard, l'engagement européen de Simone Veil ou de Valéry Giscard d'Estaing n'est pas un scoop. Le Conseil a d'ailleurs pris plusieurs décisions qui ont pu déplaire au gouvernement et qui prouvent son indépendance. Notre impartialité n'est donc pas en cause*[724].

Le mécanisme de la mise en congé constitue en principe une passerelle très étroite entre le Conseil et le monde politique, permettant aux juges qui entendent solliciter un mandat électif de se mettre en congé pour la durée de la campagne électorale. S'il est possible de « faire campagne », ce n'est que dans l'optique de se porter candidat à une élection. Les textes sont précis et ne devraient laisser qu'une marge d'interprétation limitée à leurs interprètes. Nous avons cependant relevé la relativité de la contrainte des textes. L'interprétation retenue par madame Veil en est un bon exemple puisqu'elle estima pouvoir faire campagne sans être candidate à une élection. Plus précisément, pour obtenir ce qu'elle souhaitait – s'exprimer politiquement pour le « oui » – elle utilisa le mécanisme de la mise en congé car il lui permettait, d'un certain point de vue[725], de ne pas porter atteinte à son devoir de réserve. L'usage de la mise en congé montre ici à quel point les textes sont aisément mis au service d'un point de vue donné et constituent une « *mince cloison* »[726] entre la vie de juge constitutionnel et la vie politique.

300. Par cet usage, l'impartialité du Conseil est écornée, au moins en apparence puisque S. Veil avait participé à la décision portant sur ce traité[727]. Certes, les juges ont, comme tout citoyen, des convictions. La neutralité politique des juges est un leurre et l'impartialité du juge conçue comme l'absence totale de partis pris n'existe pas. Cela ne signifie cependant pas qu'ils peuvent participer aux débats politiques lorsqu'ils le souhaitent, même en tant que citoyens. Cela est à nos yeux nécessaire du fait de

---

[723] « M. Debré estime que Simone Veil doit "démissionner" du Conseil constitutionnel », *LeMonde.fr*, 6 mai 2005.
[724] P. ROGER, « Le Conseil constitutionnel valide la mise en congé de Simone Veil », *Le Monde*, 28 avril 2005.
[725] Voir M. VERPEAUX, « Les avatars récents de l'indépendance des membres du Conseil constitutionnel », in *Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Dalloz, 2007, p. 975.
[726] *Ibid.*
[727] CC, 2004-505 DC, 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*.

l'incompatibilité totale entre la liberté d'expression politique et les fonctions de juge, car l'expression politique **suppose de s'émanciper partiellement des contraintes du système juridique** pour exprimer un point de vue préexistant sur une question[728]. À partir du moment où le juge choisit de conserver, même épisodiquement, une double vie, cela accroît nécessairement le risque de partialité.

301. Une seconde illustration de ce cas de figure est l'interprétation effectuée par L. Fabius du régime d'incompatibilités. Lorsqu'il prit ses fonctions de président du Conseil constitutionnel, il annonça conserver la présidence de la COP21 ainsi qu'un bureau au Quai d'Orsay[729]. Son interprétation des textes était alors la suivante : « *C'est une fonction personnelle, bénévole, sans incidence ni contradiction avec l'activité gouvernementale, puisque j'ai été élu par les parties [les 195 pays impliqués dans les négociations sur le réchauffement climatique] et que je ne représente pas la France* »[730]. Il ajouta par ailleurs : *« Je crois avoir acquis une certaine autorité, partagée, pour faire avancer les choses. Je vois beaucoup de raisons de conserver ce poste et je n'en vois pas, à l'opposé, pour le quitter* »[731].

302. Critiqué, en particulier par S. Royal qui entendait reprendre la totalité du dossier climatique[732], le nouveau président du Conseil constitutionnel finit par s'incliner. La capitulation fut cependant temporaire puisque L. Fabius fut nommé le 14 novembre 2017 lors de la COP23, Haut référent d'ONU Environnement pour la gouvernance environnementale. Pour M. Fabius, ces fonctions sont « *honorifiques et bénévoles* »[733] et donc conformes au statut.

303. Comme le soulignent les auteurs de la chronique constitutionnelle de la revue *Pouvoirs*, « *ce cumul suscite quelques questionnements* »[734]. L'article 4 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 interdit l'exercice de toute fonction publique et de

[728] Madame Veil reste dans le cadre du système juridique puisqu'elle utilise un mécanisme existant lui permettant de cesser de siéger le temps de la campagne électorale. Néanmoins, son interprétation des textes est critiquable et l'on peut estimer qu'elle s'est émancipée au moins en partie de ses devoirs de juge pour faire valoir son point de vue.

[729] S. ROGER, « Laurent Fabius entend rester président de la COP même s'il entre au Conseil constitutionnel », *Le Monde,* 10 février 2016.

[730] *Ibid.*

[731] P. ROGER, « COP et Conseil constitutionnel : les deux fonctions de Laurent Fabius sont-elles compatibles ? », *Le Monde*, 11 février 2016.

[732] S. ROGER, S. LANDRIN, R. BARROUX, « Ségolène Royal reprend "la totalité du dossier climatique" », *Le Monde.fr*, 11 février 2016.

[733] AFP, « Pour Laurent Fabius, il y a "alerte rouge" sur le climat », *LCP.fr*, 14 novembre 2017.

[734] J. GICQUEL, J.-É. GICQUEL, « Chronique constitutionnelle française – 1er octobre – 31 décembre 2017 », *Pouvoirs*, n° 165, p. 164.

toute autre activité professionnelle ou salariée sans que soit distingué si ces fonctions sont bénévoles ou honorifiques comme cela peut être le cas dans d'autres systèmes[735]. Dès lors, la lecture retenue par L. Fabius est pour le moins contestable, et ce d'autant plus que M. Fabius a été chargé par l'ONU de promouvoir l'adoption d'un Pacte global pour l'Environnement, ce qui ne semble pas être purement honorifique, mais plutôt une véritable mission, nécessitant des déplacements[736] et des échanges avec des personnages politiques. Une fonction publique en somme, même si elle n'est pas rémunérée[737].

304. Ce choix constitue un exemple supplémentaire de la liberté d'interprétation dont bénéficient les juges constitutionnels et de l'usage qu'ils peuvent en faire au service de la poursuite d'une vie politique. L'on pourrait nous opposer, comme ce fut le cas pour S. Veil, que l'engagement de L. Fabius en la matière est connu. Pourquoi, dans ces conditions, cet engagement extérieur serait-il problématique ? Ne vaut-il pas mieux qu'il soit admis au grand jour pour plus de transparence ? À notre sens, cela pose de multiples difficultés.

305. D'abord, nous l'avons rappelé précédemment, il existe une différence entre le fait de ne pas cacher un engagement politique préexistant et la **défense active** de cet engagement, entre une vie politique passée et une vie politique présente. Ensuite lorsque le président du Conseil s'exprime publiquement sur un sujet comme l'environnement, « *bien connu du prétoire constitutionnel* »[738], cela nuit forcément à **l'impartialité apparente** du Conseil. Cela nuit par ailleurs à la **collégialité** à partir du moment où le juge s'absente du fait de sa vie extérieure, un problème qui a été soulevé par la doctrine concernant L. Fabius[739] mais qui concernait aussi S. Veil lorsqu'elle s'est mise en

---

[735] Voir E. TAWIL, « L'organe de justice constitutionnelle – aspects statutaires », *Actes du VIème Congrès de l'AFDC, juin 2005*, p. 60, disponible sur : < http://www.droitconstitutionnel.org/congresmtp/textes5/TAWIL.pdf>. L'auteur évoque notamment le cas de la Constitution irlandaise qui dispose à son article 35 al. 3 qu' « *aucun juge ne sera éligible aux chambres du Parlement et ne pourra occuper d'autres postes ou exercer d'autres fonctions rétribuées* ».

[736] Par exemple le 19 septembre 2017 lors de la présentation du Pacte à l'ONU ou le 4 mai 2018 lors d'un colloque international se tenant à Dakar et ayant abouti à l' « Appel de Dakar » pour l'adoption du Pacte.

[737] Comme l'a remarqué R. Letteron, il y a différentes formes de rémunération : « *Même s'il n'est pas rémunéré, il bénéficie de frais de fonctionnement, d'une équipe pour l'assister, et ses voyages sont pris en charge. Entre lui et l'ONU existe donc un lien juridique incontestable* » (R. LETTERON, « Les cumuls de Laurent Fabius », *Libertés, libertés chéries*, 19 novembre 2017, disponible sur : <http://libertescheries.blogspot.com/2017/11/les-cumuls-de-laurent-fabius.html>).

[738] J. GICQUEL, J.-É. GICQUEL, « Chronique constitutionnelle française – 1er octobre – 31 décembre 2017 », *Pouvoirs*, n° 165, p. 164. Nous l'avons souligné à propos de la liberté d'appréciation du Conseil, voir *supra* §217 et s.

[739] *Ibid.* : « *Amorce d'un dédoublement fonctionnel ? Une nouvelle fois (cette Chronique, n° 164, p. 181), M. Jospin a été appelé à suppléer l'absence de M. Fabius, lors de la séance du 24 novembre (673 et 675 QPC) (JO, 25-11)* ». Voir aussi J. GICQUEL, J.-É. GICQUEL, « Chronique constitutionnelle française – 1er octobre – 31 décembre 2018 », n° 169, avril 2019, p. 176-178 : « *De nouveau (cette* Chronique*, n° 168, p. 159), M. Jospin a présidé le Conseil pour les décisions 740 et 741 QPC, le 19 octobre, puis 775 DC,*

congé. Enfin, comme nous l'avons rappelé, la vie politique présente est simplement incompatible avec la vie de juge constitutionnel, car elle engage le juge à **s'émanciper des contraintes du droit** pour défendre son point de vue. Si notre conviction est tirée de l'observation de la pratique, celle-ci nous montre, nous semble-t-il avec une grande clarté, que le mélange entre vie politique présente et vie de juge constitutionnel est hasardeux et implique un risque de partialité plus fort. Le dernier exemple de cette liberté interprétative dont bénéficient les membres du Conseil concerne le respect de l'obligation de réserve.

2. L'obligation de réserve

306. L'obligation de garder le secret des délibérations et des votes a été plutôt bien respectée, en public du moins, même si elle a pu être écornée par L. Noël, P. Joxe et R. Dumas dans leurs ouvrages respectifs[740]. Cet élément nous intéresse cependant peu ici car il n'est pas révélateur d'une vie politique concomitante à la vie de juge constitutionnel mais plutôt d'un désir d'exposer la vie interne du Conseil au public.

307. L'interdiction faite aux juges constitutionnels de consulter sur une question relevant de la compétence du Conseil est en revanche plus intéressante puisque consulter signifie que le juge donne son avis, donc prend parti, sur une question relevant potentiellement de la compétence du Conseil constitutionnel. Il apparaît que certains membres du Conseil ont eu tendance à distinguer entre la consultation orale et écrite, seule la consultation écrite étant considérée comme prohibée. C'est ce que notait F. Luchaire dans son manuel :

> *Il est souvent arrivé que le Gouvernement ou un parti politique aient demandé à un membre du Conseil constitutionnel son sentiment sur telle ou telle interprétation de la Constitution ; il n'y aurait infraction à l'ordonnance que si la réponse était publiée ou rémunérée ; c'est pourquoi*

---

le 10 décembre. N'est-il pas envisageable de s'interroger à nouveau sur l'investissement de M. Fabius en tant que président du groupe d'experts en charge de l'élaboration du Pacte mondial pour l'environnement et, in fine*, sur le respect des obligations d'un membre du Conseil constitutionnel ? En revanche, la situation est différente pour la décision 745 QPC du 23 novembre, puisque la présidence de M. Jospin a été justifiée par le fait que M. Fabius a estimé devoir s'abstenir de siéger, le requérant, M. Thévenoud, ayant fait partie de son cabinet, en 2000, lorsqu'il exerçait les fonctions de ministre de l'économie et des Finances* ».

[740] Voir P. JOXE, *Cas de conscience*, Labor et Fides, 2010, 245 p. ; L. NOËL, *De Gaulle et les débuts de la V^e^ République*, Paris : Plon, 1976, 310 p. ; R. DUMAS, *Politiquement incorrect*, Cherche Midi, 2015, 682 p.

> *dans ce cas, les membres du Conseil se sont bien gardés de répondre par écrit*[741].

C'est une interprétation possible, mais elle est contestable dans la mesure où de telles pratiques portent potentiellement atteinte à l'indépendance des juges[742] et entraînent une forme de double vie aux conséquences dommageables. L'exemple plus connu est celui de L. Noël qui fut conseiller intime du général de Gaulle. Y. Beauvois, dans son ouvrage fondé sur les notes personnelles de L. Noël, relate cette relation ambiguë et les difficultés qu'eut le Président Noël à maintenir un « *équilibre entre sa fonction présidentielle et sa position de conseiller-confident* »[743]. L. Noël fut ainsi régulièrement consulté par de Gaulle, sur les sujets les plus importants : la constitutionnalité de l'utilisation de l'article 16[744], la mise en œuvre de l'article 11[745], le remplacement de M. Debré par G. Pompidou au Gouvernement[746]...

308. Certes, les circonstances étaient exceptionnelles et l'époque était différente. Néanmoins, les relations informelles entre l'exécutif et les juges constitutionnels restent courantes, ce que rappelle D. Rousseau :

> *La rigueur de ces obligations ne doit pas faire complètement illusion : un conseiller peut toujours donner à un ministre ami, un groupe parlementaire proche ou à son parti d'origine, une "consultation", une analyse de la constitutionnalité de tel ou tel projet au regard de la jurisprudence constitutionnelle et de son évolution possible, dès lors que consultation et analyse se font oralement et non par écrit, ne sont ni publiées ni rémunérées et restent dans le cadre privé de dîners opportuns... ; de même, un conseiller peut toujours, comme militant de base de son parti, rencontrer le premier responsable pour discuter avec lui "des choses politiques" !*[747].

J.-L. Debré évoque ainsi sans détour ses liens avec l'exécutif et avec d'autres entités, à travers déjeuners et coups de fil[748]. Pour l'ancien Président du Conseil « *Échanger avec*

---

[741] F. LUCHAIRE, *Le Conseil constitutionnel*. *Tome I..., op. cit.*, p. 81.
[742] Voir *infra* §513 et s.
[743] Y. BEAUVOIS, *Léon Noël : de Laval à de Gaulle via Pétain, 1888-1987*, Villeneuve d'Ascq : Presses universitaires du Septentrion, 2001, p. 383.
[744] *Ibid.*, p. 382.
[745] *Ibid.*, p. 384 et s.
[746] *Ibid.*, p. 389 : « *L'ambassadeur se fit donc l'avocat du choix d'un homme neuf. Il en cita deux dont il constata avec plaisir que de Gaulle avait éventuellement pensé à eux : Louis Joxe et... Georges Pompidou. Ainsi, non seulement le président du Conseil constitutionnel se livrait avec le président de la République à des commentaires et à des analyses politiques mais il n'hésitait pas, non plus, à souffler le nom de l'un de ses collègues pour devenir le deuxième responsable de l'exécutif* ».
[747] D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, p. 84.
[748] Voir J.-L. DEBRE, *Ce que je ne pouvais pas dire...*, *op. cit.*, not. p. 29, 31, 74, 224, 257, 287, 288, 290, 300, 315, 326, 331, 334, 342, 343, 348.

une personnalité extérieure n'implique pas que l'on perde sa liberté de jugement »[749]. Un autre exemple, plus ambigu, est celui d'A. Juppé qui rencontra E. Macron après sa nomination au Conseil, mais avant sa prise de fonction, afin de lui apporter son soutien (implicite) pour les élections européennes[750]. Si A. Juppé n'avait pas encore prêté serment et n'agissait donc pas en violation des textes, ce choix de continuer à « faire de la politique » juste avant de prendre ses fonctions de juge constitutionnel est contestable.

309. La pratique française n'est pas isolée : plus d'un Président de la Cour suprême américaine a joué le rôle de conseiller du Président des États-Unis. Plus précisément, au cours du XX^e^ siècle, presque tous les Présidents de la Cour suprême ont conseillé le Président en exercice[751], les juges à la Cour suprême ayant tendance à faire peu de cas des convenances lorsqu'ils se sentent idéologiquement et personnellement proches de ce dernier[752]. Pourtant, cette vie de conseiller politique, même ponctuelle, peut entraîner un risque de partialité très fort, parce qu'elle pose la question de l'indépendance des juges constitutionnels. Quoiqu'en dise M. Debré dans son ouvrage, ces relations informelles, bien qu'inévitables, sont une porte ouverte aux pressions et donc à la partialité[753].

310. Enfin, l'interdiction faite aux juges constitutionnels de prendre publiquement position sur une question ayant fait ou susceptible de faire l'objet d'une décision du Conseil a été mise à mal à plusieurs reprises lorsque les juges ont souhaité s'exprimer publiquement sur la vie de la cité. P. Chatenet signa en janvier 1976 le « *nouveau manifeste pour l'indépendance de l'Europe* »[754]. J.-L. Debré prit position sur la garde à vue[755] sans se déporter lorsque cette question fut examinée par le Conseil. Il

---

[749] *Ibid.,* p. 29.
[750] « À la veille de son départ, Juppé affiche sa proximité avec Macron », *Challenges.fr*, 1^er^ mars 2019.
[751] D. M. O'BRIEN, *Storm center...*, *op. cit.*, p. 88 : « In the twentieth century, virtually all chief justices served as presidential consultants » (traduction libre : « *Au cours du vingtième siècle, pratiquement tous les présidents de la Cour Suprême ont en même temps été conseillers du Président* »).
[752] *Ibid.,* p. 92 : « When a president like FDR and justices find commonality of purpose and personal and ideological compatibility, consultations are inevitable and questions of propriety are overlooked » (traduction libre : « *Quand un président comme Franklin D. Roosevelt et les juges constitutionnels se trouvent avoir un but commun et une compatibilité personnelle et idéologique, les consultations sont inévitables et les questions de convenance sont négligées* ».
[753] Voir nos développements supplémentaires sur ce point *infra* §513 et s.
[754] Voir D. TURPIN, *Contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, p. 313.
[755] Voir J. GICQUEL, J.-É. GICQUEL, « Chronique constitutionnelle française – 1^er^ octobre – 31 décembre 2009 », *Pouvoirs*, n° 133, p. 168 : « *De manière démonstrative, il a participé, le 4 décembre, à la rentrée du barreau de Paris, en présence de la garde des sceaux ; n'hésitant pas à prendre position sur le projet de réforme de la justice, en particulier sur la garde à vue, nonobstant son obligation de*

prit aussi position contre le renvoi de J. Chirac en correctionnelle alors qu'une QPC fut ensuite posée dans le cadre de ce procès[756]. S. Veil prit position pour le « oui » lors de la campagne référendaire de 2005 alors qu'elle avait participé à la décision relative à ce traité quelques mois plus tôt. Récemment, A. Juppé s'exprima publiquement à deux reprises en violation de son obligation de réserve, en prenant directement parti contre la GPA et en exprimant ses doutes sur la PMA[757] et en soutenant son successeur désigné à la mairie de Bordeaux[758]. Enfin L. Fabius publia en septembre 2020 un livre sur le climat[759].

311. Ces prises de position publiques sur des questions politiques ne sont pas forcément rares à l'étranger. Par exemple si les juges constitutionnels italiens doivent « *s'abstenir de toute activité et expression de pensée qui pourrait mettre publiquement en évidence leurs convictions politiques* »[760], ils ont en revanche

> *toute liberté de faire connaître, sans qu'aucune formalité officielle ne soit requise ni qu'aucune réaction officielle n'ait jamais été enregistrée, leur opinion sur ce qu'on pourrait appeler les "problèmes de politique institutionnelle", par quelque moyen d'expression que ce soit, pourvu qu'ils s'autolimitent dans la manifestation de leur propre pensée en ne faisant pas référence à des éléments contingents et partisans. C'est ainsi que des membres de la Cour ont livré, es qualité, dans des interviewes ou des articles donnés à la presse, leur opinion sur des questions telles que : le phénomène de la partitocratie en Italie, les déficiences du "système constitutionnel" italien, la pratique des lois "préfectorales", l'inadaptation et l'insuffisance de la procédure et de la production législatives* [...][761].

---

réserve [...] ». Voir aussi l'article du *Monde* relatant les mots de M. Debré : A. SALLES, « Pressions constitutionnelles sur la garde à vue », *Le Monde*, 7 décembre 2009.

[756] F. JOHANNES, « Le Conseil constitutionnel embarrassé par le cas Chirac », *Le Monde*, 10 mars 2011.

[757] Voir J. GICQUEL, J.-É. GICQUEL, « Chronique constitutionnelle française, 1er octobre – 31 décembre 2019 », *Pouvoirs*, n° 173, juin 2020, p. 150 : « *Dans un entretien à* La Croix *en date du 7octobre, M. Juppé indique être "radicalement hostile à la GPA" : "C'est une marchandisation du corps humain : on sait très bien qu'être mère porteuse, ce n'est pas toujours par générosité, c'est souvent pour l'argent. Sur la PMA... (Soupir.) J'avais été très hésitant pendant ma campagne de la primaire. Honnêtement, j'ai du mal à trouver mes repères. À quel moment faut-il dire qu'on ne fait pas, au nom de l'éthique, ce que permet la technique ?*" *Alors que la loi sur la bioéthique est en cours de discussion au Parlement, on rappellera, à toutes fins utiles, qu'en application de l'article 9 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 les membres du Conseil ne doivent "prendre aucune position publique* [...] *sur les questions relevant de la compétence du Conseil*" ».

[758] *Ibid.,* n° 174 de cette revue, p. 168 : « *Derechef, M. Juppé (cette Chronique, n° 173, p. 150) a enfreint cette obligation en étant présent, le 10 janvier, à Bordeaux, au lancement de la campagne électorale de M. Florian, son successeur à la mairie : "Je ne peux pas parler mais je peux penser* [...] *et espérer. Et le fait que je sois là pour vous permet de deviner ce que je pense et ce que j'espère" (Le Figaro, 13-1). Certes, les élections municipales ressortissent à la compétence du juge administratif, mais on ne peut oublier le prochain renouvellement du Sénat, dont le contentieux relève du Conseil (art. 59 C). Or le collège électoral sénatorial est composé à 95 % par des délégués des conseils municipaux* ».

[759] L. FABIUS, *Rouge carbone*, Éd. de l'Observatoire, 2020, 255 p.

[760] J.-C. ESCARRAS, « Les juges constitutionnels – Italie », *op. cit.*, p. 180.

[761] *Ibid.*, p. 181.

Les juges allemands sont encore plus libres, « *la Cour constitutionnelle fédérale part du principe que chaque juge a un droit de libre parole, non seulement dans les manifestations scientifiques, mais encore dans les congrès spécialisés des partis voire dans des interviews donnés à des journalistes* »[762]. En pratique, « *certains juges constitutionnels n'hésitent pas à exprimer leurs opinions dans des conférences ou des écrits ; parfois même, quoique cela soit assez rare, ils participent aux activités d'un parti politique* »[763]. T. Hochmann expliquait plus récemment qu' « *Une véritable personnalisation des juges est en marche* »[764] : « *Certains juges s'expriment ainsi volontiers sur divers sujets politiques, juridiques ou philosophiques* »[765]. De façon générale, la Cour est très tolérante à l'égard de l'expression politique de ses juges, estimant que la loi fondamentale et la loi sur la Cour constitutionnelle fédérale présupposent que les juges ont des opinions politiques[766]. Elle exige alors des circonstances particulières démontrant l'existence d'un biais pour renverser la présomption d'impartialité de ses membres[767].

312. À quelques exceptions près, la réserve des juges français est donc plutôt marquée par rapport à leurs homologues étrangers, ce qui est à notre sens positif au point de vue du risque de partialité. Les juges français ne sont pas comme les juges allemands, qui sont juges mais aussi des personnages publics censés représenter la Cour[768], ce qui peut, à tout le moins, porter atteinte à l'impartialité apparente de celle-ci[769]. Nous l'avons néanmoins remarqué, le statut n'empêche pas totalement les juges de mener une double vie. Les diverses pratiques que nous avons relevées sont permises par

---

[762] M. FROMONT, « Les juges constitutionnels - Allemagne fédérale », *op. cit.*, p. 87-88.

[763] M. FROMONT, « Présentation de la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne », *Les nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel,* n° 15, janvier 2004, disponible sur : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/presentation-de-la-cour-constitutionnelle-federale-d-allemagne>.

[764] T. HOCHMANN, « La communication de la Cour constitutionnelle allemande », *op. cit.*, p. 26.

[765] *Ibid.* Il ajoute « *Le juge Di Fabio, par exemple, publia un livre pendant son mandat, et diverses contributions dans des journaux où il défendait certaines conceptions politiques. Les présidents de la Cour donnent également des interviews générales, où les questions de droit constitutionnel tiennent le plus souvent un rôle important mais pas exclusif* ».

[766] Voir : BVerfG, 2BvR, 1010/10, 11 octobre 2011, §20.

[767] *Ibid.,* §25 a).

[768] C'est ce qu'affirme très clairement le Code de conduite : « *Du fait du statut d'organe constitutionnel de la Cour constitutionnelle fédérale et de l'importance sociale et politique de ses décisions, les membres de la Cour accomplissent d'abord leurs devoirs de juges, mais participent aussi à la présentation et à la diffusion des connaissances portant sur le statut et le fonctionnement de la Cour et de sa jurisprudence, tant dans le contexte national qu'international* » (traduction libre du Code de conduite de novembre 2017, §2, disponible en anglais sur : <https://www.bundesverfassungsgericht.de/EN/Richter/Verhaltensleitlinie/Verhaltensleitlinien_node.html>).

[769] Voir T. HOCHMANN, « La communication de la Cour constitutionnelle allemande », *op. cit.*, p. 27-29.

un système de sanction défaillant, le Conseil en tant qu'institution n'ayant jamais imposé sa lecture des textes face à la lecture individuelle de ses membres.

B. L'absence de décision du Conseil invalidant ces interprétations personnelles

313. Les articles 10 et 11 de l'ordonnance ainsi que les articles 5 à 8 du décret mettent en place deux mécanismes : l' « *avertissement* » [770] et la démission d'office. La démission d'office est initialement prévue par l'ordonnance de 1958 pour trois cas précis : lorsqu'un membre du Conseil « *aurait exercé une activité ou accepté une fonction ou un mandat électif incompatible avec sa qualité de membre du Conseil* »[771], « *n'aurait pas la jouissance des droits civils et politiques* »[772] ou serait définitivement empêché d'exercer ses fonctions du fait d'une incapacité physique permanente[773].

314. Le décret du 13 novembre 1959 ajoute deux séries d'hypothèses : le Conseil, se prononçant au scrutin secret à la majorité simple de ses membres - y compris les membres de droit - peut apprécier si un membre « *a manqué aux obligations générales et particulières mentionnées aux articles 1er et 2* »[774] dudit décret. Sur ce fondement, le Conseil peut constater d'une part le manquement général à l'indépendance et la dignité des fonctions de juge constitutionnel[775], d'autre part, la violation de l'interdiction de prendre position publiquement ou de consulter sur une question ayant fait ou susceptible de faire l'objet d'une décision du Conseil[776], de l'interdiction d'occuper au sein d'un parti tout poste de responsabilité ou de direction[777] et de l'interdiction de laisser mentionner sa qualité de membre du Conseil dans tout document susceptible d'être publié[778]. Ainsi le Conseil peut apprécier et donc constater solennellement que l'un de ses membres a manqué à ses obligations. Par ailleurs, le

[770] Terme utilisé par D. Turpin (D. TURPIN, *Contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, p. 314) et F. Luchaire (F. LUCHAIRE, *Le Conseil constitutionnel*. *Tome I...*, *op. cit.*, p. 85). Le décret dispose simplement que le Conseil « apprécie » si l'un de ses membres a manqué à ses obligations.
[771] Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 *portant loi organique sur le Conseil constitutionnel*, *JORF* du 9 novembre 1958, p. 10159, art. 10.
[772] *Ibid.*
[773] *Ibid.*, art. 11.
[774] Décret n° 59-1292 du 13 novembre 1959 *sur les obligations du Conseil constitutionnel*, *JORF* n° 265 du 15 novembre 1959, p. 10818, art. 5.
[775] *Ibid.,* art. 1er.
[776] *Ibid.,* art. 2 al. 1.
[777] *Ibid.,* art. 2 al. 2.
[778] *Ibid.*, art. 2. al. 3.

décret précise à son article 7 qu'il est possible de recourir, s'il y a lieu, à la procédure de la démission d'office dans ces hypothèses.

315. Par ce biais, le Conseil en tant qu'institution est habilité à délivrer une interprétation authentique qui s'impose à ses membres pris individuellement. Ce système est théoriquement efficace, permettant d'appréhender tant des violations légères du statut comme le manquement à l'obligation de réserve, que des cas plus graves, comme l'exercice d'un mandat incompatible avec les fonctions de juge constitutionnel. Néanmoins, il n'a jamais été mis en œuvre en pratique, laissant en conséquence une certaine liberté de mouvement aux membres du Conseil et leur permettant de participer épisodiquement à la vie politique française. Par exemple, étant donné que le Conseil ne s'est jamais officiellement prononcé sur la signification de l'obligation de réserve, la porte reste ouverte aux interprétations individuelles.

316. Les raisons de ce silence peuvent être devinées : le Conseil est seul juge de ses membres[779], ce qui assure son indépendance[780] **mais pas son impartialité.** Il est en effet difficile de mettre publiquement en cause quelqu'un que l'on connaît personnellement[781] et les juges constitutionnels sont très sensibles à la question de l'image du Conseil, la mise en cause de l'un de ses membres affectant nécessairement la légitimité du Conseil. Le Conseil n'est pas un tiers désintéressé dans ce contexte et la pratique le démontre : ni l'avertissement ni la démission d'office n'ont été mis en œuvre depuis 1958. Ainsi, comme l'*impeachment* américain, la démission d'office est plus un *scarecrow*[782], un épouvantail destiné à faire peur, qu'une menace réelle[783].

---

[779] Comme l'a énoncé le Conseil d'État à propos de Mme Veil (CE, 280214, 6 mai 2005, *Hoffer* : « *Le Conseil constitutionnel est seul juge du respect par ses membres des obligations qui s'imposent à eux* »).
[780] Voir *infra* §488 et s.
[781] C'est ce que souligna Michel Verpeaux : « *on peut aussi se demander si les membres du Conseil peuvent faire preuve d'une impartialité totale dans le jugement de leurs pairs qu'ils fréquentent de manière quasiment amicale et quotidienne dans l'atmosphère d'une institution qui ressemble un peu à celle d'un club anglais* » (M. VERPEAUX, « *Les avatars récents de l'indépendance des membres du Conseil constitutionnel* », *op. cit.*, p. 979).
[782] Voir D. M. O'BRIEN, *Storm center...*, *op. cit.*, p. 100 : « Removal from office has never been a serious threat. Impeachment is a "mere scarecrow", concluded Thomas Jefferson, after the unsuccessful 1805 effort to convict Samuel Chase for expounding Federalist philosophy while riding circuit » (traduction libre : « *La révocation des fonctions n'a jamais été une menace sérieuse. L'empêchement est un "simple épouvantail", concluait Thomas Jefferson, après l'effort infructueux de 1805 visant à faire condamner Samuel Chase pour avoir fait la publicité de la philosophie du Federalist lors de ses audiences délocalisées* »).
[783] Il en est de même au Conseil d'État, pour des questions d'image. Voir M. BOYON, P. GONOD, « Entretien sur quelques aspects de l'esprit de corps au Conseil d'État », *in Étude en l'honneur de Georges Dupuis*, préface de G. Vedel, Paris : LGDJ, 1997, p. 32 : « *Ce type de comportement n'est assurément pas propre au Conseil. Il existe dans beaucoup d'institutions, d'administrations, d'organismes, y compris d'entreprises privées, qui adoptent cette attitude pour des raisons d'image* ».

317. Faut-il en conclure à l'absence de sanction ? La pratique permet d'affirmer le contraire. Les membres du Conseil peuvent faire l'objet de sanctions informelles lorsqu'un comportement est jugé inacceptable. Dans ce cas, ce ne sont pas les textes qui viennent sanctionner la conduite du juge mais le seul regard extérieur, celui des autres juges, de l'opinion publique, du monde politique ou de la doctrine. Le juge est alors critiqué et la légitimité du Conseil peut être questionnée. C'est un système de vases communicants : des voix s'élèvent dans le monde politique pour contester le comportement du juge. Suite à cela des membres du Conseil s'inquiètent collectivement de l'impact de ce comportement sur l'image du Conseil. Le juge concerné est contraint, à la fois par l'opinion et par ses collègues, de modifier son interprétation des textes.

318. C'est par exemple ce qui s'est passé pour R. Dumas. Les archives du *Monde* détaillent, article après article, la pression de plus en plus fermement exercée sur le Président Dumas, sommé de prendre ses responsabilités du fait de son implication dans l'affaire ELF. Le 9 mars 1999 les juges constitutionnels se réunissent pour lui demander de prendre une décision « *précise et raide* »[784]. L'intéressé ne cédant pas, cinq membres décident d'accentuer la pression le 22 mars en déposant une lettre sur son bureau lui demandant de prendre du recul[785], ce qui aboutira à sa mise en congé. Le Conseil fonctionne ainsi pendant un certain temps, mais le 9 février 2000 R. Dumas est renvoyé en correctionnelle, ce qui amène les autres juges à réagir : les 11 et 19 février, plusieurs membres du Conseil s'expriment anonymement dans la presse[786]. Le 24 février Y. Guéna et R. Dumas s'entretiennent au téléphone[787] et le 29 février 2000, Dumas dépose sa démission officielle.

319. Le cas Dumas est spécifique puisqu'il concerne la mise en cause judiciaire d'un juge constitutionnel pour des actes qui ont été commis avant son arrivée au Conseil. Néanmoins, cet exemple a le mérite de montrer l'accentuation progressive de la pression exercée par les membres du Conseil sur leur pair, jusqu'à le contraindre à la démission.

---

[784] T. BREHIER, « Cinq membres du Conseil constitutionnel ont demandé à M. Dumas de prendre du "recul" », *Le Monde*, 24 mars 1999.
[785] *Ibid.*
[786] G. COURTOIS, « Profitant du congé de M. Dumas, le Conseil constitutionnel a retrouvé sa sérénité », *Le Monde*, 11 février 2000 ; « L'embarras croissant des membres du Conseil », *Le Monde*, 19 février 2000.
[787] « Roland Dumas annonce sa démission du Conseil constitutionnel », *Le Monde*, 1er mars 2000.

320. Il peut arriver que des comportements moins graves soient jugés inacceptables. Ainsi J.-L. Debré a « *suscité une gêne parmi certains de ses collègues, qui le lui auraient fait savoir* »[788] lorsqu'il ne s'est pas déporté suite à sa prise de position sur la garde à vue. S. Veil a quant à elle été critiquée pour sa mise en congé, en particulier par J.-L. Debré, alors président de l'Assemblée nationale[789] mais c'est surtout *a posteriori* par la doctrine que la critique se fit entendre durablement, plusieurs manuels de contentieux constitutionnel mentionnant ce cas[790], ce qui explique peut-être qu'aucun membre nommé ne se soit risqué à reproduire ce précédent. Enfin si L. Fabius a démissionné de la COP21, c'est notamment suite aux accusations de cumul des mandats avancées par plusieurs acteurs politiques[791].

321. Un dernier cas intéressant est celui de M. Mercier, qui fit l'objet d'un avertissement officiel de la part du Conseil après l'annonce d'une enquête préliminaire à son encontre. Le cas est spécifique puisqu'il n'avait pas encore prêté serment mais il mérite néanmoins d'être mentionné parce qu'il reçut un avertissement officiel qui, « *sans préjuger en rien* »[792] du résultat de l'enquête préliminaire, rappela que le Conseil juge du respect par ses membres de leurs obligations, en particulier de « *tout ce qui pourrait compromettre l'indépendance et la dignité de leurs fonctions* »[793]. Cet avertissement aboutit à la rétractation de M. Mercier.

---

[788] P. AVRIL, J. GICQUEL, « Chronique constitutionnelle française – 1er juillet – 30 septembre 2010 », n° 136, janvier 2011, p. 177.
[789] P. ROGER, « Le Conseil constitutionnel valide la mise en congé de Simone Veil », *Le Monde*, 28 avril 2005.
[790] Voir par exemple G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, 5e éd., *op. cit.*, p. 202 ; D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, p. 85.
[791] « Laurent Fabius renonce à la présidence de la COP21 », *Le Monde*, 15 février 2016.
[792] Communiqué du Conseil constitutionnel, 4 août 2017, disponible sur : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/actualites/communique/communique-de-presse-du-conseil-constitutionnel>.
[793] *Ibid.*

Conclusion du Chapitre I

322. Si dans les cas les plus graves qui compromettent l'indépendance et la dignité des fonctions, des pressions sont exercées sur le juge et peuvent le mener à modifier son comportement, le bilan est nettement plus nuancé pour les interprétations simplement « extensives » du statut, en particulier concernant l'obligation de réserve et le régime d'incompatibilités. La contrainte de légitimité[794] oblige les juges constitutionnels à se conformer aux règles. Toutefois, l'exemple de L. Fabius montre qu'un juge peut toujours persister dans sa lecture des textes. En outre, les dîners en ville et les coups de fil, par leur caractère informel, échappent à l'emprise du statut. Dans ces circonstances, il revient à chaque juge constitutionnel d'éviter le mélange des genres et de ne pas céder à la tentation de mener une double vie.

323. Néanmoins, le tableau ne doit pas être noirci artificiellement. Le régime d'obligations applicable aux membres du Conseil est très complet. La comparaison avec les régimes étrangers, notamment le système allemand[795], montre les vertus du système français tel qu'il est aujourd'hui conçu car le juge constitutionnel français est devenu avec le temps, et en particulier depuis la mise en place de la QPC, « *pleinement et seulement un juge constitutionnel* »[796], ce qui constitue une évolution remarquable par rapport à ce qui était prévu en 1958. Par ailleurs les juges français sont majoritairement respectueux de leurs obligations, en particulier de l'obligation de réserve et du régime d'incompatibilités.

---

[794] Elle rejoint ici la thématique de la responsabilité des juges, de leur *accountability*. Voir D. M. O'BRIEN, *Storm center...*, *op. cit.*, p. 102 : « Although impeachment is rare, neither the Court nor the justices are totally unaccountable. The Court is institutionally accountable for its decisions […]. Other political institutions and public opinion may thwart and openly defy particular rulings. Justices are subject to the norms of life in the marble temple. A kind of internal institutional accountability is imposed by the processes of decision making. Lower-court judges and leading members of the legal profession impose an additional measure of professional accountability through personal communications and legal publications. Justices also look to their place in history. Like all political actors, they desire, in the words of Adam Smith, "not only to be loved, but to be lovely" » (traduction libre : « *Bien que l'empêchement soit rare, ni la Cour ni les juges ne sont entièrement irresponsables. La Cour est responsable en tant qu'institution pour ses décisions* [...]. *Les autres institutions politiques et l'opinion publique peuvent contrecarrer et défier publiquement certaines décisions. Les juges doivent se conformer aux règles de la vie dans le temple de marbre. Une sorte de responsabilité institutionnelle interne s'impose par le biais du processus de décision. Les juges des cours inférieures et les professionnels du droit les plus éminents peuvent ajouter une responsabilité supplémentaire en s'adressant personnellement à la cour ou en publiant des articles. Les juges ont aussi en tête leur place dans l'histoire. Comme tous les acteurs politiques, ils souhaitent, comme l'a formulé Adam Smith, "non seulement être aimés, mais aussi être charmants"* »).

[795] Voir *supra* §287 et 311.

[796] Intervention de L. Jospin, Séance du 17 décembre 2014, compte rendu de l'audition de M. Jospin, Commission des lois, Assemblée nationale.

La question de l'impact de la vie passée des juges sur leur vie présente est plus délicate. Si le risque de partialité est bien appréhendé par certains mécanismes, ceux-ci sont perfectibles.

Chapitre II. L'appréhension insuffisante de la double vie passée des juges

324. Lorsque nous avons évoqué la place des anciens Présidents de la République au Conseil, nous avons posé une question importante : pourquoi n'ont-ils pas, d'évidence, l'étoffe d'un juge impartial, alors que les membres nommés du « type » politique[797] ont toujours eu une place au Conseil et y sont même majoritaires ? Nous avons identifié le caractère inadapté du statut applicable aux anciens Présidents de la République comme élément d'explication déterminant. Plus précisément, le problème ne se situe pas tant dans la carrière politique de l'individu que dans le fait que celle-ci puisse se poursuivre parallèlement à l'exercice de ses fonctions de juge constitutionnel.

325. Néanmoins, la question de la vie passée est différente. Elle renvoie plus directement à la problématique de la **composition du Conseil**. En effet, il n'est pas question de savoir ce qui permet au juge, dans le présent, d'être partial, mais de savoir si son expérience passée est source de partialité en tant que telle. Ainsi lorsqu'un juge rend une décision de justice, qu'un parlementaire vote un texte de loi ou qu'un universitaire publie une tribune dans un journal, il prend un parti. Ces partis pris de formes et de degrés différents ont jalonné la vie du juge et peuvent engendrer sa partialité.

326. Les juges disposent cependant d'outils pour faire face à ce risque lié à leur vie passée : le déport et la récusation. Ces outils s'avèrent néanmoins insuffisants dans leur conception actuelle (Section I). Il est donc nécessaire d'adopter une perspective élargie afin de mieux appréhender le risque de partialité lié à la vie passée des juges constitutionnels français (Section II).

[797] Nous définirons le juge du « type » politique strictement, comme celui ayant été parlementaire et/ou membre de l'exécutif. *A contrario* existe le membre du « type » juriste, qui n'a pas exercé ces fonctions et dont la carrière fut essentiellement juridique et plus rarement le membre qui n'appartient à aucune de ces catégories, comme par exemple Mme Schnapper qui était sociologue. Cette distinction ne prend pas en compte la formation des juges, ni le fait que certains juges ont mené concomitamment une carrière de juriste et une carrière politique. Par exemple, J.-L. Debré est docteur en droit, mais est classé parmi les membres du type politique puisqu'il fut parlementaire et membre du gouvernement. Cette distinction est « idéal-typique » : elle ne rend pas compte de toutes les nuances de la réalité mais nous sera utile dans le cadre de notre analyse.

Section I. Des outils insuffisants face au risque de partialité lié à la carrière antérieure des juges

327. Les juges constitutionnels français bénéficient, du fait de l'histoire spécifique du Conseil, d'une très grande liberté dans la gestion du risque de partialité lié à leur vie passée. C'est particulièrement vrai dans le cadre du contrôle *a priori* mais cela reste vrai dans le cadre de la QPC. Alors que les juridictions ordinaires se soumettent à une exigence d'impartialité apparente de plus en plus forte, le Conseil donne l'impression d'être figé dans un mode de fonctionnement décalé.

328. Cet immobilisme se traduit dans les mécanismes dédiés à l'appréhension du risque de partialité : si le déport existe bien dans le cadre du contrôle *a priori* et a été formalisé dans le cadre de la QPC, cet outil reste perfectible (§I). La récusation constitue par ailleurs un outil limité dans le cadre de la QPC, pour d'autres raisons cependant (§II).

§I. Le déport, outil perfectible

329. Parce qu'en 1958 le Conseil devait seulement être l'arbitre des conflits survenant entre les pouvoirs publics, le déport s'est développé tardivement et de façon informelle dans le cadre du contrôle *a priori*. L'impartialité était requise des membres du Conseil puisqu'elle était inscrite dans le serment, mais sa concrétisation à travers des mécanismes processuels dédiés n'était pas évoquée.

330. Le contrôle *a priori* reste à ce jour marqué par ses origines : si nous avons établi en introduction générale que le Conseil a toujours exercé des fonctions juridictionnelles, ces fonctions n'ont pas été perçues comme telles pendant très longtemps et de nombreux mécanismes du procès n'ont pas été formalisés de ce fait, ce qui est le cas du déport (A). Néanmoins, dans le cadre de la QPC, ce mécanisme a été formalisé sous l'influence et la pression de la Cour européenne des droits de l'homme (B).

A. Un outil rudimentaire dans le cadre du contrôle *a priori*

331. Pendant longtemps, les juges n'ont utilisé que très rarement et de façon désorganisée le mécanisme du déport. Le risque de partialité était, nous le supposons, très mal appréhendé dans ces conditions (1). La mise en place de la QPC a cependant généré un surprenant effet d'entraînement sur le contrôle *a priori*. Un début de formalisation est apparu et les juges se déportent plus souvent depuis 2010 (2).

1. Une pratique rare et désorganisée jusqu'en 2010

332. Si la juridictionnalisation du Conseil commence rapidement[798], elle est très progressive. En 1983, les saisines commencent à être publiées au Journal officiel de la République française et en 1994, les observations en défense du secrétaire général du gouvernement sont publiées. En revanche, il n'est pas fait grand cas de l'abstention des juges. Cependant, cela ne signifie pas qu'en pratique les juges ne se sont pas abstenus de siéger.

333. Le premier déport dans le cadre du contrôle *a priori* est, à notre connaissance, celui de G. Vedel pour la décision *Quotas par sexe* du 18 novembre 1982[799]. Est-ce un hasard que la décision fondatrice *Piersack. c. Belgique*[800] ait été rendue un mois plus tôt, le 1er octobre 1982 ? La coïncidence est en tout cas heureuse.

334. Le second déport de M. Badinter, « *en raison d'un lien de parenté [avec] le dirigeant d'une entreprise de publicité* »[801], nous permet d'illustrer le fait que le

---

[798] Avec l'usage du considérant dès 1960 dans le cadre du contrôle *a priori* (CC, 59-5 DC, 15 janvier 1960, *Résolution modifiant les articles 95 et 96 du règlement de l'Assemblée nationale*).

[799] Voir nos tableaux en annexe pour obtenir des précisions supplémentaires sur les motifs des déports. En l'occurrence, M. Vedel explique le motif de son déport lors de la délibération de la décision n° 82-146 DC : « *M. Vedel demande au président de bien vouloir l'excuser et souhaite, en effet, se retirer ayant, comme chacun le sait, dans un article du 3 février 1979, paru dans le journal Le Monde, pris position sur la question essentielle qu'aura à connaître le Conseil, c'est-à-dire l'obligation de mixité. Cet article, ne peut être assimilé à une chronique de droit même s'il ne présente pas un caractère polémique. Ne voulant pas être dans la position de " Barbe molle ", avocat cher à Courteline, qui est tantôt juge, tantôt avocat, M. Vedel préfère se retirer* » (J. BONNET *et al*., *Les grandes délibérations..., op. cit.*, p. 444). Il avait en effet publié un article « Les 20% de femmes et la Constitution » paru dans l'édition du *Monde* du 3 février 1979. Il y examinait précisément la constitutionnalité de la mise en place d'une proportion minimale de femmes dans les listes de candidats aux élections municipales. Après avoir examiné le principe sous plusieurs angles, il se prononçait très clairement en faveur de la constitutionnalité.

[800] CEDH, 8692/79, 1er octobre 1982, *Piersack c. Belgique*.

[801] Pour la décision n° 92-316 DC du 20 janvier 1993*, Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques*. La revue *Pouvoirs* recense ce déport qui

mécanisme permet d'appréhender l'ensemble des causes de partialité du juge, dont les liens avec une partie ou un intérêt en cause[802].

335. Il peut aussi se déporter en raison du fait qu'il avait déjà pris parti sur la question. Le déport de P. Mazeaud pour la décision n° 98-399 DC correspond à cette seconde hypothèse. Cependant ce déport n'est que partiel : s'il ne prend part ni à la délibération ni au vote sur un article de la loi, il vote sur l'ensemble de la décision. C'est aussi le seul déport à avoir été notifié dans la décision sous forme de note de bas de page[803], ce qui constitue une exception au caractère confidentiel de cette pratique dans le cadre du contrôle *a priori*. En effet, si la liste des juges ayant délibéré apparaît dans la décision depuis 1995[804], cela ne permettait pas d'en déduire les déports. Jusqu'en 2010, il fallait donc se référer à des sources extérieures, en particulier la chronique constitutionnelle de la revue *Pouvoirs* ou les délibérations publiées pour les repérer.

336. Pourtant, l'abstention de P. Mazeaud montre que le souci de l'apparence d'impartialité existe déjà en 1998. Il est en effet probable qu'il ait demandé à ce que son déport soit inscrit dans la décision pour faire taire la critique qui avait été formulée à son encontre dans les rangs de l'Assemblée nationale[805]. Ce faisant, M. Mazeaud montre que la question n'est pas qu'une affaire personnelle pour les juges mais qu'ils sont sensibles à la façon dont le monde extérieur perçoit leur impartialité : le déport peut autant être motivé par la critique de partialité que par leur propre perception du risque de partialité.

---

n'est pas annoncé par le Conseil : P. AVRIL, J. GICQUEL, « Chronique constitutionnelle française – 1er janvier – 30 avril 1993, *Pouvoirs*, n° 66, septembre 1993, p. 185.

[802] Voir notre liste de causes d'abstention tirée de la pratique *infra* §426.

[803] CC, 98-399 DC, 5 mai 1998, *Loi relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d'asile*, note n° 1 : « *(1) A 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 déférée* ». Ce déport est aussi répertorié dans les tables analytiques du Conseil : « *Un membre du Conseil constitutionnel, qui s'était prononcé sur la constitutionnalité d'un article de la loi lors de l'examen de celle-ci par le Parlement, s'est abstenu spontanément de siéger sur la partie de la décision relative à cet article* » (CONSEIL CONSTITUTIONNEL, *Tables analytiques 1958-2018*, p. 3443).

[804] CC, 95-365 DC, 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 1er août 1995*.

[805] Il avait pris parti en tant que député sur certaines dispositions de la loi contestée. La revue *Pouvoirs* explique le motif de ce déport : « *A ce propos, en dernière lecture, à l'Assemblée, le 8-4, M. Goasguen (Paris, 14e) (UDF) 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" » (P. AVRIL, J. GICQUEL, « Chronique constitutionnelle française – 1er mai – 30 juin 1998, *Pouvoirs*, n° 87, p. 190).

337. Par la suite dans les années 2000, V. Giscard d'Estaing se déporta lors de l'examen du traité établissant une Constitution pour l'Europe et du traité de Lisbonne[806] pour concilier sa liberté de parole et ses obligations de juge. Ensuite, si P. Steinmetz se déporta en 2006 sans que nous ayons établi le motif de son déport, les deux déports suivants sont ceux de P. Joxe pour les décisions des 11 et 25 février 2010[807] motivés par la publication de son ouvrage, juste avant l'entrée en vigueur de la QPC.

338. Ces huit premiers déports, s'étalant entre 1982 et février 2010, font apparaître tout le caractère **personnel et informel** de la démarche. Les juges constitutionnels se déportent quand ils le souhaitent, pour les motifs et dans les conditions de leur choix. Que ce soit la volonté de participer au débat public, la publication d'un ouvrage, l'existence de liens avec une entreprise, un déport partiel ou complet... les juges sont libres. Le problème d'une telle approche est qu'elle est **totalement subjective** car elle est fondée sur les seules impressions personnelles des juges qui ne sont pas encadrés par les textes.

339. Cet état de fait est cependant logique au regard du contexte du contrôle *a priori* français, qui n'est pas soumis aux exigences de l'article 6§1. Rien ne pousse le Conseil, de l'extérieur, à organiser formellement la procédure du déport dans ce cadre. Même la doctrine, pourtant parfois si critique, ne s'était pas véritablement saisie de la question du déport des juges avant la mise en place de la QPC. Pourtant, comme la pratique du déport le montre, les juges restent susceptibles d'avoir des liens avec des intérêts en cause et peuvent avoir pris parti sur la loi avant leur entrée au Conseil. On aurait donc pu penser qu'un toilettage procédural du contrôle *a priori* s'imposait en 2010 mais il n'en a rien été. La QPC a néanmoins eu une influence indirecte assez remarquable sur le contrôle *a priori*.

[806] Pour les décisions n° : 2004-505 DC du 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe* ; 2007-560 DC du 20 décembre 2007, *Traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne*. Voir notre analyse *supra* §251 et §257.
[807] Pour les décisions n° : 2010-603 DC du 11 février 2010, *Loi organisant la concomitance des renouvellements des conseils généraux et des conseils régionaux* ; 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*.

2. Une pratique plus fréquente et mieux formalisée sous l'influence de la QPC

340. Il est courant d'évoquer l'influence de la Cour européenne des droits de l'homme sous forme de pression : la pression de la condamnation par la Cour de Strasbourg qui fait peur aux États. Néanmoins, l'influence de la Cour n'existe pas seulement sous cette forme, c'est aussi une influence intellectuelle, ce dont témoigne l'évolution de la pratique du déport dans le cadre du contrôle *a priori*. En effet, si le mécanisme de la QPC se trouve soumis à la pression de la condamnation, il n'en est rien pour le contrôle *a priori*. Pourtant, le nombre de déports a été croissant au fur et à mesure des décennies : un déport dans les années 1980, deux dans les années 1990, trois dans les années 2000 et surtout vingt dans les années 2010 à 2019.

341. La plupart des déports constatés entre 2010 et 2019 sont rattachables à la participation, directe ou indirecte, à l'élaboration de la loi portée à la connaissance du Conseil, une exception étant le déport de J. Barrot, probablement motivé par ses anciennes fonctions de vice-président de la Commission européenne[808]. Plus précisément, entre 2010 et 2019, treize déports sont liés, selon nos recherches, à la participation du juge à l'élaboration de la loi directement en cause. Ces déports correspondent à une **fenêtre de risque spécifique** liée à l'entrée en fonction de juges ayant participé à l'élaboration de la loi de façon directe ou indirecte dans les mois précédant leur entrée au Conseil. Parmi ces déports, nous pouvons citer l'exemple d'H. Haenel pour les décisions n° 2010-613 DC[809] et n° 2010-621 DC[810]. Son déport était motivé par le fait qu'il était l'auteur d'une proposition de loi *visant à permettre la reconnaissance et l'identification des personnes* pour la première et d'un rapport parlementaire sur *L'évolution du rôle européen du Sénat* pour la seconde[811].

342. Nous voyons dans ces déports plus fréquents une **influence directe de la QPC** sur le contrôle *a priori* et une **influence indirecte de la Cour de Strasbourg**. La mise en place de la QPC a définitivement changé la perception de la nature du Conseil

[808] Pour la décision n° 2014-694 DC du 28 mai 2014, *Loi relative à l'interdiction de la mise en culture des variétés de maïs génétiquement modifié*. Nous avons rattaché ce déport à ses anciennes fonctions de vice-président de la Commission européenne (voir annexe 1).
[809] CC, 2012-613 DC, 7 octobre 2010, *Loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public*.
[810] CC, 2010-621 DC, 13 janvier 2011, *Résolution tendant à adapter le chapitre XI bis du règlement du Sénat aux stipulations du traité de Lisbonne concernant les parlements nationaux.*
[811] Voir annexe 1.

et a accru la conscience qu'ont les juges constitutionnels de leur obligation d'impartialité, tant dans le cadre du contrôle *a priori* que de la QPC.

343. Cette idée est confirmée par la pratique du déport de F. Pillet et J. Mézard à leur entrée en fonction en 2019 puisqu'ils cumulent à eux seuls dix déports entre mars et juin 2019. La plupart de ces déports peuvent être directement reliés à leur participation active à l'élaboration de la loi, que ce soit par exemple en tant que membres de la commission des lois du Sénat[812] ou comme auteur de la proposition de loi à l'origine de la loi contestée[813].

344. Leurs propos tenus lors de leur audition préalable à leur entrée au Conseil sont aussi révélateurs. Ainsi F. Pillet déclara devant la commission des lois du Sénat : « *Sous réserve d'une confirmation du président du Conseil constitutionnel, je ferai en sorte de ne pas affaiblir une décision sur un texte que j'aurais voté, et* a fortiori *amendé ou rapporté. Je me déporterai alors* »[814]. M. Mézard déclara quant à lui : « *Sans vouloir plagier la réponse de François Pillet, je peux répondre, qu'en fonction de la situation, on est très légitimement amené à se déporter lorsque le Conseil constitutionnel examine des textes que l'on a connus comme ministre ou parlementaire* »[815]. Cette conception du déport renvoie à une exigence d'impartialité assez forte et montre une évolution importante dans la perception du devoir d'impartialité par les juges constitutionnels français : il n'est pas anodin qu'un ancien parlementaire considère le simple vote de la loi comme devant susciter son déport[816], alors que le règlement intérieur du 4 février 2010 exclut cette situation des causes de récusation.

---

[812] Pour les décisions n° 2019-778 DC du 21 mars 2019, *Loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice* et n° 2019-779 DC du 21 mars 2019, *Loi organique relative au renforcement de l'organisation des juridictions*.

[813] Concernant F. Pillet, pour la décision n° 2019-780 DC du 4 avril 2019, *Loi visant à renforcer et garantir le maintien de l'ordre public lors des manifestations*. Voir annexe 1.

[814] Séance du 21 février 2019, Compte rendu de l'audition de M. Pillet, Commission des lois, Sénat.

[815] Séance du 21 février 2019, Compte rendu de l'audition de M. Mézard, Commission des lois, Sénat.

[816] Tempérons néanmoins cela par l'affirmation de M. Mézard devant la commission des lois de l'Assemblée nationale : « *Mais le déport n'est pas obligatoire et, naturellement, j'en parlerais au président et aux membres du Conseil. Il faut savoir faire la part des choses, il y a des textes sur lesquels le déport n'est pas obligé* » (Séance du 21 février 2019, Compte rendu de l'audition de M. Mézard, Commission des lois, Assemblée nationale). Cette analyse doit par ailleurs être tempérée par la position prise par L. Fabius en 2016 : « *Bien entendu, je me déporterai dans tous les cas où cela serait nécessaire. L'article 4 du règlement intérieur du Conseil du 4 juin 2010 précise la procédure applicable pour ces déports en QPC et dispose notamment que "le seul fait qu'un membre du Conseil a participé à l'élaboration de la disposition législative faisant l'objet de la QPC ne constitue pas en lui-même une cause de récusation". Il s'agit de l'application des mêmes principes que ceux dégagés par la Cour européenne des droits de l'Homme. Je m'y conformerai en me déportant, par exemple, pour les lois dont j'ai eu la charge en tant que ministre* » (Réponse de M. Fabius au questionnaire du rapporteur de la Commission des lois, Assemblée nationale, 16 février 2016).

345. Cependant, cette évolution montre aussi que le risque de partialité existait probablement avant 2010 mais qu'il a fallu la mise en place de la QPC pour qu'il soit effectivement appréhendé par les juges, qu'ils en aient conscience et qu'ils aient une volonté plus forte d'y faire échec. On peine en effet à croire que ce type de situation ne s'est pas présenté plus souvent avant 2010.

346. Enfin l'influence de la QPC a entraîné un début de formalisation de la pratique du déport dans le cadre du contrôle *a priori*. En effet, depuis la décision n° 2010-613 DC[817], les déports sont indiqués dans le commentaire de la décision. Cela montre qu'au-delà de la pratique des juges, les services du Conseil ont eux-mêmes pris en compte cette exigence d'impartialité apparente renforcée. Cette formalisation reste cependant largement à achever par le biais d'un nouveau règlement de procédure, ce qui permettrait une harmonisation procédurale des deux contentieux.

B. Un mécanisme du procès dans le cadre de la QPC

347. La formalisation du déport dans le cadre de la QPC correspond à la mise en conformité de ce contentieux avec les exigences de l'article 6§1[818]. Si cette formalisation fournit un cadre à la pratique du déport (1), ce cadre minimal ne permet cependant pas toujours d'appréhender le risque de partialité (2).

[817] CC, 2010-613 DC, 7 octobre 2010, *Loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public*, commentaire, p. 1, note n° 3.
[818] CEDH, Gr. Ch., 17056/06, 15 octobre 2009, *Micallef c. Malte*, §99 : « *L'existence de procédures nationales destinées à garantir l'impartialité, à savoir des règles en matière de déport des juges, est un facteur pertinent. De telles règles expriment le souci du législateur national de supprimer tout doute raisonnable quant à l'impartialité du juge ou de la juridiction concernée et constituent une tentative d'assurer l'impartialité en éliminant la cause de préoccupations en la matière* ».

1. L'existence d'un cadre

Si le cadre posé par les textes est minimal (a), il est renforcé en pratique par l'intervention du président du Conseil et du service juridique (b).

a. Le cadre minimal des textes

348. L'article 4 alinéa 1 du règlement intérieur du 4 février 2010 dispose que « *Tout membre du Conseil constitutionnel qui estime devoir s'abstenir de siéger en informe le président* ». Si la pratique du déport est formalisée par le biais de cet article, cette rédaction minimaliste laisse le juge très libre, sa seule obligation étant d'informer le président du Conseil de son déport[819]. Le juge peut donc se déporter quand il le souhaite et pour le motif de son choix. Par ailleurs, la pratique du déport continue de conserver une certaine confidentialité, puisque seul le commentaire officiel de la décision annonce le déport[820] et non la décision elle-même.

349. La liberté laissée aux membres du Conseil constitutionnel n'est pas une exception en cette matière. En France, ni le juge civil[821] ni le juge administratif[822] n'ont d'autorisation à demander pour se déporter. Ensuite, si l'un et l'autre doivent se déporter lorsqu'ils supposent en leur personne une cause de récusation, ils peuvent se déporter dès lors qu'ils estiment *en conscience* devoir s'abstenir[823]. Comme le remarque B. Bernabé,

> *Cette conscience, sur laquelle repose la justice, se manifeste aussi par le choix du juge dans ses motifs d'abstention. Autant la partie se trouve limitée dans l'allégation des causes, autant le juge peut dégager en conscience un*

[819] Nous examinerons aux §393 et s. l'alinéa 4 de cet article, selon lequel « *Le seul fait qu'un membre du Conseil constitutionnel a participé à l'élaboration de la disposition législative faisant l'objet de la question de constitutionnalité ne constitue pas en lui-même une cause de récusation* ».
[820] Les deux premiers déports en QPC sont simplement annoncés lors de l'audience publique (celui de J. Barrot pour la décision n° 2010-3 QPC et celui de G. Canivet pour la décision n° 2010-2 QPC). C'est à partir de la décision n° 2010-12 QPC que le commentaire notifie le déport de M. Charasse.
[821] COJ, art. L. 111-7 : « *Le juge qui suppose en sa personne une cause de récusation ou estime en conscience devoir s'abstenir se fait remplacer par un autre juge spécialement désigné. Le magistrat du ministère public qui suppose en sa personne un conflit d'intérêts, au sens de l'article 7-1 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, ou estime en conscience devoir s'abstenir se fait remplacer* ».
[822] CJA, art. R. 721-1 : « *Le membre de la juridiction qui suppose en sa personne une cause de récusation ou estime en conscience devoir s'abstenir se fait remplacer par un autre membre que désigne le président de la juridiction à laquelle il appartient ou, au Conseil d'État, le président de la section du contentieux* ».
[823] *Ibid.*

motif nouveau ou particulier en vertu duquel il se sentirait incapable de juger[824].

350. La situation est cependant différente pour le juge statuant en matière pénale : l'article 674 du code de procédure pénale[825], faisant référence à la récusation d'office du juge touché par l'une des causes de récusation énoncées à l'article 668 du code de procédure pénale, oblige le juge à obtenir l'autorisation du premier président de la cour d'appel qui rend sa décision après avis du procureur général, cette décision n'étant susceptible d'aucun recours. L'encadrement du juge pénal manifeste ainsi une certaine défiance à son égard. Néanmoins cette défiance est relative puisque le juge peut prendre l'initiative de se déporter en amont du procès, sur le fondement de l'article 339 du code de procédure civile, s'il estime que son impartialité au sens de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme pourrait être suspectée[826].

351. Au contraire, la confiance dans le discernement du juge constitutionnel est totale, puisque les textes **ne prévoient pas de liste de causes de récusation** sur laquelle le juge pourrait s'appuyer pour déterminer s'il doit se déporter. Cet encadrement minimal se situe dans la continuité du contrôle *a priori* et repose implicitement sur la confiance dans la « *largeur de vues* »[827] des juges constitutionnels, seuls capables d'évaluer le risque de partialité. Ces derniers ne sont pas cependant totalement seuls en pratique.

b. L'intervention du président du Conseil et du service juridique dans l'évaluation du risque

352. Si la liberté du juge est totale du point de vue des textes, les juges sont aidés dans l'évaluation du risque par le service juridique du Conseil, qui leur rappelle

[824] B. BERNABE, *La récusation des juges : étude médiévale, moderne et contemporaine*, LGDJ, 2009, p. 344-345.
[825] CPP, art. 674 : « *Aucun des juges ou conseillers visés à l'article 668 ne peut se récuser d'office sans l'autorisation du premier président de la cour d'appel dont la décision, rendue après avis du procureur général, n'est susceptible d'aucune voie de recours* ».
[826] I. CARBONNIER, « Récusation », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, janvier 2015, 17.
[827] C. EISENMANN, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, *op. cit.*, p. 293-294 : « *Le système de la juridiction constitutionnelle unique ne se heurte qu'à une difficulté sérieuse : la question du recrutement des juges. Encore croyons-nous avoir montré qu'il ne faut pas s'hypnotiser sur elle et poser des exigences auxquelles nulle institution humaine n'est en mesure de donner satisfaction d'une façon absolument certaine. - Cette difficulté a, du reste, sa contrepartie : on peut se demander s'il est sage de confier la décision de questions aussi délicates que celles que soulève la justice constitutionnelle au juge moyen, à qui, au moins dans les États continentaux, feront souvent défaut la largeur de vues et l'indépendance d'esprit nécessaires pour en bien juger. N'est-il pas préférable de la remettre à des hommes plus familiers avec ces grands problèmes ?* ».

leur éventuelle participation à l'élaboration de la loi. Par ailleurs, J.-L. Debré nous a expliqué lors d'un entretien[828] que le président du Conseil doit rechercher et éliminer les conflits d'intérêts qu'il découvre. Pour ce faire, le président peut demander au service juridique d'effectuer des recherches sur les possibles conflits d'intérêts concernant un juge et lui demander ensuite de se déporter, par exemple lorsque ce dernier a été en contact direct avec l'auteur d'une porte étroite. Il peut aussi demander à un juge de se déporter au nom des apparences. Le président Debré demanda ainsi à M. Charasse de se déporter à plusieurs reprises en matière fiscale du fait de sa forte implication dans cette matière[829].

353. Il existe donc un certain nombre d'éléments venant encadrer les juges dans leur appréciation du risque de partialité lié à leur vie passée. Les statistiques du déport montrent par ailleurs l'existence d'une pratique dynamique, signe de la conscience qu'ont les juges de leur devoir d'impartialité dans le cadre de la QPC : on note ainsi 87 déports entre 2010 et 2019[830]. Le déport est donc un mécanisme qui fonctionne et dont les juges font usage dans le cadre de la QPC. Cependant, ce n'est pas dans le déport que le risque de partialité se réalise, mais dans son absence.

2. La persistance du risque de partialité

354. Les juges constitutionnels français sont traditionnellement qualifiés de « Sages ». Ce vocabulaire est fondé sur le prestige des juges constitutionnels, « *Nommés pour leurs qualités intrinsèques faites d'une longue expérience de la chose publique, à la différence des magistrats, membres d'un corps dans lequel ils sont intégrés par concours* »[831]. Bien que n'étant pas considérés comme infaillibles, puisque pouvant se déporter, il leur est cependant laissé une très large liberté dans l'appréciation du risque de partialité. Cela n'est pas surprenant : plus le juge occupe une place élevée dans la hiérarchie judiciaire, plus ses qualités personnelles sont supposées extraordinaires[832]. Cette vision est cependant peu en phase avec la réalité de la justice constitutionnelle :

[828] Entretien du 29 janvier 2020.
[829] Voir annexe 2.
[830] Voir annexe 2 pour le détail des déports. Nous reviendrons en fin de chapitre sur les motifs de ces déports, voir §435 et s.
[831] E. CARTIER, « La récusation et le déport devant le Conseil constitutionnel : cote mal taillée ou réelle avancée ? », *Petites affiches*, n° 89, 5 mai 2011, p. 22. Les défenseurs de la composition actuelle du Conseil se fondent aussi sur cet argument selon lequel les qualités individuelles des juges sont incontestables et suffisent à assurer le bon accomplissement de leur mission.
[832] Voir B. BERNABE, *La récusation des juges...,* p. 336 et s.

« [m]uch harm is done by the myth that, merely by putting on a black robe and taking an oath of office as a judge, a man ceases to be human and strips himself of all predilections, becomes a passionless thinking machine »[833].

355. D'abord, du point de vue de la composition, les juges constitutionnels français proviennent d'horizons variés, mais principalement du milieu politique[834]. E. Cartier relève justement que « *Dans le cas des juges ordinaires, l'intégrité est en grande partie construite autour des valeurs attachées à leurs corps* »[835]. Or, comme a pu le remarquer D. Schnapper, les juges constitutionnels français ne forment pas un corps[836]. Leur système de valeurs reste attaché à leurs anciennes fonctions[837] et la façon dont ils évaluent leur partialité peut être très variable[838].

356. Le droit comparé est également riche d'enseignements en la matière. Si les juges de la Cour suprême américaine ne sont liés par aucun texte en matière de déport et de récusation[839], il est cependant arrivé qu'ils prennent la plume pour justifier leur refus d'acquiescer à une demande de récusation. De tels écrits montrent les difficultés qu'il y a à évaluer sa propre partialité.

357. Le cas le plus polémique concerne le juge Scalia qui, après avoir accompagné D. Cheney à la chasse en 2004, siégea ensuite à la Cour pour une affaire

---

[833] U.S. Court of Appeals for the second circuit, 138 F.2d 650 (2nd Cir. 1943), 8 novembre 1943, In re J.P. Linahan, Inc., *in* D. L. BASSETT, « Recusal and the Supreme Court », *Hastings Law Journal*, vol. 56, n° 4, 2005, art. 2, p. 668, disponible sur : <https://repository.uchastings.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3585&context=hastings_law_journal>. (traduction libre : « *Un mythe ayant causé beaucoup de torts est celui selon lequel, simplement en revêtant une robe noire et en prêtant serment en tant que juge, un homme cesse d'être humain et se dépouille de toute prédilection, devenant une machine à penser dénuée de passions* »).

[834] Voir *infra* §515 et 582.

[835] E. CARTIER, « La récusation et le déport... *op. cit.*, p. 22.

[836] D. SCHNAPPER, *Une sociologue au Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 183 : « *Les conseillers ne forment pas un corps, ils ne s'identifient pas à un corps ; au contraire, ils continuent à appartenir à un autre corps par lequel ils ont défini leur identité professionnelle et auquel leur affiliation reste forte, qu'il s'agisse du Conseil d'État, de la Cour des comptes, du parlement, éventuellement de l'université. Georges Vedel est resté pour tous "le Doyen" Vedel, il n'est pas devenu "le Haut Conseiller" Vedel.* […] *L'identification aux fonctions de juge constitutionnel n'est pas comparable à celle des juges de la Cour suprême des États-Unis nommés à vie, ou de ceux de la Cour de Karlsruhe pour lesquels le passage de douze ans à la Cour s'inscrit dans une carrière balisée de juriste brillant, liée à l'université et à la politique* ».

[837] *Ibid.*, p. 305 : « *Un juge socialiste ou libéral ne change pas sa conception du monde politique lorsqu'il est nommé au Conseil. Ses convictions personnelles, devenues part de son identité, se conjuguent avec les effets des sympathies personnelles, de la carrière préexistante* [...] ».

[838] Pour des exemples, voir l'ouvrage de J.-L. Debré (J.-L. DEBRE, *Ce que je ne pouvais pas dire..., op. cit.,* not. p. 100, 165, 174).

[839] Ils ne sont pas liés par le *Code of Conduct for Federal Judges* qui liste de façon limitative les juridictions auxquelles il s'applique.

concernant ce dernier. Dans son écrit, le juge Scalia évoque en détail les circonstances de sa partie de chasse en compagnie de D. Cheney et assure ne s'être jamais trouvé seul avec lui[840]. Il évoque avec amertume les mensonges relayés par la presse et le fait qu'il ne saurait plier face à cette pression. Il se réfère enfin à son devoir de siéger et à sa conscience d'être impartial face à l'exigence d'impartialité apparente à laquelle l'opinion publique souhaite qu'il se plie. Dans cet écrit, le juge Scalia refuse de considérer sa possible partialité et se place plus en avocat qu'en juge. Son emportement est palpable et montre toute la difficulté qu'il y a à évaluer sa propre partialité. Comme le remarque D. L. Bassett, « It is an all too human trait to believe oneself fair and unbiased. Indeed, to the degree that one possesses strong opinions, one tends to rationalize them as objectively justified »[841].

358. Un autre cas est celui du *Chief Justice* Rehnquist qui refusa de se déporter dans une affaire pour laquelle il avait témoigné devant le Congrès en tant qu'avocat du Département de la Justice. Dans sa *memorandum opinion*[842], le juge évoque le fait que les juges ont nécessairement des préjugés[843]. Néanmoins, le juge Rehnquist n'explique pas en quoi son parti pris ne pose pas de problème en l'occurrence. Il invoque également son devoir de siéger, d'autant plus fort pour le juge constitutionnel qu'il ne peut être remplacé. Comme le remarque un membre de la doctrine, « Rehnquist is not reflecting on his own partiality »[844]. Il évoque les qualités théoriques du juge et les précédents sans entrer effectivement dans l'analyse de sa partialité dans le cas d'espèce.

359. Nous ne disposons pas en France de tels écrits. Nous avons cependant accès aux délibérations publiées qui, si elles ne sont pas le reflet fidèle du for intérieur des

---

[840] U.S. Supreme Court, *Cheney v. U.S. District Court for the District of Columbia*, 541 U.S. 913, 18 mars 2004, memorandum of J. Scalia, disponible sur : <https://www.supremecourt.gov/opinions/03pdf/03-475scalia.pdf>.

[841] D. L. BASSETT, « Recusal and the Supreme Court », *op. cit.,* p. 657 (traduction libre : *« Il est humain de se croire juste et impartial. Effectivement, lorsqu'une personne a des opinions tranchées, elle tend à les rationaliser en les estimant objectivement justifiées* »).

[842] U.S. Supreme Court, *Laird v. Tatum*, 409 U.S. 824, 10 october 1972, memorandum of Mr. Justice Rehnquist, disponible sur <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/409/824/>.

[843] *Ibid.* « Every litigant is entitled to have his case heard by a judge mindful of his oath. But neither the oath, the disqualification statute, nor the practice of the former Justices of this Court guarantee a litigant that each judge will start off from dead center [...] » (traduction libre : « *Tout plaideur a le droit de faire entendre sa cause par un juge soucieux de son serment. Mais ni le serment, ni les dispositions du statut portant sur la récusation, ni la pratique des anciens Juges de cette Cour ne garantissent au plaideur que chaque juge entamera sa réflexion sans* a priori »).

[844] R. F. NAGEL, « Partiality and Disclosure in Supreme Court Opinions », *Northwestern Journal of Law & Social Policy*, 2012, vol. 7, n° 1, art. 4, p. 133, disponible sur : <http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/njlsp/vol7/iss1/4> (traduction libre : « *Rehnquist ne réfléchit pas à sa propre partialité* »).

juges, constituent néanmoins un niveau de discours intermédiaire porteur d'une certaine vérité[845]. Ainsi, lorsque le juge examine honnêtement ses préjugés, comme le fit F. Goguel à l'occasion de la décision IVG, le tiraillement entre la volonté du juge d'accomplir sa mission et ses convictions est particulièrement saisissant et montre toute la difficulté qu'il y a pour le juge à mettre ses préjugés de côté, alors même qu'il s'y emploie sincèrement. Alors rapporteur, il débute ainsi son intervention :

> *Aucun des problèmes qui ont été soumis au Conseil constitutionnel depuis que j'en fais partie ne m'a en effet paru aussi complexe et difficile que celui de la loi sur l'interruption volontaire de la grossesse, parce qu'aucun ne comportait des données aussi diverses, d'ordre moral, d'ordre métaphysique, d'ordre social autant que d'ordre proprement juridique. Sans doute sont-ce seulement ces dernières qui doivent retenir notre attention. Mais comment pourrions-nous faire totalement abstraction des autres ?* [846]

Il ne pourra pourtant pas s'empêcher à la fin de son discours d'exposer ses sentiments personnels[847], ce qui provoquera une mise en garde de la part du Président du Conseil[848].

360. Ces exemples signifient qu'un mécanisme en apparence simple comme celui du déport est en réalité complexe à manier pour le juge, même constitutionnel, et qu'une liberté totale en la matière peut entraîner un risque de partialité plus élevé. Ainsi, plusieurs cas d'absence de déport problématiques peuvent être relevés en France. La question du déport de H. Haenel se posait sérieusement pour la décision n° 2010-2 QPC sur la loi dite « anti-Perruche ». En effet H. Haenel était cosignataire de deux propositions de loi tendant à interdire l'indemnisation du préjudice du seul fait de la naissance[849]. Il en était de même pour J.-L. Debré, auteur d'une proposition de loi

---

[845] Voir V. REVEILLERE, « "Couvrez ces valeurs que je ne saurais voir"... », *op. cit.,* p. 465.
[846] J. BONNET *et al*., *Les grandes délibérations..., op. cit.*, p. 266.
[847] *Ibid.,* p. 274 : « […] *je voudrais ajouter à un rapport que j'ai essayé de faire aussi objectif que possible, certaines remarques d'ordre personnel, et donc subjectif, qui n'ont pas de rapport direct avec le problème juridique qui nous est soumis, mais que j'estime cependant à formuler* ». Il distingue cependant nettement ses sentiments de l'évaluation de la constitutionnalité de la loi.
[848] *Ibid.* : « *M. le président se déclare très sensible aux réflexions d'ordre personnel développées par M. Goguel à la fin de son rapport mais à partir de là croit devoir rappeler l'idée d'ordre général qui fait l'objet du premier considérant du projet de décision ainsi conçu : "Considérant que l'article 61 de la Constitution ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement mais lui donne compétence pour se prononcer sur la conformité à la Constitution des lois déférées à son examen"* ».
[849] Proposition de loi n° 103 *tendant à interdire l'indemnisation d'un « préjudice de naissance »*, Sénat, 29 novembre 2001 (le nom des cosignataires n'est pas référencé, mais la proposition est répertoriée dans la liste des propositions de loi dont M. Haenel est cosignataire pour la session 2001-2002) ;

relative à la solidarité nationale et à l'indemnisation des handicaps congénitaux[850]. La doctrine a relevé d'autres cas, par exemple la participation de M. Charasse à la décision n° 2010-20/21 QPC, alors qu'il avait pris parti contre le principe d'indépendance des professeurs d'université, central dans cette affaire[851], ou le cas de cinq juges qui avaient pris parti à des degrés divers sur la question des prélèvements ADN[852] et qui avaient ensuite siégé lors de la décision n° 2010-25 QPC.

361. Le juge cosignataire d'une proposition de loi allant dans le sens de la loi en cause ne risque-t-il pas sérieusement d'être partial ? Si nous ne pouvons répondre à cette question par l'affirmative, la réponse se trouvant dans le for intérieur du juge, une telle situation entraîne nécessairement un risque de partialité accru. C'est pourquoi, au-delà des apparences, il est important que les juges ne soient pas entièrement seuls face à leur propre partialité, qu'ils puissent s'appuyer sur **des éléments extérieurs à leurs perceptions personnelles** pour l'apprécier. Nous proposerons ainsi, dans la section prochaine, la mise en place d'une liste de causes d'abstention.

Le mécanisme du déport est complété par celui de la récusation dans le cadre de la QPC, ce qui offre aux parties la possibilité de soulever elles-mêmes l'existence d'un risque de partialité. Cet outil est cependant limité pour plusieurs raisons.

§II. La récusation, outil limité

La récusation est un mécanisme peu utilisé devant le Conseil (A), compromettant par là même les possibilités de recours devant la Cour européenne des droits de l'homme sur le fondement de l'article 6§1 (B).

Proposition de loi n° 442 *visant à interdire l'indemnisation du « préjudice d'être né »*, Sénat, 28 juin 2001.

[850] Proposition de loi n° 3431 *relative à la solidarité nationale et à l'indemnisation des handicaps congénitaux*, Assemblée nationale, 3 décembre 2001. La doctrine n'a pas manqué de souligner les difficultés posées par cette situation, voir F. HAMON, « Le droit de ne pas naître devant le Conseil constitutionnel », *Petites affiches*, 29 juillet 2010, n° 150, p. 4-9 ; E. CARTIER, « La récusation et le déport... », *op. cit.*, p. 22.

[851] Voir D. SZYMCZAK, « Question prioritaire de constitutionnalité et Convention européenne des droits de l'Homme : l'européanisation "heurtée" du Conseil constitutionnel français », *Jus Politicum*, n° 7, 2012, p. 9.

[852] *Ibid.*, p. 10, note n° 31 : « *En octobre 2002, les sénateurs M. Charasse et H. Haenel avaient respectivement voté contre et pour la loi sur la sécurité intérieure, qui incluait le volet fichiers d'empreintes génétiques. Le député J. Barrot a voté cette loi en janvier 2003, pendant que J-L. Debré, président de l'Assemblée nationale organisait les débats. Enfin, P. Steinmetz, directeur du cabinet de l'ancien Premier ministre J-P. Raffarin a participé à la rédaction de la loi* ».

A. Les parties défaillantes face au risque

Le mécanisme de la récusation, corollaire du déport, présente un grand intérêt dans l'appréhension du risque de partialité (1). La pratique montre cependant que la récusation se heurte à des obstacles difficilement surmontables dans le cadre de la QPC (2).

1. L'intérêt de la récusation

362. La mise en place de la récusation par le règlement intérieur du 4 février 2010 répond, comme la formalisation du déport, à l'objectif de mise en conformité de la QPC avec l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme. Néanmoins, ce mécanisme ancien[853] « *perturbe sensiblement l'organisation judiciaire et la sécurité juridique* »[854]. C'est pourquoi sa mise en œuvre est encadrée par les textes, que ce soit devant le juge constitutionnel, administratif, civil ou pénal.

363. Ainsi la demande de récusation doit toujours être motivée, l'impartialité personnelle du juge étant présumée[855]. Dans le cadre de la QPC, la partie ou son représentant qui souhaite demander la récusation d'un juge doit le faire « *par un écrit spécialement motivé accompagné des pièces propres à la justifier* »[856]. On retrouve cette exigence de motivation devant le juge pénal[857], le juge administratif[858] et le juge civil[859].

364. Ensuite, la demande de récusation est toujours soumise à une condition de délai. Devant le Conseil, « *La demande n'est recevable que si elle est enregistrée au secrétariat général du Conseil constitutionnel avant la date fixée pour la réception des*

[853] Voir B. BERNABE, *La récusation des juges..., op. cit.*, 426 p.
[854] S. BEN HADJ HAYIA, « Récusation et renvoi », *Répertoire de procédure civile*, juin 2012 (mis à jour en février 2019), 4.
[855] Nous nous fondons aujourd'hui sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme pour l'affirmer (CEDH, 6878/75 ; 7238/75, 23 juin 1981, *Le compte, Van Leuven et de Meyer c. Belgique*, §58), mais cette exigence est très ancienne, ayant été affirmée pour la première fois dans une ordonnance d'octobre 1535. Voir B. BERNABE, *La récusation des juges..., op. cit.,* p. 177 et s.
[856] Règlement intérieur du 4 février 2010, art. 4 al. 2. Cette exigence de motivation est aussi présente à l'art. 4 al. 4 à travers la formule selon laquelle « *Le seul fait qu'un membre du Conseil constitutionnel a participé à l'élaboration de la disposition législative faisant l'objet de la question de constitutionnalité ne constitue pas en lui-même une cause de récusation* ». Nous reviendrons sur cette formule aux §393 et s.
[857] Art. 669 CPP.
[858] Art. R. 721-4 CJA.
[859] Art. 344 CPC.

premières observations »[860], vingt jours environ en pratique[861]. Devant le juge administratif, cette demande doit être présentée dès que la partie a connaissance de la cause de récusation et en aucun cas après la fin de l'audience[862]. Il en est de même devant le juge civil, pour lequel la demande ne peut être formée après la clôture des débats[863]. Devant le juge pénal, chaque fois que le motif de récusation invoqué est antérieur au procès, la requête doit être présentée avant tout débat au fond. Si les circonstances de la récusation sont postérieures, la requête peut en revanche être présentée en cours de procès, mais toujours avant la clôture des débats[864].

365. La demande est ensuite communiquée au membre du Conseil constitutionnel qui en fait l'objet. S'il acquiesce à la récusation, la procédure s'arrête là. En revanche, s'il refuse de se récuser, « *la demande est examinée sans la participation de celui des membres dont la récusation est demandée* »[865]. Devant le juge administratif, le juge qui acquiesce à la demande est immédiatement remplacé[866], le président de la juridiction ne peut donc pas imposer son maintien[867]. S'il refuse de se récuser, la juridiction statue sans la participation du juge concerné, par une décision non motivée[868].

366. Devant le juge pénal et le juge civil, une certaine défiance[869] reste présente puisque, même si le juge pénal acquiesce à la demande de récusation, « *la procédure se poursuit, son issue dépendant de la seule décision du premier président de la cour d'appel* »[870]. Cette défiance ne vaut pas pour les magistrats de la Cour de cassation pour

---

[860] Règlement intérieur du 4 février 2010, art. 4 al. 2.
[861] Voir M. GUILLAUME, « Le règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité », *Petites affiches*, n° 38, 23 février 2010, p. 3.
[862] Art. R. 721-2 CJA. Néanmoins, le Conseil d'État a jugé qu'un moyen relatif à l'irrégularité de la composition d'une formation de jugement peut toujours être invoqué à toute étape de la procédure (CE, 311641, 12 octobre 2009, *Petit*). Comme le note Victor Haïm « *Ceci rend assez inutile la voie de droit ici examinée – du moins s'agissant des juges – et permet aux parties d'attendre de voir le sens de la décision prise pour décider s'il y a lieu, ou non, d'invoquer le manque d'impartialité* » (V. HAÏM, « Impartialité », *Répertoire de contentieux administratif*, octobre 2016, 149). Tel n'est pas le cas devant le juge civil (Ccass, Ass. plén., 99-12412, 24 novembre 2000).
[863] Art. 342 CPC.
[864] Ccass, Ass. plén., 99-12412, 24 novembre 2000. Voir I. CARBONNIER, « Récusation », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, janvier 2015, 79.
[865] Règlement intérieur du 4 février 2010, art. 4 al. 3.
[866] Art. R. 721-9 CJA.
[867] V. HAÏM, « Impartialité », *Répertoire de contentieux administratif*, octobre 2016, 184.
[868] Art. R. 721-9 CJA.
[869] Cette défiance est fondée sur l'interdiction du déni de justice : « *l'abstention du juge ne peut être tout entière dévolue à son bon plaisir : le juge ne peut choisir de statuer ou non* » (B. BERNABE, *La récusation des juges..., op. cit.,* p. 344).
[870] I. CARBONNIER, « Récusation », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, janvier 2015, 85.

lesquels la procédure s'achève s'ils acquiescent à la récusation[871]. Quant au juge civil, l'objet du décret n° 2017-892 du 6 mai 2017[872] était d'aligner la procédure existant en matière civile sur la procédure pénale : désormais le juge ne peut plus acquiescer à la récusation, c'est le premier président de la cour d'appel qui statue sur la demande après avis du procureur général[873]. Il conserve en revanche la faculté de se déporter en application de l'article 339 du code de procédure civile[874].

367. Dans tous les cas, la procédure de récusation présente un caractère administratif[875], ce qui signifie que la décision ne peut être contestée en tant que telle par les parties ou le juge. Elle n'a, par ailleurs, pas besoin d'être motivée, même si une certaine dose de contradictoire peut être insufflée à la procédure[876], tant au bénéfice du juge que de la partie qui demande la récusation. Enfin, en matière civile et pénale, une amende est prévue[877] si la demande de récusation est rejetée, témoignant de la gravité attachée à une telle demande.

368. Si devant le juge civil, la demande de récusation est examinée par un véritable tiers qui n'est ni le juge lui-même ni la formation de jugement à laquelle il appartient, un tel procédé serait impossible devant le Conseil, puisqu'il n'appartient à aucun ordre de juridiction. Ce type de mécanisme se heurterait par ailleurs à des difficultés pratiques importantes, notamment concernant le respect des délais.

369. Dès lors, en considération de la spécificité du contentieux constitutionnel, la procédure existant devant le Conseil est satisfaisante. Les parties invitent le juge à examiner sa partialité et s'il refuse d'acquiescer, c'est le Conseil sans le juge qui

---

[871] L'article 674-2 du CPP renvoie pour ces magistrats au code de procédure civile (art. 348 CPC).
[872] Décret n° 2017-892 du 6 mai 2017 *portant diverses mesures de modernisation et de simplification de la procédure civile*, *JORF* n° 0109 du 10 mai 2017, texte n° 114. Pour de plus amples précisions, voir : C. BLERY, « Justice du XXIe siècle : refonte du régime de la récusation et du renvoi pour cause de suspicion légitime », *Dalloz actualité*, 13 mai 2017.
[873] Art. 344 CPC. Lorsque c'est le premier président de la cour d'appel ou la cour d'appel dans son ensemble, c'est le premier président de la Cour de cassation qui examine la demande après avis du procureur général près ladite cour (art. 350 CPC). Enfin lorsqu'un membre de la Cour de cassation est récusé, « *La demande de récusation est examinée par une chambre autre que celle à laquelle l'affaire est distribuée et qui est désignée par le premier président* » (art. 1027 CPC).
[874] Cette réforme est fondée sur un objectif de simplification des procédures. Voir pour de plus amples précisions : L. RASCHEL, « Les aspects d'organisation judiciaire dans les décrets sur la justice du XXIe siècle », *Gazette du Palais*, n° 28, 25 juillet 2017, p. 68-70.
[875] I. CARBONNIER, « Récusation », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, janvier 2015, 86.
[876] Par exemple, selon l'article R. 721-9 du CJA : *« Les parties ne sont averties de la date de l'audience à laquelle cette demande sera examinée que si la partie récusante a demandé avant la fixation du rôle à présenter des observations orales* ».
[877] Art. 348 CPC ; art. 673 CPP. L'atteinte à l'honneur du juge était déjà sanctionnée par une amende au XVIe siècle, voir B. BERNABE, *La récusation des juges..., op. cit.*, p. 182 et s.

examine la demande. **Ce mécanisme invite trois acteurs** à s'interroger sur la partialité du juge : les parties, le juge, le Conseil sans le juge. Néanmoins l'efficacité d'un mécanisme processuel s'apprécie avant tout dans la pratique. Or, la pratique montre que la récusation est un mécanisme délicat à manier pour les parties au procès constitutionnel.

2. Les défauts de la récusation

370. Le mécanisme de la récusation est très peu utilisé devant le Conseil. Une ou plusieurs demandes ont été formulées dans seulement sept décisions[878] entre 2010 et 2019, pour un total de douze demandes de récusation. Ce chiffre n'est pas incohérent : en Belgique, on recense seulement neuf affaires[879] pour lesquelles une ou plusieurs demandes de récusation ont été déposées entre 1987 et 2018. De même, aux États-Unis, les demandes de récusation sont rares[880] et s'il n'existe pas de statistiques nationales concernant le juge ordinaire français, l'interrogation de plusieurs acteurs de justice nous conduit aux mêmes conclusions.

371. Ces chiffres modestes s'expliquent par l'esprit général de la récusation, qui est vue comme une atteinte à l'honneur du juge. Malgré son caractère préventif, la récusation est la sanction de l'absence de déport du juge : « *Aussi bien, derrière toute demande de récusation ou de renvoi, perce le reproche fait au juge de ne pas s'être abstenu de son propre mouvement* »[881]. De plus, elle entraîne un renversement des positions au sein du procès : « *L'élément essentiel de la procédure de récusation est que le sujet soumis à l'autorité du juge, à savoir la partie, renverse le rapport et conteste le juge qui, à travers cette initiative procédurale, devient, dans une inversion substantielle des rôles, la partie jugée* »[882]. Ainsi, celui qui porte atteinte inutilement à l'honneur du

[878] Voir annexe 2.
[879] Ce sont les arrêts n° 32/87 ; 35/94 ; 36/94 ; 49/97 ; 71/2005 ; 157/2009 ; 155/2011 ; 10/2013 ; 75/2014. Voir sur ce point E. CARTIER, « La récusation et le déport... », *op. cit.*, p. 22 ; P. MARTENS, E. DERYCKE, M. PARISSE, R. MOERENHOUT, *Rapport annuel 2009*, Cour constitutionnelle de Belgique, 2010, disponible sur : <http://www.const-court.be/public/jvra/f/jvra-2009f.pdf>.
[880] Voir D. L. BASSETT, « Recusal and the Supreme Court », *op. cit.*, p. 657.
[881] J. NORMAND, « L'impartialité du juge en droit judiciaire privé français », *in* J. VAN COMPERNOLLE, T. GIUSEPPE (dir.), *L'impartialité du juge et de l'arbitre : étude de droit comparé*, Bruylant, 2006, p. 65.
[882] L. DITTRICH, « La procédure de récusation du juge en droit italien », *in* J. VAN COMPERNOLLE, T. GIUSEPPE (dir.), *L'impartialité du juge et de l'arbitre : étude de droit comparé*, Bruylant, 2006, p. 139-140.

juge en matière civile est très lourdement sanctionné et l'est même de plus en plus puisque depuis 2017, l'amende maximale est passée de 3 000 à 10 000 euros[883].

372. Ce contexte est une explication possible au fait que la récusation ait très peu de succès devant les juges constitutionnels. Les juges d'une cour constitutionnelle jouissent d'une réputation qu'il est mal venu de discuter, comme nous l'avons remarqué précédemment. Ainsi la doctrine américaine explique le nombre limité de demandes de récusation par des considérations similaires :

> Although recusal motions are filed against Justices on the Court, most litigants do not seek disqualification – certainly not one based merely on the appearance of bias – because to do so suggests a lack of confidence in a Justice's ability to evaluate the issues objectively. In the rarified world of Supreme Court practice, such an action may constitute a breach of protocol...[884].

En France, les parties peuvent avoir peur de froisser les juges et mettre en balance le risque de partialité du juge avec la potentielle partialité du collège[885].

373. La manière dont les demandes de récusation sont traitées par le Conseil renforce cette impression : aucune n'a formellement abouti entre 2010 et 2019[886] c'est-

---

[883] Le montant de l'amende a été modifié en procédure civile par le décret du 6 mai 2017 évoqué précédemment au §366.

[884] S. A. IFILL, « Do Appearances Matter ? : Judicial Impartiality and the Supreme Court in Bush v. Gore », *Maryland Law Review*, vol. 61, n° 3, p. 622, disponible sur : <https://core.ac.uk/download/pdf/56358213.pdf> (traduction libre : « *Bien que des requêtes en récusation soient déposées contre les juges de la Cour, la plupart des plaideurs ne cherchent pas à récuser ces derniers – en tout cas, pas en se fondant uniquement sur l'apparence de partialité - parce que cela suggère un manque de confiance dans la capacité du juge à évaluer les problèmes posés de façon objective. Dans le monde à part de la Cour suprême, une telle action peut s'analyser comme une violation du protocole...* »).

[885] E. CARTIER, « La récusation et le déport... », *op. cit.*, p. 22 : « *Finalement, tout se passe pour les parties comme s'il fallait arbitrer entre deux risques de partialité d'une nature, d'une portée et d'une occurrence différentes. Celui rattaché à la présence d'un membre sur lequel pèse une suspicion de partialité individuelle qu'il faudra prouver de manière particulièrement difficile par la procédure de récusation, et, le risque plus virtuel de créer, par le dépôt d'une demande de récusation contre un des membres du Conseil, une partialité collective, solidaire du membre mis en cause, notamment lorsque la partialité n'est pas retenue* ».

[886] Un doute subsiste pour certains cas. Par exemple, dans la décision n° 2012-271 QPC du 21 septembre 2012, *Association Comité radicalement anti-corrida Europe et autre [Immunité pénale en matière de courses de taureaux]*, la récusation de N. Sarkozy avait été demandée. Le commentaire précise que les parties « *ont été informées qu'il ne participerait pas à la décision du Conseil constitutionnel* ». Cependant, on ne sait pas s'il était simplement absent, s'est déporté, s'il a acquiescé à la récusation ou si le Conseil a décidé qu'il ne siégerait pas. La décision a été rendue en septembre 2012 et Nicolas Sarkozy a officiellement cessé de siéger en janvier 2013. Ensuite, la décision n° 2015-491 QPC du 14 octobre 2015, *M. Pierre G. [Demande tendant à la saisine directe du Conseil constitutionnel d'une question prioritaire de constitutionnalité]*, était une décision d'irrecevabilité. Il n'y a donc pas de commentaire permettant de savoir ce qu'il est advenu de la demande de récusation qui a été examinée par le Conseil le 24 septembre 2015. La revue *Pouvoirs* indique néanmoins que le Conseil a rejeté la

à-dire que jamais le juge ou le Conseil n'ont acquiescé à la récusation. Plus précisément, dans six cas la demande a été repoussée par le collège hors la présence du juge, ce qui signifie que dans ces six cas le juge avait refusé d'acquiescer lui-même à la demande[887]. Dans quatre cas, le juge concerné s'est déporté de lui-même[888], rendant la demande de récusation sans objet. Ces statistiques ne sont pas forcément hors norme : aucune des demandes de récusation ayant été présentées en Belgique n'a abouti.

374. Faut-il, dès lors, considérer ce mécanisme comme accessoire ? La récusation, malgré son utilisation relative, est un mécanisme nécessaire dans le cadre de la QPC. En effet, les déports sont souvent motivés par des considérations d'apparence, en particulier chez les juges provenant du monde politique. Dans de tels cas, le juge a tout intérêt à se déporter, puisqu'il risque d'être récusé s'il ne le fait pas, le risque de partialité étant visible, évident. **La simple existence du mécanisme de la récusation incite donc le juge à se déporter plus souvent** et à prendre en compte le point de vue de l'observateur extérieur, pour reprendre la terminologie de la Cour européenne des droits de l'homme[889].

375. Il est par ailleurs possible, mais ce n'est qu'une hypothèse, que certains déports soient motivés par l'existence même d'une demande de récusation, c'est-à-dire que le juge préfère se déporter plutôt que d'acquiescer à la demande de récusation, gardant ainsi la main sur la procédure et sauvant en quelque sorte son honneur.

376. La question se pose au regard de la formulation très ambiguë retenue par le commentaire officiel lorsqu'un juge se déporte alors qu'il faisait l'objet d'une demande de récusation. Ainsi, dans les décisions n° 2011-142/145 QPC et n° 2011-143 QPC, le

---

demande de récusation (P. AVRIL, J. GICQUEL, « Chronique constitutionnelle française – 1er octobre – 31 décembre 2015 », *Pouvoirs*, n° 157, p. 176).

[887] Pour les décisions n° 2011-142/145 QPC du 30 juin 2011, *M. Pierre G. [Demande tendant à la saisine directe du Conseil constitutionnel d'une question prioritaire de constitutionnalité]* et 2011/144 QPC du 30 juin 2011, *Départements de l'Hérault et des Côtes-d'Armor [Concours de l'État au financement par les départements de la prestation de compensation du handicap]*, nous comptons 3 refus concernant J.-L. Debré, H. Haenel et P. Steinmetz (le Conseil a examiné conjointement les demandes de récusation pour ces affaires). Le Conseil a ensuite rejeté une demande de récusation dans la décision n° 2015-491 QPC citée note préc. Le Conseil a enfin rejeté la récusation de L. Fabius et M. Charasse pour la décision n° 2017-630 QPC du 19 mai 2017, *M. Olivier D. [Renvoi au décret pour fixer les règles de déontologie et les sanctions disciplinaires des avocats]*.

[888] J. Barrot et M. Charasse pour les décisions n° 2011-142/145 et 2011-143 QPC citées note préc., M. Charasse pour la décision n° 2011-208 QPC du 13 janvier 2012, *Consorts B. [Confiscation de marchandises saisies en douane]* et J.-L. Debré pour la décision n° 2014-439 QPC du 23 janvier 2015, *M. Ahmed S. [Déchéance de nationalité]*.

[889] CEDH, Gr. Ch., 73797/01, 15 décembre 2005, *Kyprianou c. Chypre,* §119.

commentaire mentionne simplement que « *MM. Michel Charasse et Jacques Barrot n'ont pas siégé dans ces QPC* »[890], laissant planer le doute sur les raisons pour lesquelles ils n'ont pas siégé. Le commentaire de la décision n° 2011-208 QPC est encore plus ambigu : « *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* »[891]. Ajoutons que, pour cette décision, nous avons trouvé très peu d'éléments objectifs permettant d'expliquer le déport de M. Charasse, les dispositions en cause n'ayant pas été modifiées depuis 1948[892].

377. La formulation est aussi ambiguë pour la décision n° 2012-271 QPC : « *Dans cette procédure, les associations requérantes ont formulé une demande de récusation visant M. Nicolas SARKOZY. Elles ont été informées qu'il ne participerait pas à la décision du Conseil constitutionnel* »[893]. Enfin, dans la décision n° 2014-439 QPC, le commentaire ne mentionne pas la demande de récusation et se contente d'affirmer que « *Dans cette procédure, M. Jean-Louis Debré a estimé devoir s'abstenir de siéger* »[894]. Pourtant, M. Guillaume, ancien secrétaire général du Conseil, cite comme hypothèses similaires[895] les déports de M. Charasse dans la décision n° 2011-208 QPC et de J.-L. Debré dans la décision n° 2014-439 QPC, ce qui laisse supposer que ces déports étaient motivés par des circonstances similaires, c'est-à-dire à notre avis l'existence d'une demande de récusation.

378. Quoi qu'il en soit, même si les juges s'étaient déportés avant d'avoir connaissance de la demande de récusation, celle-ci agit comme un filet de sécurité. L'utilisation de ce mécanisme reste cependant très limitée et le recul dont nous disposons aujourd'hui ainsi que le droit comparé nous permettent d'affirmer qu'il est

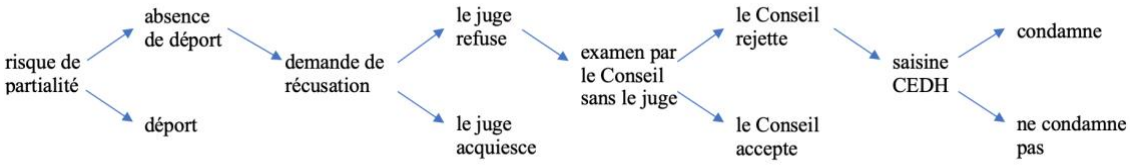
---

[890] CC, 2011-142/145 QPC, 30 juin 2011, *Départements de la Seine-Saint-Denis et autres (Concours de l'État au financement par les départements du RMI, du RMA et du RSA]*, commentaire, p. 2.
[891] CC, 2011-208 QPC, 13 janvier 2011, *Consorts B. [Confiscation de marchandises saisies]*, commentaire, p. 1.
[892] S'il avait participé à l'élaboration de la loi n° 2002-1576 du 30 décembre 2002 *de finances rectificative* pour 2002, cette loi n'a cependant pas modifié dans leur substance les dispositions en cause. La dernière modification de ces articles remonte à 1948. Le déport de M. Charasse est donc délicat à expliquer d'un point de vue objectif, mis à part par l'existence d'une demande de récusation dirigée contre lui. Voir le dossier documentaire et le commentaire de la décision pour plus de précisions.
[893] CC, 2012-271 QPC, 21 septembre 2012, *Association Comité radicalement anti-corrida Europe et autre [Immunité pénale en matière de courses de taureaux]*, commentaire, p. 1.
[894] CC, 2014-439 QPC, 23 janvier 2015, *M. Ahmed S. [Déchéance de nationalité]*, commentaire, p. 1.
[895] M. GUILLAUME, « Question prioritaire de constitutionnalité », *Répertoire de contentieux constitutionnel*, avril 2018, 330-335 : « *Dans la QPC 208 (13 janv. 2012, n° 2011-208 QPC, Cts B.), une demande de récusation a été formée à l'encontre de M. CHARASSE. Celui-ci ayant informé le Président du Conseil de son intention de s'abstenir de siéger, le Conseil n'a pas eu à examiner la demande de récusation (pour une même hypothèse pour M. DEBRÉ : Cons. const. 23 janv. 2015, n° 2014-439 QPC)* ».

peu probable que la récusation devienne un mécanisme très utilisé à l'avenir. Or, cette utilisation limitée pose une autre difficulté puisque, si les parties ne se saisissent pas de la récusation, elles s'interdisent ensuite de contester l'impartialité du Conseil devant la Cour européenne des droits de l'homme.

B. L'hypothétique saisine de la Cour européenne des droits de l'homme

379. Devant le juge ordinaire, il existe à côté des mécanismes du déport et de la récusation d'autres possibilités pour contester l'impartialité d'une formation de jugement, en particulier le renvoi pour cause de suspicion légitime et le recours devant une juridiction supérieure. La situation d'une cour constitutionnelle est fort différente puisqu'il n'existe pas de juridiction qui lui soit égale ou supérieure. Il est cependant possible de saisir la Cour européenne des droits de l'homme sur le fondement de l'article 6§1 pour contester l'impartialité du juge constitutionnel français. C'est le dernier maillon de la chaîne, venant cette fois-ci sanctionner *a posteriori* la partialité du juge :



380. Néanmoins, la chaîne en question repose sur des maillons qui doivent être reliés les uns aux autres pour que le recours soit possible. Si l'un des maillons manque, la chaine est rompue : si les parties n'ont pas demandé la récusation du juge, elles n'ont pas épuisé les voies de recours internes, ce qui rend irrecevable le recours devant la Cour de Strasbourg[896]. Pour passer outre cette exigence, il faudrait que le recours soit jugé inefficace par la Cour, ce qui est très peu probable : les parties ont, d'une part, connaissance de la composition du Conseil à l'avance et, si le délai pour formuler une demande est court, il reste de plusieurs semaines. La seule hypothèse possible serait celle d'un lien entre un juge et certains intérêts en cause, dont le requérant et son conseil

[896] Cela a aussi été rappelé par M. GUILLAUME, « Le règlement intérieur... », *op. cit.,* p. 3.

n'auraient eu connaissance qu'après l'expiration du délai alloué à la récusation[897]. Encore faudrait-il que ces liens soient suffisamment forts et que l'incidence sur le risque de partialité soit suffisamment forte elle aussi[898]. Un tel cas ne pourrait se présenter que dans des circonstances particulières.

381. En considération de ces éléments et de la pratique très relative de la récusation devant le Conseil, les possibilités de condamnation par la Cour européenne des droits de l'homme sont extrêmement limitées. Dès lors que les parties sont défaillantes face au risque de partialité, l'appréhension de ce risque **repose très largement sur les épaules du juge**, sans qu'une autre autorité puisse intervenir. C'est donc au niveau du juge qu'il faut agir.

Section II. Une approche à faire évoluer

382. Nous évoquerons à titre principal la question de l'élaboration d'une liste de causes de récusation, et plus précisément d'abstention dans une optique déontologique. Une telle liste serait utile à plusieurs titres, car elle viendrait renforcer tant le mécanisme du déport que celui de la récusation. En effet, cette liste pourrait constituer un guide pour le juge lorsqu'il s'interroge sur la nécessité de se déporter, mais pourrait aussi venir fonder une demande de récusation et servir ensuite de guide au juge, puis éventuellement au collège sans le juge, lorsqu'ils statuent sur une demande de récusation.

383. Si nous avons pu critiquer le fait que les juges constitutionnels français bénéficient d'une trop grande liberté dans l'appréciation du risque de partialité lié à leur carrière passée, il reste que le principe de liberté doit être conservé au vu des inconvénients que peut emporter un système reposant sur la défiance à l'égard des

[897] La Cour en a ainsi jugé récemment à propos d'un arrêt rendu par la Cour suprême de Chypre, alors qu'un juge entretenait des liens familiaux avec le défendeur : CEDH, 63246/10, 9 janvier 2018, *Nicholas c. Chypre*, § 36 : *«* In the present case, although domestic law provides for the possibility of raising an objection to a judge's participation in a case, there is nothing to show *in concreto* that the applicant or the lawyer representing him before the Supreme Court were actually aware of the connection between A.K. and the defendant company's lawyer at the time that the appeal was pending [...] ». (traduction libre : « *En l'espèce, bien que le droit interne prévoie la possibilité de s'opposer à la participation d'un juge à une affaire, rien ne permet de démontrer* in concreto *que le requérant ou l'avocat qui le représente devant la Cour suprême était effectivement au courant du lien entre A.K. et l'avocat de la société défenderesse au moment où l'appel était pendant* [...] ».

[898] *Ibid.*

juges (§I). Il nous faut alors adopter une perspective élargie afin de mieux appréhender le risque de partialité lié à la vie passée des juges constitutionnels (§II).

§I. Conserver les principes

384. L'examen de plusieurs systèmes étrangers montre une certaine défiance à l'égard du juge constitutionnel qui n'est pas laissé libre de se déporter lorsqu'il le souhaite. Ces systèmes présentent des inconvénients importants (A). Le choix d'une approche fondée sur la confiance, alignée sur le régime applicable au juge ordinaire français, peut dès lors sembler préférable (B).

A. Les inconvénients de la défiance

385. Il est fréquent à l'étranger que le juge constitutionnel soit contraint de demander l'autorisation du collège pour se déporter. En Allemagne, c'est la Cour constitutionnelle fédérale qui « *décide sur la récusation sans le juge* »[899], tout comme en Belgique où « *Tout juge de la Cour qui sait une cause de récusation en sa personne est tenu de la déclarer à la Cour qui décide s'il doit s'abstenir* »[900]. Il en est de même en Espagne où les textes relatifs au Tribunal constitutionnel renvoient aux dispositions applicables au juge judiciaire : celui-ci fait part de sa volonté écrite et motivée de se déporter à la formation de jugement qui prend la décision sous dix jours[901]. De plus, dans ces trois systèmes, une liste de causes de récusation est prévue par les textes, sur laquelle le juge se fonde pour se déporter[902].

386. Cela signifie que le juge qui désire se déporter doit se fonder sur des **critères extérieurs** à ses perceptions et qu'il soumet ensuite son appréciation subjective

[899] (Allemagne) Loi relative à la Cour constitutionnelle fédérale dans sa version résultant de la notification du 11 août 1993, modifiée en dernier lieu par l'article 2 de la loi du 8 octobre 2017, §19 (1) auquel renvoie le §19 (3) : « *Lorsqu'un juge non récusé se récuse lui-même, la disposition de l'alinéa 1er s'applique mutatis mutandis* ».

[900] (Belgique) Loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle (mise à jour le 15 janvier 2017), art. 101.

[901] Voir P. BON, « Récuser un membre du Conseil constitutionnel », *Recueil Dalloz*, 2010, p. 2007-2017.

[902] (Allemagne) Loi relative à la Cour constitutionnelle fédérale dans sa version résultant de la notification du 11 août 1993, modifiée en dernier lieu par l'article 2 de la loi du 8 octobre 2017, §18. Les textes espagnol et belge renvoient quant à eux au droit ordinaire : (Espagne) Loi organique 2/1979 du 3 octobre 1979 relative au Tribunal constitutionnel, art. 80, qui renvoie à : Loi organique 6/1985 du 1er juillet 1985 relative au pouvoir judiciaire, art. 219 ; (Belgique) Loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle, art. 101, qui renvoie aux articles 828 et 830 du Code judiciaire.

de la situation à un **regard extérieur** et de surcroît collégial. Un tel système semble très protecteur à première vue, réunissant toutes les conditions pour mettre en échec le risque de partialité. Néanmoins, ce système présente d'importants défauts. Certes, le collège intervient sur l'évaluation du risque de partialité lorsque le juge soulève la question, mais l'on pourrait sérieusement mettre en doute l'efficacité du mécanisme en arguant que ce n'est pas dans le déport que se situe le risque, mais dans son absence, comme nous l'avons précédemment remarqué. Or, lorsqu'un juge doit soumettre à l'appréciation de ses collègues une telle question, il y a fort à parier qu'il réfléchisse longuement avant de décider de s'abstenir de siéger, à la fois parce que la procédure est relativement lourde et parce qu'il est difficile de se soumettre volontairement à l'évaluation d'autrui. Il n'est donc pas certain que retirer la décision des mains du juge soit efficace. Par ailleurs, le jugement d'autrui n'est pas nécessairement plus sûr que celui du juge. C'est ainsi que dans l' « affaire AZF »[903], un juge qui était aussi vice-président d'une association d'aide aux victimes avait demandé à se déporter, mais cette solution avait été refusée par le premier président de la cour d'appel. La chambre criminelle de la Cour de cassation a par la suite constaté dans un arrêt du 13 janvier 2015[904] l'existence d'un doute objectivement justifié quant à l'impartialité de la formation de jugement[905].

387. Le système italien est, quant à lui, très spécifique. Jusqu'en 2008, l'abstention et la récusation n'étaient possibles que dans une hypothèse : lorsque les juges constitutionnels jugeaient le Président de la République[906]. Ce système est devenu encore plus atypique depuis 2008, lorsque la Cour adopta le 7 octobre de nouvelles normes complémentaires éliminant toute possibilité d'abstention ou de récusation[907]. Cette approche serait fondée, selon le professeur R. Bin[908], sur une **présomption**

[903] Une explosion dans l'usine chimique AZF a causé la mort de 31 personnes le 21 septembre 2001.
[904] Ccass crim., 6661, 13 janvier 2015, *AZF*.
[905] Pour plus de précisions, voir notamment B. QUENTIN, « L'impartialité du juge : un enjeu pour l'institution judiciaire », *La semaine juridique, éd. générale*, n° 18, 4 mai 2015, p. 913.
[906] (Italie) Normes complémentaires du 16 mars 1956, G. U. du 24 mars 1956, n° 71, art. 16. Voir pour de plus amples précisions P. BON, « Récuser un membre du Conseil constitutionnel », *op. cit.,* p. 2007-2017.
[907] (Italie) Normes complémentaires du 7 octobre 2008, G. U. du 7 novembre 2008, n° 261, art. 29, disponible sur : <https://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/pdf/CC_Fonti_NORME_INTEGRATIVE%20_05032011.pdf> : « Nei giudizi di cui alle presenti norme integrative non trovano applicazione cause di astensione e di ricusazione dei giudici » (traduction libre : « *Pour les arrêts visés dans le présent règlement complémentaire, aucun motif d'abstention ou d'objection de la part des juges ne s'applique* »).
[908] R. BIN, « Sull'imparzialità dei giudici costituzionali », *Giurisprudenza costituzionale*, 2009, p. 4015, disponible sur : <http://www.robertobin.it/ARTICOLI/ricusazione.pdf>.

absolue d'indépendance et d'impartialité, qui serait selon lui une manière raffinée d'imposer aux juges une obligation d'impartialité forte, à savoir que le déport étant interdit, les juges ne doivent pas avoir un comportement qui les conduirait à se déporter. En 2007, la Cour avait même refusé la démission d'un juge faisant suite à des accusations dans la presse selon lesquelles le juge aurait pris parti sur une affaire portée à la connaissance de la Cour[909]. *In fine*, l'idée est que rien ne doit porter atteinte au prestige de la Cour[910].

388. L'originalité du système ne manque pas de surprendre et repose sur une présomption irréfragable d'impartialité[911], à laquelle les juges ne peuvent échapper. Le jeu est dangereux et potentiellement peu en phase avec une réalité complexe, puisque le risque de partialité peut certes provenir d'un parti pris durant les fonctions de juge constitutionnel, les juges italiens ayant le droit de s'exprimer durant leurs fonctions sur les questions de « politique institutionnelle »[912], mais aussi de leur vie passée : même les juristes peuvent avoir pris parti sur la loi avant leur entrée à la Cour[913]. La Cour italienne étant composée pour environ un tiers de professeurs d'université, ceux-ci peuvent très bien avoir défendu la constitutionalité d'une disposition législative dans la presse avant d'entrer à la Cour, à l'image de G. Vedel en 1979[914]. Ils ne disposent alors d'aucune porte de sortie[915] pour faire échec, *en conscience*, au risque de partialité. Se pose en outre la question de la conformité d'une telle approche à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme[916]. Un système aussi extrême repose à nos yeux

---

[909] Voir F. JACQUELOT, « Regards comparés sur l'abstention et les récusations au sein du Conseil constitutionnel et de la Cour constitutionnelle italienne : histoire d'une impartialité reprogrammée », *Constitutions*, 2011, p. 347-356. Le juge présenta une seconde fois sa démission, qui fut acceptée.

[910] R. BIN, « Sull'imparzialità dei giudici costituzionali », *op. cit.*, p. 4015.

[911] Voir F. JACQUELOT, « Regards comparés... », *op. cit*.

[912] Voir notre analyse *supra* §311.

[913] Voir nos développements *infra* §437 et s.

[914] Voir annexe 1, décision n° 82-146 DC du 18 novembre 1982, *Loi modifiant le code électoral et le code des communes et relative à l'élection des conseillers municipaux et aux conditions d'inscription des Français établis hors de France sur les listes électorales*.

[915] Ceci étant affirmé, la norme en question est une norme d'autorégulation, comme l'indique le professeur Bin. Il estime que les juges pourraient la contourner s'ils devaient absolument se déporter dans une affaire (R. BIN, « Sull'imparzialità dei giudici costituzionali », *op. cit.*, p. 4015 : « la Corte ha affermato con chiarezza che le Norme integrative "non hanno valore di legge e sono quindi estranee al sindacato di costituzionalità"; ed ha aggiunto, più recentemente, che esse, in quanto norme di autoregolamentazione della Corte, "possono essere modificate dalla Corte stessa, se e quando ne ravvisi la necessità" » (traduction libre : « *La Cour a précisé que les règles complémentaires "n'ont pas force de loi et sont donc étrangères au contrôle de constitutionnalité" ; et a ajouté, plus récemment, qu'en tant que règles d'autorégulation de la Cour, elles "peuvent être modifiées par la Cour elle-même si et quand elle le juge nécessaire"* »).

[916] Le juge européen estime en effet que l'existence de procédures permettant au juge de se déporter est une garantie d'impartialité : CEDH, Gr. Ch., 17056/06, 15 octobre 2009, *Micallef c. Malte*, §99 précité : « *L'existence de procédures nationales destinées à garantir l'impartialité, à savoir des règles en matière*

sur une forme de défiance à l'égard du juge en tant qu'individu, à qui il est interdit de se déporter au nom d'une conception radicale de l'impartialité. Face à cela, l'approche française nous semble à la fois plus réaliste, plus protectrice et plus mesurée.

B. Le choix de la confiance

389. L'approche fondée sur la confiance reste la meilleure option pour le juge constitutionnel français, en premier lieu parce qu'elle est cohérente avec ce qui existe déjà en France, tant au niveau du Conseil qu'au niveau du juge ordinaire et en second lieu parce que choisir cette approche signifie croire en la capacité du juge à évaluer sa partialité, au moins dans une certaine mesure, ce qui est notre conviction. Néanmoins, afin de réduire le risque de partialité, l'appréciation du juge **ne doit pas être entièrement laissée à sa discrétion**. Le juge administratif et le juge civil français peuvent se déporter librement s'ils supposent en eux une cause de récusation ou estiment en conscience devoir s'abstenir de siéger[917]. La seule différence avec le juge constitutionnel réside donc dans l'existence **d'une liste de causes de récusation**. Cette différence est cependant importante puisque cette liste de causes de récusation constitue un ensemble de critères d'appréciation extérieurs à la personne du juge, le conduisant à se déporter dès lors qu'il entre dans l'une des situations prévues, ces causes étant péremptoires[918].

390. L'existence d'une liste de causes de récusation, spécifiquement créée pour le juge constitutionnel pourrait ainsi constituer un moyen de limiter la liberté du juge en la matière. Cet aménagement, certes modeste, permettrait cependant d'objectiver *un peu* la procédure, de la détacher *un peu* du juge.

391. Par ailleurs, la mise en place d'un tel mécanisme contribuerait largement à l'apparence d'impartialité du Conseil, ce serait donc un **outil de légitimation**. Dans le

---

de déport des juges, est un facteur pertinent. De telles règles expriment le souci du législateur national de supprimer tout doute raisonnable quant à l'impartialité du juge ou de la juridiction concernée et constituent une tentative d'assurer l'impartialité en éliminant la cause de préoccupations en la matière ».

[917] Pour rappel, art. L. 111-7 COJ : « *Le juge qui suppose en sa personne une cause de récusation ou estime en conscience devoir s'abstenir se fait remplacer par un autre juge spécialement désigné. Le magistrat du ministère public qui suppose en sa personne un conflit d'intérêts, au sens de l'article 7-1 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, ou estime en conscience devoir s'abstenir se fait remplacer* » ; art. R. 721-1 CJA : « *Le membre de la juridiction qui suppose en sa personne une cause de récusation ou estime en conscience devoir s'abstenir se fait remplacer par un autre membre que désigne le président de la juridiction à laquelle il appartient ou, au Conseil d'État, le président de la section du contentieux* ».

[918] Voir S. BEN HADJ HAYIA, « Récusation et renvoi », *Répertoire de procédure civile*, juin 2012 (mis à jour en février 2019), 41.

contexte actuel, une telle entreprise de légitimation n'est pas anodine : les cours constitutionnelles sont une des vitrines de la justice et, comme la Cour européenne des droits de l'homme se plait à le rappeler, « *Il y va de la confiance que les tribunaux d'une société démocratique se doivent d'inspirer aux justiciables* »[919]. Or, derrière la prise en compte des apparences, se trouve la question de la partialité du juge telle qu'elle est vue par l'extérieur, c'est-à-dire détachée du point de vue du juge lui-même. Sans verser dans la « tyrannie des apparences », la prise en compte du point de vue extérieur permet une meilleure appréhension du risque de partialité par l'instauration de garanties permettant de réduire ce risque.

392. Enfin il n'est pas surprenant de constater que ces listes sont très anciennes et ont accompagné la pratique de la récusation dès le départ[920]. Elles évoluent avec les époques et les juges et représentent ce qui, à un moment donné et pour une juridiction donnée, fait l'objet d'un consensus concernant la partialité du juge. Inscrire le Conseil dans une telle démarche aurait beaucoup de sens. Pour ce faire, il nous faut adopter une perspective élargie et considérer tant le fonctionnement des autres juridictions que les spécificités du Conseil.

§II. Adopter une perspective élargie

Prenant exemple sur les autres juridictions françaises, nous élaborerons une liste de causes d'abstention afin de mieux appréhender le risque de partialité lié à la vie passée des juges constitutionnels français (A). Il reste cependant indispensable de s'interroger sur la question de l'origine du risque : la composition du Conseil (B).

A. Élaborer une liste de causes d'abstention

Nous commencerons par nous intéresser aux causes exclues de la liste (1), pour ensuite déterminer le contenu positif de celle-ci (2).

[919] Arrêt *Micallef c. Malte* précité § 98.
[920] Voir B. BERNABE, *La récusation des juges..., op. cit*., par ex. p. 74 et s.

1. Les causes exclues

Pour déterminer le contenu de la liste de causes d'abstention que nous proposons, il nous faut d'abord nous intéresser aux causes exclues par le Conseil (a) et nous interroger sur la conformité de l'approche retenue par ce dernier à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (b).

a. Les causes exclues par le Conseil

393. L'article 4 alinéa 4 du règlement intérieur dispose que : « *Le seul fait qu'un membre du Conseil constitutionnel a participé à l'élaboration de la disposition législative faisant l'objet de la question de constitutionnalité ne constitue pas en lui-même une cause de récusation* ». Cette disposition reprise du droit belge[921] existe aussi en Allemagne[922]. Encore faut-il savoir ce que cette phrase signifie car plusieurs interprétations sont possibles. Ainsi M. Guillaume se fonda en 2010 sur l'arrêt *Morel*[923] rendu par la Cour européenne des droits de l'homme pour estimer que « *le seul fait d'avoir participé à l'élaboration de la norme contestée ne constitue pas en soi une cause de récusation. Il ne devrait en aller autrement que si les actes accomplis impliquent que leur auteur a porté une appréciation sur la constitutionnalité de cette norme* »[924].

---

[921] (Belgique) Loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle, art. 101 : « *Le fait qu'un juge de la Cour a participé à l'élaboration de la loi, du décret ou de la règle visée à l'article 134 de la Constitution qui fait l'objet du recours en annulation ou de la décision de renvoi, ne constitue pas en soi une cause de récusation* ».

[922] La disposition allemande est même plus restrictive : (Allemagne) Loi relative à la Cour constitutionnelle fédérale dans sa version résultant de la notification du 11 août 1993, modifiée en dernier lieu par l'article 2 de la loi du 8 octobre 2017, § 18 (2) : « *N'est pas intéressé par la procédure le juge qui, en raison de sa situation matrimoniale, sa profession, son origine, son appartenance à un parti politique ou pour une raison similaire d'ordre général est concerné par l'issue de la procédure* » et (3) « *N'est pas considéré comme traitement d'une affaire au sens de l'alinéa 1er, n° 2 1. la participation à la procédure législative, 2. l'expression d'une opinion scientifique portant sur une question de droit susceptible d'être importante pour le déroulement de la procédure* ».

[923] En particulier sur son §45 : « *Le simple fait, pour un juge, d'avoir déjà pris des décisions avant le procès ne peut passer pour justifier en soi des appréhensions relativement à son impartialité. Ce qui compte est l'étendue des mesures adoptées par le juge avant le procès. De même, la connaissance approfondie du dossier par le juge n'implique pas un préjugé empêchant de le considérer comme impartial au moment du jugement sur le fond. Enfin, l'appréciation préliminaire des données disponibles ne saurait non plus passer comme préjugeant l'appréciation finale. Il importe que cette appréciation intervienne avec le jugement et s'appuie sur les éléments produits et débattus à l'audience* » (CEDH, 34130/96, 18 octobre 2000, *Morel c. France*).

[924] M. GUILLAUME, « Le règlement intérieur... », *op. cit.*, p. 3.

394. Le raisonnement tenu dans l'arrêt *Morel* est le suivant : était contestée l'impartialité du juge-commissaire du tribunal de commerce. En l'espèce, ce juge avait activement participé à la phase d'observation des sociétés puis avait fait partie de la formation de jugement en qualité de président de chambre. Pour la Cour, le juge-commissaire « *fut confronté à deux questions bien distinctes* »[925] durant la phase d'observation et la phase de jugement,

> *La Cour ne trouve donc, en l'espèce, aucun motif objectif de croire que la nature et l'étendue des tâches du juge-commissaire durant la phase d'observation – destinée à assurer la gestion courante des sociétés – impliquaient un préjugé sur la question – distincte – à trancher au sein du tribunal*[926].

M. Guillaume transpose ce raisonnement au Conseil et estime que l'appréciation portée par le juge dans le cadre de ses fonctions antérieures doit impliquer une appréciation sur la constitutionnalité de la norme pour que le juge puisse être récusé. En revanche, si l'acte accompli n'implique pas une appréciation sur la constitutionnalité de la norme, alors le juge a examiné deux questions distinctes et n'a donc pas préjugé.

395. L'éclairage apporté par M. Guillaume est cependant limité : quels sont les actes impliquant que leur auteur a porté une appréciation sur la constitutionnalité de la norme ? Pour l'instant, le Conseil n'a pas apporté beaucoup d'éléments de réponse à cette question. Il a cependant rejeté plusieurs demandes de récusation, ce qui signifie implicitement que dans ces situations, le juge n'avait pas porté d'appréciation sur la constitutionnalité de la loi, du moins aux yeux du Conseil. Une difficulté majeure tient cependant au fait que les décisions rejetant une demande de récusation ne sont pas motivées, le règlement intérieur ne l'exigeant pas. On ne peut donc se fonder sur cet élément pour en déduire les causes de récusation exclues, alors qu'en Belgique la Cour motive ses décisions de rejet directement dans la décision principale[927]. Ce manque de publicité est dommageable car, si le Conseil motivait ses refus, cela lui permettrait de créer une jurisprudence sur la question, comme c'est le cas en Belgique[928]. Ce serait une manière plus fluide de mettre en place une liste de causes de récusation, avec des désavantages cependant : l'examen des demandes est rare, il faudrait donc beaucoup de temps pour qu'une jurisprudence se forme et qu'une liste de causes émerge

[925] CEDH, 34130/96, 18 octobre 2000, *Morel c. France*, §48.
[926] *Ibid.,* §49.
[927] Voir les arrêts cités *supra* en note du §370.
[928] Voir notamment : P. MARTENS, E. DERYCKE, M. PARISSE, R. MOERENHOUT, *Rapport annuel 2009*, *op. cit.*, p. 13-16.

véritablement. De plus, la totalité des demandes ayant été rejetées à ce jour, ce ne serait pas une liste positive de causes de récusation mais plutôt une liste négative de situations ne pouvant pas susciter la récusation du juge.

396. Il n'est guère possible en France de déduire certains motifs de rejet en partant du motif de la demande de récusation elle-même[929]. Les données disponibles sont minces car les demandes de récusation ne sont pas publiées non plus, à une exception près puisque la demande de récusation ainsi que la lettre de rejet ont été publiées pour les affaires n° 142 à 145[930]. Dans ces affaires, le Conseil examine et rejette la demande de récusation de J.-L. Debré, H. Haenel et P. Steinmetz. Ces demandes étaient fondées, pour M. Debré, sur la **présidence de l'Assemblée nationale**, pour M. Haenel sur le **vote de la loi** et pour M. Steinmetz sur la **direction du cabinet du Premier ministre**. On peut donc en déduire que ces situations sont des causes de récusation exclues par le Conseil.

397. Les autres demandes de récusation ayant été rejetées sont plus difficiles à analyser, faute de documents. En effet, pour la décision n° 2015-491 QPC, nous n'avons pas connaissance de la personne visée par la demande, puisque la décision n'est pas accompagnée de commentaire. Enfin, les demandes de récusation visant L. Fabius et M. Charasse à l'occasion de la décision n° 2017-630 QPC n'ont pas été publiées. Dans cette affaire, M. Charasse avait signé, en tant que ministre du budget, le décret n° 91-1197 du 27 novembre 1991 organisant la profession d'avocat. Ce décret « *détermine, à ses articles 183 et suivants, les comportements défendus, les sanctions et la procédure disciplinaires applicables* »[931] sur le fondement de la loi du 31 décembre 1971 qui était contestée. Il est donc possible que la demande soit fondée sur cet élément, sans certitude. Nous n'avons par ailleurs pas trouvé d'indice pouvant expliquer la demande de récusation dirigée à l'encontre de M. Fabius.

398. Les seules causes de récusation exclues pour le moment sont donc la présidence de l'Assemblée nationale, le simple vote de la loi et la direction du cabinet du Premier ministre. Nous pouvons donc en déduire que dans ces cas, le Conseil estime

[929] Cette analyse avait été entamée par N. Perlo pour les décisions n° 142 à 145 QPC (voir N. PERLO, « Les premières récusation au Conseil constitutionnel : réponses et nouveaux questionnements sur un instrument à double tranchant », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, n° XXVII, 2011, p. 61-79).
[930] Voir la réponse de M. Guillaume publiée sur le blog de F. Johannès : F. JOHANNES, « Premières demandes de récusation au Conseil constitutionnel », *Libertés surveillées*, 31 mai 2011.
[931] CC, 2017-630 QPC, 19 mai 2017, *M. Olivier D. [Renvoi au décret pour fixer les règles de déontologie et les sanctions disciplinaires des avocats]*, commentaire, p. 2.

que le juge ne porte pas une appréciation sur la constitutionnalité de la loi. Se pose la question de la conformité de cette approche à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. En effet, la Cour a pu, dans le passé, sévèrement sanctionner le cumul de fonctions législatives et juridictionnelles.

b. La conformité de cette approche à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

399. La jurisprudence *Morel*, sur laquelle se fonde M. Guillaume pour expliquer l'article 4 alinéa 4 du règlement intérieur n'est pas la seule jurisprudence pertinente. N. Perlo rappelle[932] l'intérêt des jurisprudences *Procola* et *McGonnell* qui portaient toutes deux, non pas sur un cumul de fonctions juridictionnelles, mais sur un **cumul de fonctions législatives et juridictionnelles**, hypothèse nettement plus proche de la situation du Conseil. Or ces jurisprudences sont bien plus sévères que la jurisprudence *Morel* : dans la jurisprudence *Procola*, la Cour estime que l'article 6§1 a été violé par le seul fait que quatre des membres du Conseil d'État luxembourgeois avaient exercé des fonctions consultatives puis contentieuses dans l'appréciation de la rétroactivité d'un règlement[933] : « *En l'espèce, Procola a pu légitimement craindre que les membres du comité du contentieux ne se sentissent liés par l'avis donné précédemment. Ce simple doute, aussi peu justifié soit-il, suffit à altérer l'impartialité du tribunal en question* [...] »[934]. Cette jurisprudence est, on le voit, très sévère. Elle sera adoucie cinq ans plus tard avec l'arrêt *McGonnell* qui concernait le cumul de fonctions législatives et juridictionnelles. Si la Cour estime que

> *toute participation directe à l'adoption de textes législatifs ou réglementaires peut suffire à jeter le doute sur l'impartialité judiciaire d'une personne amenée ultérieurement à trancher un différend sur le point*

---

[932] N. PERLO, « Les premières récusation au Conseil constitutionnel... », *op. cit.*, p. 61-79.
[933] CEDH, 14570/89, 28 septembre 1995, *Procola c. Luxembourg*, §45 : « *La Cour constate qu'il y a eu confusion, dans le chef de quatre conseillers d'État, de fonctions consultatives et de fonctions juridictionnelles. Dans le cadre d'une institution telle que le Conseil d'État luxembourgeois, le seul fait que certaines personnes exercent successivement, à propos des mêmes décisions, les deux types de fonctions est de nature à mettre en cause l'impartialité structurelle de ladite institution. En l'espèce, Procola a pu légitimement craindre que les membres du comité du contentieux ne se sentissent liés par l'avis donné précédemment. Ce simple doute, aussi peu justifié soit-il, suffit à altérer l'impartialité du tribunal en question, ce qui dispense la Cour d'examiner les autres aspects du grief* ».
[934] *Ibid.*

> *de savoir s'il existe des motifs justifiant que l'on s'écarte du libellé des textes législatifs ou réglementaires en question*[935],

elle « *reconnaît* [...] *que ni l'article 6 ni aucune autre disposition de la Convention n'exigent des États qu'ils se conforment à des concepts constitutionnels en tant que tels* »[936]. Elle se fonde alors sur les circonstances de l'espèce pour en conclure à la violation de l'article 6§1[937].

400. Dans l'arrêt *Sacilor Lormines*, plus récent, la Cour estime que le cumul de fonctions consultatives et contentieuses est possible, car les juges ont d'abord abordé la question d'un point de vue abstrait, puis ont jugé concrètement du cas de la requérante. C'est le raisonnement de l'arrêt *Morel* :

> *Sans dénier l'existence d'une relation entre les questions juridiques posées dans l'avis du 29 septembre 1997 et celles générées par le contentieux porté par la requérante, la Cour considère que la teneur des premières, abordées d'une manière générale et abstraite, ne permet pas de conclure que les membres de la section du contentieux aient abordé avec préjugé l'examen, trois ans plus tard, de celles concernant les intérêts concrets de la requérante dans la gestion de la fin d'exploitation des sites miniers, nombreux et dans des situations juridiques différentes*[938].

Néanmoins, dans cette affaire, les membres ayant siégé dans la formation contentieuse n'avaient pas participé à l'adoption de l'avis rendu par le Conseil d'État et « *La Cour en déduit que la présente espèce est différente de celle examinée dans l'affaire Procola* »[939]. Or, toute la question qui se pose pour le Conseil est de savoir si un juge **qui a participé à l'élaboration de la loi peut siéger ensuite pour juger de sa constitutionnalité.**

---

[935] CEDH, 28488/95, 8 février 2000, *McGonnell c. Royaume-Uni*, §55. Était en cause dans cette affaire le cumul de différentes fonctions par le bailli de l'île de Guernesey. Le bailli avait présidé les *States of deliberation* au moment de l'adoption du « DDP n° 6 » qui interdisait l'aménagement d'habitations sur certaines parties du territoire, incluant un terrain pour lequel le requérant souhaitait obtenir un permis de construire. Il avait aussi présidé la *Royal Court* qui avait statué sur l'appel du requérant pour la même affaire.

[936] *Ibid.*, §51.

[937] *Ibid.,* §55 : « *En l'espèce, outre le fait qu'il assumait la présidence, le bailli adjoint avait voix prépondérante en cas de partage égal des voix ; or, comme l'a indiqué le bailli en cause dans l'affaire Bordeaux Vineries, rien ne l'obligeait à utiliser cette voix prépondérante contre une proposition au sein des States si un tel vote était contraire à ce que lui dictait sa conscience (paragraphe 31 ci-dessus). De plus, ce sont précisément les* States of Deliberation *de Guernesey qui ont adopté la réglementation en litige. On peut donc considérer que cet organe a contribué de façon plus directe à l'existence de ces règlements que le collège consultatif du Conseil d'État aux dispositions en cause dans l'affaire Procola (arrêt précité, p. 12, § 25)* ».

[938] CEDH, 65411/01, 9 février 2007, *Sacilor Lormines c. France*, §74.

[939] *Ibid.*, §72.

401. La Cour de Strasbourg n'a pas encore eu l'occasion de répondre précisément à cette question. On ne peut donc savoir quelle approche serait retenue à l'égard des demandes de récusation rejetées par le Conseil. L'on sait cependant plusieurs choses : la Cour retiendrait une approche de cas par cas, comme elle le fit dans l'affaire *McGonnell*. Elle reconnaît de plus les spécificités des cours constitutionnelles depuis son arrêt *Ruiz-Mateos*[940].

402. Ensuite, l'exclusion de certaines causes de récusation liées à une participation limitée à l'élaboration de la loi est une nécessité pour plusieurs cours constitutionnelles européennes dont les membres sont issus, pour partie, du monde politique. Adopter une approche plus stricte pourrait conduire à la paralysie de ces juridictions, argument auquel la Cour européenne est toujours sensible[941].

403. Enfin, sanctionner une cour constitutionnelle pour défaut d'impartialité du simple fait que l'un de ses membres a participé à l'élaboration de la loi en cause revient à attaquer de front sa légitimité puisque cela revient à **souligner l'incompatibilité structurelle de la composition de ces juridictions avec l'exigence d'impartialité**. Dès lors, il est fort possible que la Cour soit particulièrement prudente si elle devait s'interroger sur cette question :

> *En effet, sanctionner la durée raisonnable d'une instance constitutionnelle est une chose, remettre en cause l'indépendance d'une cour constitutionnelle ou l'impartialité de ses membres en est une autre qui, symboliquement, a toutes les chances d'être ressenti comme un affront par les juridictions concernées. Aussi, bien que le défaut d'indépendance et d'impartialité puisse également concerner le juge constitutionnel, il s'agit là d'un cap que le juge européen semble manifestement hésiter à franchir, à tout le moins tant qu'il ne sera pas appelé à trancher un cas où la violation*

---

[940] CEDH, 12952/87, 26 juin 1993, *Ruiz-Mateos c. Espagne*, §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 ; elles visent aussi à permettre à un organe unique de statuer sur un grand nombre d'affaires touchant à des sujets très divers* ». Voir à propos du respect du délai raisonnable CEDH, Gr. Ch., 20024/92, 16 septembre 1996, *Süssmann c. Allemagne,* §55-56 : « *La Cour rappelle qu'elle a affirmé à maintes reprises que l'article 6 par. 1 (art. 6-1) astreint les États contractants à organiser leur système judiciaire de telle sorte que leurs juridictions puissent remplir chacune de ses exigences, notamment quant au délai raisonnable* [...]. *Si cette obligation vaut aussi pour une Cour constitutionnelle, elle ne saurait cependant s'interpréter de la même façon que pour une juridiction ordinaire. Son rôle de gardien de la Constitution rend particulièrement nécessaire pour une Cour constitutionnelle de parfois prendre en compte d'autres éléments que le simple ordre d'inscription au rôle d'une affaire, telles la nature de celle-ci et son importance sur le plan politique et social* ». Ce principe est aussi repris dans CEDH, 47169/99, 8 avril 2004, *Voggenreiter c. Allemagne,* §49.

[941] Voir notamment CEDH, 1988/02, 12 décembre 2002, *Sofianopoulos c. Grèce* ; CEDH, 58688/11, 20 février 2013, *Harabin c. Slovaquie*, §135 ; CEDH, 63246/10, 9 avril 2018, *Nicholas c. Chypre*, §63.

de l'article 6§1, pour défaut d'indépendance ou d'impartialité d'un juge constitutionnel, sera particulièrement grave et flagrante[942].

Si l'on ne peut préjuger du résultat qu'aurait un recours devant la Cour européenne des droits de l'homme, l'exclusion par le règlement intérieur de certaines causes de récusation liées à la participation à l'élaboration de la loi pourrait être jugée conforme à la jurisprudence de la Cour au regard des spécificités de la justice constitutionnelle. Plus généralement, la prise en compte de ces spécificités est incontournable dans notre réflexion sur l'établissement d'une liste de causes de récusation.

2. Les causes retenues

Pour établir une liste de causes de récusation propre au Conseil (b), nous avons examiné l'approche retenue par les autres juridictions françaises (a).

a. Réflexion à partir des autres juridictions françaises

404. Il est possible de s'inspirer des causes de récusation existant pour les autres juges français afin d'établir une liste de causes de récusation spécifique au Conseil, en particulier du juge administratif pour lequel la charte de déontologie de la juridiction administrative prévoit une liste précise de causes devant susciter le déport du juge (i). Il faudra cependant prendre en compte les spécificités des juridictions constitutionnelles (ii).

i. Prendre exemple sur les autres juridictions

405. En France, l'article L. 111-6 du code de l'organisation judiciaire liste les causes de récusation pour le juge civil. Pour le juge pénal, il faut se référer à l'article 668 du code de procédure pénale. Les causes prévues pour ces magistrats sont les causes « classiques » de récusation : lien de parenté, de subordination, amitié ou inimité, existence d'un intérêt... Ce type de cause de récusation pourrait aussi être applicable aux juges constitutionnels, par exemple les juges peuvent posséder des actions dans des sociétés dont les intérêts peuvent être touchés par l'exercice du

[942] D. SZYMCZAK, *La Convention européenne des droits de l'homme et le juge constitutionnel national*, Bruylant, 2006, p. 430.

contrôle de constitutionnalité[943]. Par ailleurs, la question de l'existence de liens avec le requérant s'est posée à plusieurs reprises pour les membres du Conseil, ce risque étant supérieur dans le cadre de la QPC[944].

406. En dehors de ces cas classiques, l'étude du régime applicable au juge administratif est riche d'enseignements pour le Conseil. En effet, si les textes législatifs et réglementaires n'établissent pas de liste, ce vide a été comblé par la charte de déontologie des membres de la juridiction administrative. Cette charte n'est pas un texte statique : mise à jour régulièrement, son dynamisme se trouve renforcé par les avis émis par le collège de déontologie dont les principes sont ensuite insérés dans la charte[945].

407. Un des intérêts de cette charte est qu'elle aborde le problème de l'appréhension du risque de partialité dans une optique différente de celle classiquement retenue par les textes : **elle s'intéresse aux causes d'abstention et non de récusation**. Le discours qu'elle délivre est un « *discours de prévention* »[946] et « *de droit souple* »[947] destiné à répandre une culture de la déontologie dans l'ensemble des juridictions administratives.

408. Dans son avant-propos, J.-M. Sauvé, alors vice-président du Conseil d'État, évoque l'esprit de cette charte qui « *tire les conséquences des évolutions de la loi, des attentes de la société à l'égard des juges et des conseillers des pouvoirs publics et des questions nouvelles qui se sont posées ces dernières années* »[948]. La référence aux attentes de la société n'est pas une formule vaine tant la charte ménage une place

---

[943] Voir L. CAPLAN, « Does the Supreme Court Need a Code of Conduct ? », *The New Yorker*, 27 juillet 2015, disponible sur : <https://www.newyorker.com/news/news-desk/does-the-supreme-court-need-a-code-of-conduct>.

[944] Voir par exemple : « Harcèlement sexuel : quatre "sages" connaissaient le requérant », *Le Monde*, 5 mai 2012 : « *En revanche, Jacques Barrot, qui était secrétaire d'État au logement dans le même gouvernement que M. Ducray, a, lui, statué sur la QPC qui a de fait annulé la condamnation de son ancien collègue. Hubert Haenel, qui a lui aussi siégé, était de son côté conseiller pour les questions judiciaires à l'Élysée de 1975 à 1977. Si les membres du Conseil sont impartiaux, ils doivent aussi juridiquement en donner "l'apparence", et faute pour deux d'entre eux de s'être déportés (s'être abstenus de siéger), se pose une nouvelle fois la question de la composition du Conseil. "Les conditions de déport sont très strictes, fait valoir la haute juridiction, la seule question qui se pose, c'est de savoir si les membres ont participé à l'élaboration de la norme, c'est-à-dire le vote de la loi. Ce n'est pas le cas."* ». Pour des développements supplémentaires sur ce cas, voir *infra* §535. L. Fabius s'est récemment déporté du fait de ses liens avec T. Thévenoud qui avait fait partie de son cabinet ministériel (CC, 2018-745 QPC, 23 novembre 2018, *M. Thomas T. et autre [Pénalités fiscales pour omission déclarative et sanctions pénales pour fraude fiscale]*, voir annexe 2).

[945] Du côté des juridictions judiciaires, la jurisprudence du Conseil supérieur de la magistrature « *constitue aujourd'hui un véritable corpus déontologique, référent pertinent et clair de nature à guider le juge* » (G. CANIVET, J. JOLY-HURARD, *La déontologie du magistrat*, *op. cit.*, p. 67).

[946] M. LAVAINE, « Le discours de la déontologie de la juridiction administrative », *Jus Politicum*, n° 18, juillet 2017, p. 364.

[947] *Ibid.*, p. 367.

[948] CONSEIL D'ÉTAT, *Charte de déontologie des membres de la juridiction administrative*, version du 16 mars 2018, p. 10.

importante aux apparences et en particulier à l'apparence d'impartialité des juges administratifs.

409. La charte liste ainsi un certain nombre de causes devant susciter le déport du juge. En dehors des motifs d'ordre privé, d'autres cas sont listés : la participation antérieure aux activités consultatives de la juridiction administrative, l'exercice d'une activité accessoire, l'exercice successif de fonctions au sein de la juridiction administrative, l'exercice passé ou futur de fonctions à l'extérieur de la juridiction administrative et la publication d'un commentaire sur une décision juridictionnelle.

410. Concernant la **participation antérieure aux activités consultatives de la juridiction**, la charte rappelle que l'article R. 122-21-1 du code de justice administrative interdit aux juges du Conseil d'État ayant pris part à la délibération d'un avis de participer au jugement d'un acte pris après cet avis[949]. La charte évoque ensuit **l'exercice de fonctions à l'extérieur de la juridiction administrative** : « *l'exercice antérieur de fonctions revêtant une connotation politique appelle une vigilance particulière et une pratique renforcée d'abstention dans le jugement de litiges présentant avec ces fonctions un lien susceptible d'être perçu comme affectant l'impartialité de la juridiction* »[950]. L'accent est particulièrement mis sur l'apparence d'impartialité : ce qui compte est la *perception* de celle-ci par l'extérieur. Sont cités deux avis du collège concernant l'appartenance passée à un cabinet ministériel[951] et l'exercice passé de fonctions qui, à raison de leur connotation politique, exposent à une forme de notoriété[952].

411. Ainsi, dans la recommandation n° 1-2012 relative à l'appartenance passée à un cabinet ministériel, le collège de déontologie combine plusieurs approches pour déterminer les cas dans lesquels l'abstention est recommandable. D'abord, si le fait d'avoir appartenu à un cabinet ministériel en charge de la fiscalité ne fait pas obstacle à ce que le juge siège en cette matière, le fait **d'avoir eu à connaître un aspect de l'affaire en cause** dans le cadre de ses fonctions ou le fait que l'affaire présente une **importance ou une sensibilité particulière**, peut conduire au déport. Le collège cite alors un exemple : « *il pourrait être délicat de siéger dans des affaires relevant du droit des étrangers après avoir appartenu au cabinet du ministre chargé de*

[949] *Ibid.*, p. 25.
[950] *Ibid.,* p. 28.
[951] Recommandation n° 1-2012 du 4 juin 2012, *Appartenance passée à un cabinet ministériel*.
[952] Avis n° 2013-1 du 1er février 2013, *Exercice passé de fonctions à l'extérieur de la juridiction administrative exposant, à raison de leur connotation politique, à une forme de notoriété*.

l'immigration »[953]. De plus, selon le collège, plus la fonction est **exposée**, plus la vigilance doit être forte. Il cite alors comme exemple de fonction exposée la direction d'un cabinet ministériel.

412. Il y a ici un véritable fossé entre la vision retenue par le collège de déontologie de la juridiction administrative et celle retenue par le Conseil, qui avait rejeté la demande de récusation de P. Steinmetz fondée sur le fait qu'il était directeur de cabinet du Premier ministre à l'époque de l'adoption de la loi contestée. Ce fossé qui s'explique en partie par la nécessité de ne pas paralyser l'exercice de la justice constitutionnelle, suscite néanmoins des interrogations sur la pertinence de l'approche employée par le Conseil.

413. Ensuite, dans son avis du 1er février 2013 relatif à l'exercice de fonctions ayant une connotation politique, le collège se réfère à l'esprit de son avis précédemment évoqué pour appeler à une « *vigilance particulière et une pratique renforcée d'abstention dans le jugement de litiges présentant avec ces fonctions un lien susceptible d'affecter l'image d'impartialité que doit donner la juridiction* ». Le collège tempère cette exigence par la référence à un **délai de cinq ans** écoulé depuis la cessation des fonctions, suffisant à ses yeux pour qu'il n'y ait « *plus d'obligation générale de déport, réserve étant toutefois faite de dossiers présentant un caractère particulier de sensibilité* », c'est-à-dire les cas où la participation du juge à une formation de jugement nourrirait des « *polémiques ou interprétations* », devant alors conduire au déport du juge.

414. L'optique retenue par la charte et le collège de déontologie est celle d'une grande prudence : le juge doit longuement s'interroger sur l'opportunité de son déport, en référer à d'autres autorités et « *Si le doute persiste, celui-ci doit profiter à l'abstention* »[954]. Cette prudence est étendue à la publication de commentaires d'arrêt : « *l'abstention est impérative si le commentaire a comporté un jugement de valeur sur la décision ou une prise de position sur l'affaire* ». En revanche, les commentaires consistant uniquement en un résumé suivi de brèves annotations sont autorisés[955].

---

[953] *Ibid.* Voir aussi : avis n° 2014-4 du 17 avril 2014, *Exercice de fonctions de conseiller municipal délégué en charge de la lutte contre l'immigration illégale*.
[954] CONSEIL D'ÉTAT, *Charte de déontologie des membres de la juridiction administrative*, version du 16 mars 2018, p. 24.
[955] Avis n° 2012-1 du 4 juin 2012, *Publication d'un commentaire sur une décision juridictionnelle*.

415. Force est de constater que **la question des apparences est omniprésente** dans ces textes. L'appréhension du risque de partialité est certainement exemplaire, mais l'on ne peut s'empêcher de remarquer une certaine défiance à l'égard de la capacité du juge à mettre de côté ses préjugés. Le but affiché est clair : renforcer la confiance dans la juridiction administrative. Si une telle démarche est un « *discours de communication à destination des justiciables* »[956] et constitue donc un moyen de légitimation, l'intérêt est loin d'être seulement cosmétique : la question de l'apparence d'impartialité du juge n'est pas une question superficielle parce qu'une plus grande protection des apparences permet effectivement de réduire le risque de partialité.

416. Le contraste est très grand avec ce que nous avons pu observer concernant le Conseil constitutionnel et amène à s'interroger : pourrait-on imaginer un jour un tel niveau d'exigence pour le Conseil ? Faut-il seulement le souhaiter ? Pour tenter de répondre à cette question et avant de céder aux sirènes de la théorie des apparences, il nous faut considérer les spécificités de la justice constitutionnelle.

ii. Prendre en compte les spécificités de la justice constitutionnelle

417. Si l'on devait appliquer les règles de la charte de déontologie de la juridiction administrative au Conseil, cela conduirait tôt ou tard à sa paralysie ou à son fonctionnement sans que le quorum de six membres ne soit atteint[957].

418. Deux éléments spécifiques à la justice constitutionnelle expliquent cela : d'abord les juges **ne peuvent être remplacés**. Ensuite, **les juges ont une carrière passée « exposée »**, aux plus hautes fonctions de l'État. En France, cette exposition conduit déjà les juges à se déporter régulièrement. Si les règles relatives à la juridiction administrative devaient être appliquées au Conseil, cela poserait certainement d'importantes difficultés. Par ailleurs, les deux caractéristiques que nous mentionnons ne sont pas propres au Conseil constitutionnel, les cours constitutionnelles sont toujours composées d'individus ayant réalisé des carrières « exposées », ce qui explique qu'en Allemagne, les dispositions relatives à la Cour prévoient que le seul fait d'avoir participé à l'élaboration de la loi ou d'avoir écrit un article scientifique sur un thème

[956] M. LAVAINE, « Le discours de la déontologie de la juridiction administrative », *op. cit.*, p. 367.
[957] Ce qui s'est déjà produit du fait d'absences et de déports cumulés (voir nos développements sur la collégialité *infra* §744 et s.).

abordé par la Cour ne peut suffire à récuser le juge. La doctrine procède au même constat à l'égard de la Cour suprême américaine :

> Despite these concerns, the unique nature of the Supreme Court cannot be ignored. A more demanding recusal standard is possible at the lower federal court levels precisely because recourse is available – other judges are available to be substituted. At the Supreme Court level, however, precluding Justices from hearing cases for purely remote precautionary reasons, and thereby silencing important voices in the decision-making process, is impolitic, unwise, and counterproductive[958].

Néanmoins, il est reconnu par tous que le niveau d'exposition des juges constitutionnels français est particulièrement fort : « *le Conseil constitutionnel est sans doute la seule cour constitutionnelle en Europe à avoir une teinte politique aussi forte* »[959]. Dès lors, il apparaît qu'une modification de la composition du Conseil serait un levier puissant pour réduire le risque de partialité.

419. Dans tous les cas, si la considération d'apparence d'impartialité doit entrer en ligne de compte pour la composition du Conseil, elle ne doit pas être la seule considération pertinente. C'est d'ailleurs l'approche retenue par la Cour européenne des droits de l'homme[960]. Il ne s'agit pas de chercher à importer un régime d'obligations général et uniforme censé éliminer la partialité du juge. Au contraire, **le terrain propre à chaque contentieux** doit être pris en compte pour aménager les mécanismes dédiés à l'appréhension de la partialité.

420. Sur ce point, sans transposer le régime retenu pour le juge administratif, nous pouvons nous inspirer de la façon dont il vient appréhender le risque de partialité,

---

[958] D. L. BASSETT, « Recusal and the Supreme Court », *op. cit.,* p. 693 (traduction libre : « *Malgré ces préoccupations, la nature unique de la Cour suprême ne peut être ignorée. Une procédure de récusation plus exigeante est possible au niveau des cours fédérales, précisément parce qu'il existe un droit de recours - d'autres juges sont disponibles pour remplacer ceux qui auraient été récusés. Au niveau de la Cour suprême, cependant, interdire aux juges d'être présents à certaines affaires pour des raisons de pure précaution et ainsi faire taire d'importantes voix dans le processus décisionnel est peu judicieux, imprudent et contre-productif* ».

[959] L. FAVOREU, W. MASTOR, *Les cours constitutionnelles*, 2e éd., Dalloz, 2016, p. 53.

[960] Voir sa jurisprudence récente : CEDH, 63246/10, 9 avril 2018, *Nicholas c. Chypre*, §63 : « It cannot be overlooked that Cyprus is a small country, with smaller firms and a smaller number of judges than larger jurisdictions; therefore, this situation is likely to arise more often [...]. The Court has observed in its case-law that complaints alleging bias should not be capable of paralysing a defendant State's legal system and that in small jurisdictions, excessively strict standards in respect of such motions could unduly hamper the administration of justice [...] » (traduction libre : « *Il ne faut pas oublier que Chypre est un petit pays, avec de plus petites entreprises et un plus petit nombre de juges que les grands territoires ; par conséquent, cette situation risque de se produire plus souvent* [...]. *La Cour a fait observer dans sa jurisprudence que les plaintes se fondant sur la partialité d'un juge ne doivent pas avoir pour conséquence de paralyser le système juridique d'un État défendeur et que, dans les petits territoires, des normes excessivement strictes concernant ces requêtes pourraient entraver indûment l'administration de la justice* »).

c'est-à-dire **à travers la pratique**. En l'occurrence, la pratique ne provient pas des avis et recommandations élaborées au cas par cas par un collège de déontologie mais par les motifs des déports des juges.

b. Proposition d'une liste de causes d'abstention

421. Plusieurs raisons nous poussent à privilégier le droit souple dans l'établissement d'une liste de causes d'abstention relative au Conseil constitutionnel (i). De façon pragmatique, nous pourrons ensuite nous fonder sur les motifs récurrents des déports pour élaborer cette liste (ii).

i. Privilégier le droit souple

422. Le grand intérêt du droit souple est la possibilité de préciser certaines obligations. C'est ce que remarque M. Lavaine à propos d'un avis du collège de déontologie de la juridiction administrative évoquant l' « obligation de délicatesse » du juge : « *On peine à trouver un texte de "droit dur" prévoyant une telle obligation, et la définissant* »[961].

423. Parallèlement, l'utilisation du droit souple permet de ne pas placer le juge dans un carcan trop rigide dans une matière qui repose largement sur sa conscience de ses devoirs de juge, ce qui est d'autant plus vrai pour les juges constitutionnels français. De plus, nous avons souligné à quel point la récusation était vécue historiquement comme une atteinte à l'honneur du juge. Cette donnée ne doit pas être sous-estimée : elle est un facteur essentiel dans le succès des mécanismes destinés à appréhender la partialité du juge. L'esprit du droit souple correspond bien à cela : il s'agit d'indiquer au juge les comportements recommandables, opportuns, appropriés, souhaitables... pour reprendre le vocabulaire utilisé par le collège de déontologie de la juridiction administrative[962], c'est-à-dire de faire appel à une « *normativité "feutrée" qui n'oppose pas l'obligation d'un texte, mais suggère l'application de "principes et bonnes*

[961] M. LAVAINE, « Le discours de la déontologie de la juridiction administrative », *op. cit.*, p. 369. L'avis cité est le n° 2016/4 du 17 janvier 2017.
[962] *Ibid.,* p. 368.

pratiques" »[963]. Une telle approche nous semble très compatible avec la culture des cours constitutionnelles.

424. Dans cette optique, cette liste serait, non pas une liste de causes de récusation, mais une liste de **causes d'abstention**, comme c'est le cas pour le juge administratif. Il s'agit bien de mettre l'accent sur la prévention et sur le fait que celle-ci repose essentiellement sur les épaules du juge. De plus, les causes de récusation sont classiquement péremptoires[964], c'est-à-dire qu'à partir du moment où le juge entre dans l'un des cas exposés, il doit impérativement se déporter ou être récusé. La présomption de partialité est infrangible. L'utilisation du droit souple implique une approche différente, reposant *in fine* sur la bonne volonté du juge et donc sur la confiance dans le juge. D'un autre côté, tout ne repose pas sur le juge puisque les commentateurs ne manqueraient pas de relever une absence de déport discutable en se fondant sur la liste de causes d'abstention.

425. Pour procéder à l'élaboration d'une telle liste, nous nous fonderons sur la pratique du déport telle que nous l'avons analysée pour en déduire une liste de causes d'abstention propre au Conseil.

ii. Se fonder sur les motifs récurrents des déports

426. Les déports des juges constitutionnels sont une « unité de mesure » intéressante parce qu'ils présentent un caractère objectif pour l'observateur. En effet, en se déportant, le juge **constate lui-même l'existence d'un risque de partialité**. En cela, le déport est un fait pour nous, une réalité indépendante de nos impressions personnelles[965]. Le déport du juge rend le risque de partialité **certain** à nos yeux. En examinant les motifs des déports récurrents, il est donc possible de dégager une liste de causes d'abstention. Nous nous fonderons sur les déports pour lesquels le motif était le plus évident afin d'éviter au maximum de commettre des erreurs dans notre appréciation du risque[966]. Nous invitons notre lecteur à utiliser les tableaux fournis en

---

[963] *Ibid.*

[964] Nous l'avons souligné précédemment, voir par exemple S. BEN HADJ HAYIA, « Récusation et renvoi », *Répertoire de procédure civile*, juin 2012 (mis à jour en février 2019), 41.

[965] Pour reprendre la définition du terme « objectif » évoquée en introduction et proposée par le Dictionnaire de l'Académie française : « *Qui représente un objet tel qu'il est en réalité, indépendamment de toute impression ou interprétation personnelle. Constat, rapport, récit, compte rendu objectif. Description objective. Preuves objectives, fondées sur des faits et non sur des témoignages ou des impressions* » (« Objectif », *Dictionnaire de l'Académie française*, 9e éd., *op. cit.,* I. 2.).

[966] Les déports n'étant pas motivés, nous nous fondons sur les motifs probables de ceux-ci.

annexe pour plus de précisions sur les motifs des déports. Enfin, nous avons relevé les causes indépendamment de la valeur que nous y accordions personnellement, ce qui compte est le point de vue des juges exprimé à travers leurs déports.

Doit ainsi s'abstenir de siéger le juge qui :
- constate l'existence d'un lien professionnel ou personnel avec une personne directement impliquée dans le procès constitutionnel[967],
- a été à l'initiative de la loi, notamment à travers le dépôt d'une proposition de loi[968],
- a activement participé à la discussion parlementaire concernant la disposition en cause[969], notamment en participant aux travaux en commission[970],
- est l'auteur d'un rapport portant sur le contenu de la disposition contestée[971],
- a déposé un amendement portant sur la disposition contestée[972],
- a contresigné en tant que ministre la loi, dans la matière sur laquelle celle-ci porte[973],
- a rendu un avis consultatif portant sur la disposition contestée[974],
- a rendu une décision de justice portant sur la disposition contestée[975],
- a porté une appréciation en tant qu'expert sur la disposition contestée[976],
- a présidé une institution à laquelle s'intéresse directement la disposition en cause[977],
- a spécifiquement pris parti sur la constitutionnalité de la disposition contestée, par exemple dans la presse[978].

[967] R. Badinter pour la décision n° 92-316 DC. G. Canivet pour la décision n° 2015-506 QPC. A. Juppé pour la décision n° 2019-783 QPC. L. Fabius pour la décision n° 2018-745 QPC.
[968] H. Haenel pour les décisions n° 2010-613 DC ; 2011-193 QPC ; 2013-322 QPC ; 2014-414 QPC. F. Pillet pour la décision n° 2019-780 DC.
[969] P. Mazeaud pour la décision n° 98-399 DC. M. Charasse pour les décisions n° 2010-4/17 QPC ; 2010-29/37 QPC ; J.-J. Hyest pour les décisions n° 2016-573 QPC ; 2017-625 QPC.
[970] M. Charasse pour la décision n° 2013-355 QPC. F. Pillet et J. Mézard pour les décisions n° 2019-778 DC et 2019-779 DC. J. Mézard pour les décisions n° 2019-783 DC et 2019-784 DC.
[971] J.-J. Hyest pour les décisions n° 2016-565 QPC ; 2016-570 QPC ; 2016-573 QPC ; 2017-625 QPC ; 2018-706 QPC. R. Denoix de Saint Marc pour les décisions n° 2014-432 QPC ; 2014-450 QPC. G. Canivet pour les décisions n° 2012-646 DC et 2014-393 QPC. H. Haenel pour la décision n° 2010-621 DC.
[972] M. Charasse pour les décisions n° 2011-118 QPC ; 2018-701 QPC. J.-J. Hyest pour la décision n° 2016-570 QPC.
[973] M. Charasse pour les décisions n° 2010-44 QPC ; 2010-88 QPC ; 2010-99 QPC ; 2011-121 QPC ; 2011-220 QPC ; 2018-731 QPC. J.-L. Debré pour la décision n° 2014-439 QPC. J. Barrot pour la décision n° 2011-111 QPC.
[974] On ne citera pas de décision à l'appui, peu d'avis sont publiés et l'on ne peut que supposer que R. Denoix de Saint Marc s'est déporté dans certaines décisions de ce fait (n° 2010-78 QPC).
[975] G. Canivet pour la décision n° 2010-2 QPC.
[976] G. Canivet pour la décision n° 2012-228/229 QPC. N. Maestracci pour la décision n° 2014-696 DC.
[977] M. Pinault pour les décisions n° 2016-572 QPC ; 2017-634 QPC ; 2017-646/647 QPC.
[978] G. Vedel pour la décision n° 82-146 DC.

427. Cette liste fondée sur la pratique montre que les juges constitutionnels sont sensibles à la question des apparences. S'ils ont peut-être ressenti *en conscience* le besoin de se déporter dans ces cas, il est fort probable que le point de vue de l'observateur extérieur ait guidé leur pratique et la guide de plus en plus, comme nous l'avons relevé concernant J. Mézard et F. Pillet[979].

428. Ensuite, l'intérêt de cette liste tirée de la seule pratique est qu'elle ne distingue pas entre appréciation en droit et en politique : elle ne place pas le parti pris « en droit », supposément objectif, au-dessus du parti pris politique. C'est une approche pragmatique : les règles sont directement tirées de la pratique des juges, indifféremment de leur carrière. C'est ainsi que fonctionnent les codes de déontologie, toujours plus nombreux :

> *Ce mouvement normatif concrétise la déontologie, qui ne se définit plus uniquement dans l'abstrait, par l'affirmation de principes et de valeurs d'aspiration morale, mais vise aussi des règles précises de comportement, des cas concrets couramment rencontrés par les professionnels dans l'exercice de leur métier*[980].

On remarquera également que, la plupart du temps, n'est pas visée la loi mais la disposition contestée, car les lois peuvent contenir des dispositions variées et le contrôle de constitutionnalité ne concerne que certaines dispositions à chaque fois. Ce serait céder à une exigence d'impartialité apparente trop forte que d'exiger plus. Enfin cette liste ne saurait être limitative, puisque doit toujours être laissée une place à l'appréciation du juge et à la survenance de situations inédites.

429. Enfin certaines précisions doivent être apportées concernant la situation où le juge rend un avis ou une décision sur la disposition en cause **dans le cadre de ses fonctions de juge constitutionnel**. Les membres du Conseil ne se sont jamais déportés pour ce motif. Néanmoins, la situation mérite d'être examinée, puisqu'elle serait visée par la liste proposée.

430. Un tel cas s'est par exemple produit en 1962 lorsque le Conseil rendit son avis officieux sur le projet de loi référendaire puis se prononça ensuite sur la

---

[979] Voir aussi comment L. Fabius expliqua le déport d'A. Juppé pour la décision n° 2019-783 QPC : « *L'un de nos collègues, Alain Juppé, a choisi de se "déporter", selon le terme juridique qui convient. La justice ne doit pas seulement être impartiale, elle doit être perçue comme impartiale* » (C. LHAÏK, E. MANDONNET, « Interview de Laurent Fabius : "Nous rendons des décisions, pas des services" », *L'express*, 5 juin 2019).

[980] G. CANIVET, J. JOLY-HURARD, *La déontologie du magistrat*, *op. cit.*, p. 10.

constitutionnalité de la loi référendaire relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel. La situation peut placer le Conseil dans une situation inconfortable, comme le notait J. Gilbert-Jules en 1962 :

> *Le Conseil a décidé par sept voix contre deux et une abstention d'émettre des observations sur la constitutionnalité du référendum. Ensuite, il a décidé de veiller néanmoins à la régularité des opérations. Il sera dans une position inconfortable si, après avoir proclamé les résultats, il est saisi sur la base de l'article 61*[981].

Une telle situation pourrait aussi se produire si le Conseil était consulté pour la mise en œuvre de l'article 16 de la Constitution puis était saisi d'une QPC portant sur une disposition législative prise sur ce fondement. Rappelons que depuis 2008, les conseillers d'État ne doivent plus exercer successivement des fonctions consultatives puis contentieuses pour un même acte[982]. Selon cette logique, si le Conseil se prononçait par exemple sur le principe du recours à l'article 16, il ne pourrait ensuite juger de la constitutionnalité de dispositions législatives prises sur ce fondement.

431. La Cour européenne des droits de l'homme a notamment estimé à propos du Conseil d'État français que ce type de cumul ne pose des difficultés qu'à partir du moment où il entraîne un « préjugement » créant un doute sur l'impartialité objective des juges[983]. Le fait que les juges ayant été consultés soient les mêmes que ceux statuant au contentieux est important[984]. En outre, la Cour s'interroge sur le fait de savoir si la question examinée dans le cadre des attributions contentieuses est analogue à celle examinée dans le cadre des attributions gracieuses[985]. Il faut ici imaginer le cas où le Conseil rend un avis négatif sur l'utilisation de l'article 16, puis doit ensuite se prononcer, quelques jours ou quelques mois plus tard, sur la constitutionnalité de dispositions prises sur ce fondement dans le cadre d'une QPC : les juges étant les mêmes, il peut y avoir un problème d'impartialité apparente dans cette situation. Cette logique a cependant des effets désastreux puisqu'elle aboutit à disqualifier l'un des seuls contrôles existant sur la mise en œuvre de l'article 16. En de telles circonstances, l'exigence d'impartialité doit être questionnée puisqu'elle conduit le Conseil à ne pas exercer sa mission de gardien de la Constitution. D'un autre côté, l'apparence

[981] J. BONNET *et al*., *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel...*, *op. cit.*, p. 112.
[982] Art. R122-21-1 CJA.
[983] CEDH, 65411/01, 9 février 2007, *Sacilor Lormines c. France*, §71.
[984] *Ibid.*, §72.
[985] *Ibid.,* §73.

d'impartialité n'est-elle pas particulièrement importante dans ces circonstances exceptionnelles ?

432. La question du réexamen d'une disposition législative par le Conseil suite à un changement des circonstances[986] se pose en des termes similaires. En effet, il peut arriver que les juges constitutionnels réexaminent des dispositions qu'ils avaient examinées dans le cadre du contrôle *a priori*. La doctrine ne s'est pas penchée sur cette question particulière et cela se comprend : à partir du moment où le juge admet qu'il y a un changement dans les circonstances, il admet d'examiner la disposition en cause avec un œil neuf. De plus, disqualifier les juges constitutionnels pour ce motif pourrait entraîner la paralysie du Conseil. Il serait alors possible d'estimer que l'exigence d'impartialité doit être limitée au nom de l'accomplissement de la justice constitutionnelle (c'est la doctrine du *duty to sit*[987]).

433. Cependant, dans les deux cas envisagés, il est aussi possible d'estimer qu'il existe une incompatibilité structurelle entre la justice constitutionnelle française composée de neuf juges irremplaçables et l'exigence d'impartialité. Pourquoi ne pas envisager dans ces conditions la mise en place d'une seconde chambre et l'augmentation du nombre de juges, sur le modèle allemand ? Une telle organisation présenterait aussi d'autres avantages, comme de permettre qu'un juge absent soit remplacé[988].

434. Globalement, la mise en place d'une liste de causes d'abstention fournirait aux juges **des critères pour apprécier leur partialité**, que ce soit dans le cadre du contrôle *a priori* ou de la QPC. Les juges pourraient en faire usage à titre individuel ou en concertation avec le président du Conseil et le service juridique, lorsqu'ils envisagent de se déporter. Le collège pourrait aussi s'appuyer sur cette liste en cas de demande de récusation. Cependant, au-delà de cette possibilité, ne faut-il pas directement agir sur l'origine du risque, c'est-à-dire modifier la composition du Conseil ?

[986] Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958, art. 23-2, 2°.
[987] Voir *infra* §745 et note correspondante.
[988] Comme c'est le cas en Allemagne, voir *infra* §750.

B. Agir sur l'origine du risque ? La composition du Conseil constitutionnel

435. Nos recherches montrent que les juges qui ont été parlementaires ou membres du gouvernement se déportent plus souvent que les juges ayant mené une carrière principalement juridique. Ainsi, entre 2010 et 2019, sur un total de 87 déports dans le cadre de la QPC, 61 provenaient de membres ayant été parlementaire et/ou ministre, tandis que 26 étaient le fait de membres n'ayant pas exercé ces fonctions, soit un rapport 70 - 30%.

436. Ce constat doit cependant être relativisé au vu du nombre total de déports par an qui est d'environ dix[989]. Ensuite, parmi les juges ayant été parlementaires ou ministres, le nombre de déports varie fortement d'un individu à l'autre. Nous pouvons ainsi constater en examinant les tableaux fournis en annexe qu'il n'y a aucune uniformité dans la pratique du déport chez les anciens politiques car les motifs du déport sont **propres à chaque juge**. Par exemple, J.-J. Hyest qui se déporta pour 6 décisions fut un sénateur très actif, notamment en présidant la commission des lois. H. Haenel était quant à lui particulièrement engagé en faveur de sa région. M. Charasse s'est déporté plus que tout autre juge, à 26 reprises, principalement du fait de son implication en matière fiscale, à la fois en tant que ministre et en tant que sénateur, mais aussi du fait des pressions exercées par le président du Conseil sur ce dernier[990]. À l'inverse, L. Jospin ne s'est déporté qu'une fois en quatre ans, sans doute du fait d'une carrière politique achevée treize ans avant son entrée au Conseil. La pratique du déport reflète des parcours individuels très différents les uns des autres, bien que ces membres du type « politique » aient tous été ministres ou parlementaires.

437. Les juristes se déportent aussi, même si c'est dans une moindre mesure. Le point commun des juristes s'étant le plus déportés est d'avoir chacun exercé les fonctions les plus élevées de leur ordre de juridiction : R. Denoix de Saint Marc a été vice-président du Conseil d'État et G. Canivet premier président de la Cour de cassation. Ces fonctions ont amené ces juges à prendre parti publiquement sur la loi, en

[989] Nous verrons en examinant les taux de présence des juges que ce ne sont pas les déports, en eux-mêmes, qui portent véritablement atteinte à la collégialité, voir *infra* §745 et s.
[990] M. Debré nous a expliqué avoir exigé de M. Charasse qu'il se déporte à de nombreuses reprises pour préserver les apparences. Il se déporta lui-même à plusieurs reprises au nom des apparences (entretien du 29 janvier 2020).

participant notamment aux phases préparatoires à l'élaboration de celle-ci, sur la demande du politique. L'on peut en déduire, ainsi que de la pratique des juges issus du monde politique, que les déports sont souvent motivés par la volonté de préserver l'impartialité apparente du Conseil : c'est la publicité du parti pris qui motive, dans un grand nombre de cas, le déport. La pratique des autres juristes est nettement plus discrète, montrant que malgré leur haut niveau de qualification, ils étaient plus éloignés de la réalisation de la loi, tout du moins en apparence. Est-ce à dire que MM. Canivet et Denoix de Saint Marc, en se déportant plus que d'autres juges, n'avaient pas leur place au Conseil ? Une telle question montre les limites de notre raisonnement fondé sur la pratique du déport comme révélateur du risque de partialité.

438. En effet, notre démarche ne peut prétendre rendre effectivement compte de la partialité du juge mais uniquement de sa partialité apparente, telle qu'elle transparaît à l'extérieur. Dès lors que le parti pris n'est pas public, le juge n'est pas poussé à se déporter. Il n'est donc pas certain que les juges qui n'évoluent pas dans la sphère publique soient « plus » impartiaux que les autres. C'est toute la complexité de la question de la composition du Conseil : au-delà de la critique adressée aux politiques, le juge constitutionnel idéal n'existe pas.

439. Il est donc délicat de prôner, sur le fondement de l'existence d'un risque de partialité lié à la carrière passée des juges, la modification de la composition du Conseil. À notre sens l'argument reposant sur la pratique du déport est insuffisant : à lui seul, il n'est pas probant. Dès lors, il nous semble plus pertinent de compléter le dispositif existant par le biais de la déontologie. Nous plaiderons également pour une modification de la composition du Conseil dans la partie II, mais pour d'autres motifs.

Conclusion du Chapitre II

440. L'influence de la QPC a entraîné chez les juges constitutionnels une conscience plus aiguë de leur obligation d'impartialité et de la nécessité d'assurer l'impartialité apparente du Conseil. De ce fait, ils se déportent plus souvent depuis 2010 dans le cadre du contrôle *a priori* alors même que le mécanisme du déport n'a pas été formalisé dans ce cadre. Une formalisation du mécanisme reste pourtant nécessaire afin d'harmoniser les contrôles *a priori* et *a posteriori* et ainsi mieux appréhender le risque de partialité.

441. Dans le cadre de la QPC, l'on ne peut que constater les limites de la récusation, mais aussi sa nécessité en tant que maillon d'une chaîne permettant d'appréhender le risque de partialité lié à la vie passée des juges : la simple existence du mécanisme incite les juges à mieux prendre en compte le point de vue de l'observateur extérieur. Le mécanisme du déport a ensuite été formalisé avec l'entrée en vigueur de la QPC et une pratique dynamique du déport s'est mise en place dans ce cadre. Néanmoins, et malgré l'intervention potentielle du président du Conseil et du service juridique, l'encadrement textuel de ce mécanisme reste minimal, ce qui a pu conduire certains juges à siéger alors qu'ils auraient dû, à notre avis, se déporter.

442. Si la liberté dont disposent les juges constitutionnels dans l'évaluation du risque de partialité est nécessaire, elle traduit en même temps une vision idéalisée du juge, qui doit être dépassée. Pour cette raison, et pour pallier les faiblesses de la récusation, il est possible d'adopter une perspective élargie et de considérer la mise en place d'une liste de causes de récusation, ou plutôt d'abstention dans une perspective déontologique. Cette liste, fondée sur les motifs récurrents des déports, pourrait être calquée sur la pratique des juges. Une telle liste pourrait encadrer de façon souple la pratique du déport, mais aussi être invoquée par les parties souhaitant demander la récusation d'un juge et utilisée par les juges lorsqu'ils examinent une demande de récusation.

Conclusion du Titre II

443. Les juges constitutionnels français sont tous dotés d'une « vie antérieure » précédant leur entrée au Conseil. Durant cette vie antérieure, les juges ont pu prendre parti sur des questions qui seront ensuite portées à la connaissance du Conseil. Cette situation n'est pas spécifique à la France : tout juge constitutionnel est doté d'une vie antérieure et aux États-Unis, il est même possible, grâce à la publication des opinions des juges, de se former une idée très précise de leur « judicial philosophy »[991]. Concernant le Conseil, les mécanismes du déport et de la récusation permettent actuellement, dans une certaine mesure, de mettre en échec le risque de partialité lié à cette vie antérieure. L'approche actuelle du Conseil, qui repose sur la confiance dans les juges, pourrait néanmoins être largement approfondie par le biais de règles de déontologie venant épauler ces derniers dans leur pratique du déport.

444. Quant au risque de partialité lié à la tentation pour les juges de mener une double vie concomitante à leur vie de juges constitutionnels, une évolution remarquable s'est dessinée depuis 1958 : alors que la fonction de juge constitutionnel était au départ conçue comme accessoire, c'est aujourd'hui une fonction à plein temps, ce dont témoignent les évolutions du statut. Le risque de partialité est plutôt bien appréhendé de ce point de vue, mais certains efforts restent possibles. Nous poursuivrons la réflexion sur ce point dans le chapitre dédié à l'indépendance des juges, concernant les conflits d'intérêts.

[991] Voir, concernant la juge Amy Coney Barrett, le récapitulatif de sa philosophie judiciaire par le New York Times : A. LIPTAK, « Barrett's Record : A Conservative Who Would Push the Supreme Court to the Right », *The New York Times,* 15 octobre 2020, disponible sur : <https://www.nytimes.com/article/amy-barrett-views-issues.html>.

Conclusion de la Partie I

445. En prenant la mesure du risque de partialité tant lié à la liberté des juges qu'à leur double vie, il apparaît que certaines caractéristiques du contrôle de constitutionnalité jouent de façon déterminante sur l'étendue de ce risque. Ainsi, la liberté d'interprétation et d'appréciation du juge constitutionnel est nécessairement très importante, tandis que les juridictions constitutionnelles sont toujours composées de juges « *ayant consacré leur carrière à la loi ou à la Constitution* »[992], ce qui implique qu'ils ont pu prendre parti sur la constitutionnalité de la loi avant leur entrée en fonction. Alors qu'il est difficile d'agir directement sur ces caractéristiques, sauf à remettre en cause le principe même de la justice constitutionnelle, il est cependant possible de mieux appréhender le risque de partialité propre à la justice constitutionnelle. Pour le Conseil constitutionnel, cela signifie en particulier une approche plus déontologique des règles encadrant le déport ainsi qu'une harmonisation de ces règles entre le contrôle *a priori* et la QPC.

446. Néanmoins, les éléments de contrainte, de prévention et de sanction permettant de limiter le risque de partialité n'ont pas d'impact sur l'impartialité en tant que qualité positive : ils n'ont pas pour fonction de protéger la liberté de réflexion du juge. Par exemple, le mécanisme de la récusation permet de faire échec à la partialité du juge, mais ne protège en aucune manière son impartialité en tant que forme de liberté. C'est pourquoi, afin de compléter notre analyse de l'impartialité du Conseil constitutionnel, nous examinerons dans une deuxième partie les principes et mécanismes ayant pour objet de protéger et d'aménager l'impartialité des juges constitutionnels en tant que liberté de réflexion devant être préservée jusqu'au terme de la délibération.

[992] Ainsi que le note P. Deumier : « *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* » (P. DEUMIER, « Le Conseil constitutionnel, juridiction impartiale et indépendante ? », *Revue trimestrielle de droit civil*, 2012, p. 481).

PARTIE II. L'IMPARTIALITÉ RECHERCHÉE

Mais jamais, jamais les hommes ne s'étaient crus aussi intelligents et aussi inébranlables dans leur vérité que l'étaient ces condamnés. Jamais ils n'avaient considéré comme plus inébranlables leurs jugements, leurs déductions scientifiques, leurs principes moraux et leurs croyances. Des villages entiers, des villes, des peuples entiers étaient contaminés et devenaient la proie de la folie. Tous étaient affolés et ne se comprenaient plus, chacun croyait posséder seul la vérité et souffrait en regardant les autres, se frappait la poitrine, pleurait et se tordait les mains. On ne savait qui ni comment juger, on ne pouvait s'entendre sur ce qu'il fallait considérer comme le bien et sur ce qui était le mal. On ne savait qui accuser, qui absoudre. Les hommes s'entre-tuaient dans une haine absurde[993].

447. Dostoïevski décrit dans cette angoissante tirade une forme extrême de partialité, où chacun est persuadé de détenir la vérité en toutes choses. Inébranlables dans leurs convictions, les individus deviennent sourds à toute autre forme de vérité que la leur, ce qui les rend incapables de comprendre le monde qui les entoure. Ils en deviennent incapables de juger. L'impartialité est en effet, comme le formule l'ancien président du Conseil J.-L. Debré, l'ouverture à la « *vérité des autres* »[994]. Le juge partial est celui qui a pris parti de façon prématurée, tandis que le juge constitutionnel impartial est celui qui n'a pas pris parti *a priori* et qui a donc a conservé sa liberté de réflexion jusqu'au terme de la délibération.

448. Si une telle attitude d'ouverture dépend en premier lieu de la volonté du juge, certains mécanismes propres à la fonction juridictionnelle ont pour fonction de protéger et d'aménager cette qualité. Il nous faut toutefois rappeler que ces mécanismes protecteurs ont aussi un impact sur le risque de partialité : s'ils sont défectueux, alors le risque de partialité augmente nécessairement. Nous continuerons donc d'évoquer le risque de partialité à travers les failles que nous constaterons dans le fonctionnement des mécanismes existants.

449. Ainsi, alors que les principes de compétence, du contradictoire et de collégialité permettent d'entretenir la réflexion du juge, de « *maintenir le doute*

[993] F. M. DOSTOÏEVSKI, *Crime et châtiment*, Le Livre de Poche, 2018, p. 667.
[994] J.-L. DEBRE, *Ce que je ne pouvais pas dire..., op. cit.*, p. 25, 185, 212, 269.

continuellement suspendu »[995], l'indépendance et le secret protègent ce processus de réflexion contre les perturbations extérieures. La mise en œuvre de ces principes et mécanismes se heurte cependant à de nombreux défis. L'impartialité est sans conteste une qualité recherchée par le Conseil constitutionnel, à travers la mise en œuvre, dans le cadre des contrôles *a priori* et *a posteriori*, de ces principes venant protéger et aménager l'impartialité des juges constitutionnels, mais cette recherche se heurte à de nombreuses résistances : le Conseil constitutionnel reste un juge **aux qualités fragiles** (Titre I), tandis que le procès constitutionnel est toujours **en construction** (Titre II).

[995] B. LATOUR, *La fabrique du droit : une ethnographie du Conseil d'État*, La Découverte, 2002, p. 223 : « *Nous allons découvrir par quelle accumulation de microprocédures on parvient à produire du détachement et à maintenir le doute continuellement suspendu* ».

TITRE I. UN JUGE AUX QUALITÉS FRAGILES

Ainsi, la démocratie est fondamentalement ce droit à un juge indépendant, impartial et compétent. Un juge qui donne à la norme sa signification et à la règle de droit sa sanction[996].

Le statut des juges tend à assurer la compétence, l'indépendance et l'impartialité que toute personne attend légitimement des juridictions et de chacun et chacune des juges auxquels est confiée la protection de ses droits. Il exclut tout dispositif et toute procédure de nature à altérer la confiance en cette compétence, cette indépendance et cette impartialité[997].

450. Contrairement aux qualités du procès qui ont fait l'objet d'une importante rénovation dans le cadre de la QPC, la protection des qualités du juge que sont l'indépendance et la compétence n'a pas évolué en 2010. Si l'indépendance des juges constitutionnels est une qualité protégée depuis 1958 par le biais d'un statut offrant de solides garanties, ce statut d'indépendance se heurte à certaines limites. Le Conseil constitutionnel reste notamment conçu comme un organe dont la légitimité est inférieure à celle des organes politiques. Cette conception qui place, dans une certaine mesure, la raison d'État au-dessus de l'État de droit, constitue un frein au plein exercice par le Conseil de son pouvoir et à la mise en œuvre de rénovations structurelles nécessaires à l'impartialité des juges. L'indépendance du Conseil est une qualité **qui doit être renforcée** (Chapitre I), tandis que la compétence des juges, essentielle à leur impartialité, a toujours été et reste à ce jour **précairement assurée** (Chapitre II).

[996] T.-S. RENOUX, « Le statut des magistrats, garant de la démocratie », *Petites affiches*, n° 121, 18 juin 2003, p. 4 : « *De technique de gestion des conflits, la démocratie est ainsi devenue synonyme de liberté. Le formel se mute en substantiel. Hannah Arendt souligne en ce sens que la démocratie c'est "le droit à avoir des droits", affirmation sans portée si ces droits n'étaient point effectifs* ».
[997] Charte européenne sur le statut des juges, Conseil de l'Europe, 8-10 juillet 1998, art. 1.1.

Chapitre I. Une indépendance à renforcer

451. Nous nous distinguerons du travail de J. Thomas, réalisé il y a quelques années[998], en retenant une définition plus restrictive de la partialité du juge que cet auteur[999]. Ainsi, nous nous intéresserons à l'indépendance du juge constitutionnel au sens étroit du terme, c'est-à-dire uniquement à la « *situation d'un organe public auquel son statut assure la possibilité de prendre ses décisions en toute liberté et à l'abri de toutes instructions et pressions* »[1000]. Autrement dit, nous examinerons l'existence de **liens de soumission** entre le Conseil et d'autres entités ou personnes, tandis que J. Thomas examine plusieurs types de contraintes n'ayant pas pour conséquence nécessaire de conduire le juge à prendre parti de façon prématurée, par exemple la dépendance du Conseil à l'égard de la loi ou de la saisine[1001].

452. Les textes relatifs au Conseil constitutionnel prévoient un certain nombre de mécanismes visant à éviter que se créent ou subsistent des liens de soumission entre les juges constitutionnels, les autres pouvoirs publics et des parties. Si ces garanties classiques d'indépendance sont fortes (Section I), la protection offerte par le statut se heurte à certaines limites (Section II).

Section I. Des garanties classiques d'indépendance fortes

453. Le statut constitue le moyen classique de protéger l'indépendance du juge. C'est l' « *ensemble des dispositions législatives ou réglementaires qui définissent les droits et devoirs d'une collectivité, d'un corps* »[1002]. Par exemple, l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 *portant loi organique relative au statut de la magistrature* contient un certain nombre de ces dispositions : inamovibilité, serment, incompatibilités, droits en matière syndicale, protection contre les menaces, régime de responsabilité, conditions de recrutement, formation, rémunération, avancement, discipline, détachement, cessation des fonctions... Ce sont toutes les dispositions venant organiser, encadrer et protéger les fonctions du magistrat.

---

[998] J. THOMAS, *L'indépendance du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*
[999] *Ibid.,* p. 223-286. Nous avons évoqué ce point en introduction générale, §23-24.
[1000] « Indépendance », G. CORNU (dir.), ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*
[1001] J. Thomas examine par exemple la dépendance à l'égard de la loi ou de la saisine.
[1002] « Statut », *TLFI*, *op. cit.,* A.2.

454. Un grand nombre de ces droits et devoirs a pour effet de protéger l'indépendance du juge. Ainsi, le caractère non renouvelable du mandat, l'inamovibilité et les incompatibilités empêchent la création de liens de soumission avec les pouvoirs exécutif et législatif, en particulier les autorités de nomination. Quant aux parties, ce sont le déport et la récusation qui vont agir à titre principal. Dans cette hypothèse, le lien n'est pas rompu : le juge s'écarte ou est écarté du procès à raison de ce lien.

455. L'indépendance est autant une qualité individuelle que collective : elle concerne aussi bien le montant du traitement accordé aux juges que l'autonomie financière de l'institution elle-même. Dès lors, nous distinguerons les dispositions relatives à la protection de l'indépendance des juges à titre personnel (§I) de celles relatives à la protection de l'indépendance organique du Conseil (§II).

§I. Les dispositions protégeant l'indépendance personnelle des juges constitutionnels

456. Ayant déjà évoqué, parfois longuement, certaines dispositions, nous renvoyons notre lecteur à nos développements précédents[1003] pour nous focaliser sur l'impact de ces mécanismes sur l'indépendance du juge. Certains mécanismes s'imposent aux autorités de nomination (A) et d'autres au juge lui-même (B).

A. Les dispositions s'imposant aux autorités de nomination

457. Ainsi que l'énonçait C. Eisenmann,

> *L'indépendance – qualité juridique – ne tient pas tant au mode de nomination qu'au statut des juges une fois nommés : ce qui importe – même s'ils sont désignés (ce qu'on ne pourra pas toujours, peut-être jamais, éviter) par un organe politique, Parlement ou chef de l'État – c'est qu'ils échappent à toute influence de l'autorité qui les a choisis, qu'ils n'aient plus rien à craindre ni à attendre d'elle*[1004].

Le processus de nomination des juges constitutionnels est un processus politique. Ceci vrai pour le Conseil mais aussi pour les autres cours constitutionnelles, par exemple en Espagne où la nomination des nouveaux magistrats proposés par les chambres fait

[1003] Voir *supra* §277 et s.
[1004] C. EISENMANN, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour..., op. cit.*, p. 176-177.

l'objet d'accords entre les partis[1005]. Les juges constitutionnels français sont nommés par les plus hautes autorités politiques de l'État et l'on pourrait craindre pour l'indépendance de juges nommés par de telles autorités. Néanmoins, si la nomination est politique, les liens avec l'autorité de nomination sont rompus par le biais de plusieurs mécanismes, en particulier la règle de l'inamovibilité (1) et le caractère non renouvelable du mandat[1006] (2).

1. L'inamovibilité

458. La première garantie d'indépendance est l'inamovibilité du juge. « *Corollaire* »[1007] de l'indépendance des juges, cette règle empêche que soit mis fin aux fonctions d'un juge de façon prématurée, ce qui évite l'existence d'un lien de soumission entre le juge et une autre autorité, en particulier son autorité de nomination.

459. En France, l'inamovibilité n'est pas explicitement garantie pour les juges constitutionnels puisqu'elle doit être déduite des dispositions relatives à la démission d'office[1008]. La démission d'office d'un juge ne peut être prononcée que par le Conseil lui-même pour les motifs énumérés par les textes : une incompatibilité ou la perte des droits civils et politiques en vertu de l'article 10 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 et le non-respect des obligations prévues par le décret du 13 novembre 1959, c'est-à-dire l'obligation de réserve et le devoir de s'abstenir de tout ce qui pourrait compromettre l'indépendance et la dignité des fonctions[1009]. Ces dispositions signifient que seul le Conseil est susceptible de démettre de ses fonctions l'un de ses membres, dans un certain nombre de cas limités.

460. L'inamovibilité des juges constitutionnels n'est donc pas explicitement prévue mais il n'est pas rare qu'il en soit ainsi. Par exemple en Allemagne,

---

[1005] Voir pour un compte rendu récent de ces enjeux O. LECUCQ, H. ALCARAZ, « Droit constitutionnel étranger : Espagne », *RFDC,* 2019/1, n° 117, p. 224-225. Cette approche est conforme à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH, 65411/01, 9 novembre 2006, *Sacilor Lormines c. France*, §67 : « *Au surplus, la Cour rappelle que la seule nomination de magistrats par un membre de l'exécutif mais aussi par le Parlement ne crée pas pour autant une dépendance à leur égard si une fois nommés, ces magistrats ne reçoivent ni pressions ni instructions dans l'exercice de leurs fonctions juridictionnelles* [...] »).

[1006] Pour l'examen de l'impact du contrôle parlementaire des nominations, voir nos développements sur la compétence des juges, *infra* §551 et s.

[1007] Décision *Sacilor Lormines c. France* précitée, §67 : *« De même, si d'une manière générale on doit considérer l'inamovibilité des juges en cours de mandat comme corollaire de leur indépendance, l'absence de consécration expresse en droit n'implique pas en soi un défaut d'indépendance du moment qu'il y a reconnaissance de fait et que les autres conditions nécessaires se trouvent réunies ».*

[1008] Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958, art. 10.

[1009] Pour l'analyse de ces dispositions, voir *supra* §313 et s.

l'inamovibilité se déduit du §105 de la loi relative à la Cour constitutionnelle fédérale habilitant le Président fédéral à mettre un juge de la Cour à la retraite dans des hypothèses délimitées : en présence d'une incapacité permanente, d'un acte déshonorant ayant conduit à la condamnation définitive à une peine privative de liberté supérieure à six mois ou d'un manquement grave aux devoirs rendant le maintien en fonction impossible[1010]. En France, les magistrats des comptes et les magistrats judiciaires du siège sont expressément inamovibles[1011]. Les textes garantissent aussi l'inamovibilité des juges des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel[1012], tandis que les membres du Conseil d'État bénéficient d'une inamovibilité de fait[1013].

461. L'importance de cette règle n'est plus à démontrer, le pouvoir exécutif pouvant être largement tenté d'y porter atteinte. Un exemple récent est celui de la Cour suprême polonaise, qui fit l'objet d'une loi abaissant l'âge de la retraire de 70 à 65 ans, ayant pour conséquence de démettre de leurs fonctions environ un tiers des juges de la Cour. Face à la résistance des juges qui continuèrent de siéger en invoquant le respect de la Constitution[1014] et surtout suite à la condamnation de la Pologne par la CJUE[1015], le pouvoir exécutif fit marche arrière. En France, si l'on en croit J.-L. Debré, N. Sarkozy aurait cherché à contourner cette règle afin de démettre le président en exercice de ses fonctions, sans succès[1016].

462. Le statut d'inamovibilité applicable aux juges constitutionnels français n'est cependant pas exempt de critique. Comme toute règle, en particulier non écrite, l'inamovibilité des juges trouve ses limites dans la pratique. Ainsi, D. Mayer

---

[1010] (Allemagne) Loi relative à la Cour constitutionnelle fédérale dans sa version résultant de la notification du 11 août 1993, modifiée en dernier lieu par l'article 2 de la loi du 8 octobre 2017, §105.
[1011] Art. L. 120-1 code des juridictions financières ; Ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1959 *portant loi organique relative au statut de la magistrature*, *JORF* du 23 décembre 1958, p. 11556, art. 4.
[1012] Art. 231-3 CJA.
[1013] Elle a été reconnue par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Sacilor Lormines* précitée, §65 : « *L'inamovibilité des membres du Conseil d'État n'est pas prévue par les textes mais se trouve garantie en pratique tout comme est assurée leur indépendance par des usages anciens tels que la gestion de l'institution par le bureau du Conseil d'État, sans ingérences extérieures, (pas de soumission hiérarchique au ministre de la justice à la différence des magistrats du parquet) ou l'avancement à l'ancienneté, garant de l'autonomie tant à l'égard des autorités politiques qu'à l'égard des autorités du Conseil d'État elles-mêmes (ibid, §§ 31 - 35). A cela s'ajoute, l'obligation de réserve dans l'action et l'expression publique des membres du Conseil d'État (article L. 131-3 du CJA, paragraphe 34 ci-dessus)* ».
[1014] Voir J. IWANIUK, « La Cour suprême polonaise entre en résistance », *Le Monde,* 5 juillet 2018.
[1015] Voir notamment CJUE ordo., C-619/18 R, 19 octobre 2018, *Commission européenne c. République de Pologne* ; CJUE grande chambre, C-619/18, 24 juin 2019, *Commission européenne c. République de Pologne.*
[1016] J.-L. DEBRE, *Ce que je ne pouvais pas dire*, *op. cit.*, p. 65 : « *l'Élysée a "consulté" un professeur de droit afin de savoir si l'on pouvait "débarquer" le président du Conseil d'une façon ou d'une autre, et l'obliger à remettre en cause son mandat de président au bout de trois ans* ».

démissionna de ses fonctions de président du Conseil en 1986, tout en restant membre jusqu'en 1992, laissant la position libre pour R. Badinter. D. Rousseau relate cet épisode qui avait conduit M. Duverger à estimer qu'était mise en cause l'indépendance de l'institution[1017] alors que des pressions auraient été exercées sur D. Mayer afin qu'il démissionne de la présidence. Le professeur Rousseau remarque à ce propos qu'il est peu probable que D. Mayer ait agi par réflexe de soumission. Néanmoins, cette démission « *restera toujours, par le contexte de son accomplissement, un geste suspect* »[1018], et comme le rappelle J. Thomas, un « *précédent consacrant la possibilité d'une telle dissociation* » [1019] entre les fonctions de membres du Conseil et de président de l'institution. C'est donc une faille dans le statut d'indépendance des juges constitutionnels[1020] qui pourrait être comblée en précisant les textes.

2. La durée et le caractère non renouvelable du mandat

463. La seconde garantie d'indépendance des juges constitutionnels est le caractère non renouvelable de leur mandat, prévu explicitement par la Constitution à son article 56. Il est aisé de comprendre en quoi ce mécanisme concourt à l'indépendance des juges, qui ne peuvent espérer la prolongation de leur mandat par leur autorité de nomination. En France, le caractère non renouvelable s'associe à un mandat assez long de neuf ans[1021], réputé contribuer lui aussi à l'indépendance des juges en les plaçant à l'abri, pendant un temps long, des promesses de nomination à d'autres fonctions.

464. Cette règle peut parfois être conçue souplement. Ainsi certains juges constitutionnels peuvent effectuer plusieurs mandats, comme le juge espagnol qui ne

---

[1017] M. DUVERGER, « Une fraude à la Constitution ? », *Le Monde*, 22 février 1986.
[1018] D. ROUSSEAU, *Sur le Conseil constitutionnel : la doctrine Badinter et la démocratie*, Descartes & Cie, 1997, p. 27.
[1019] J. THOMAS, *L'indépendance du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 207.
[1020] D. Rousseau envisage une interprétation qui pourrait élargir cette faille : si l'on considère, dans le silence des textes, que le pouvoir de nomination du Président de la République est renouvelé tous les trois ans, il pourrait nommer un nouveau président du Conseil tous les trois ans et en particulier reconduire dans ses fonctions le président du Conseil en exercice (D. ROUSSEAU, *Sur le Conseil constitutionnel : la doctrine Badinter...*, *op. cit.*, p. 28).
[1021] La durée initialement prévue était de dix ans, mais la commission constitutionnelle des 25 et 26 août 1958 souleva le problème d'un renouvellement total de la composition du Conseil tous les dix ans. Voir not. l'intervention du président Latournerie : « *Nous avons beaucoup parlé de permanence de l'État. Il importe qu'il y ait une instance constitutionnelle qui reflète, qui appuie les interprétations de la Constitution, dont c'est une des vocations. Ce but est actuellement atteint par le procédé que vous indiquez, au lieu d'aboutir à un renouvellement total qui pourrait impliquer une rupture de méthodes et même de conceptions* » (*Documents pour servir à l'histoire...,* vol. III, *op. cit.*, p. 162-163).

peut toutefois effectuer deux mandats successifs, à moins que le premier mandat ait duré moins de trois ans[1022]. En France, le caractère non renouvelable du mandat connaît une limite dans la possibilité d'effectuer deux mandats lorsque le premier a duré, lui aussi, moins de trois ans. En vertu de l'article 12 de l'ordonnance du 7 novembre 1958,

> *Les membres du Conseil constitutionnel désignés en remplacement de ceux dont les fonctions ont pris fin avant leur terme normal achèvent le mandat de ceux qu'ils remplacent. A l'expiration de ce mandat, ils peuvent être nommés comme membre du Conseil constitutionnel s'ils ont occupé ces fonctions de remplacement pendant moins de trois ans*.

Comme le note B. Genevois, cette disposition est susceptible de porter atteinte à l'indépendance des juges : « *Si la durée du remplacement est inférieure à trois ans, l'intéressé pourra caresser l'espoir d'être nommé par la suite, sans en avoir la certitude, si bien que sa liberté d'esprit peut s'en trouver affectée* »[1023].

465. Une telle situation est cependant peu fréquente puisqu'elle ne s'est présentée que cinq fois jusqu'à aujourd'hui : pour R. Cassin dont le mandat dura de 1960 à 1971, L. Joxe de 1977 à 1989, R. Lecourt de 1979 à 1989, M. René-Simonet de 1984 à 1988 (son mandat fut renouvelé en 1986 mais il décéda en 1988) et C. Bazy-Malaurie, nommée en 2010 et dont le mandat fut renouvelé en 2013. Le cas est donc relativement rare mais n'en constitue pas moins une faille dans le statut d'indépendance des juges, à laquelle il serait possible de remédier en supprimant cette possibilité de l'ordonnance du 7 novembre 1958. Ce choix constitue cependant un arbitrage car les juges apprennent leurs fonctions en siégeant. Il peut donc être dommage qu'un juge ayant siégé pendant trois ans au Conseil soit remplacé par un autre juge qui devra à son tour se former au métier de juge constitutionnel[1024].

466. Alors que certaines dispositions s'imposent aux autorités susceptibles de porter atteinte à l'indépendance du juge, d'autres dispositions s'imposent au juge lui-même en lui interdisant certains comportements susceptibles de le placer dans une situation de dépendance.

[1022] (Espagne) Loi organique du 3 octobre 1979 *relative au statut des membres, à la procédure et aux conditions de saisine du Tribunal espagnol*, art. 16, 2. : « *La désignation au poste de juge du Tribunal constitutionnel sera faite pour neuf ans, un tiers du Tribunal se renouvelant tous les trois ans. Aucun juge ne pourra être proposé au Roi pour une autre période immédiate, sauf dans le cas où il aurait occupé le poste pendant une période ne dépassant pas trois ans* ».

[1023] B. GENEVOIS, « La composition du Conseil constitutionnel », *Revue de droit d'Assas*, n° 5, février 2012, p. 94. J. Thomas fait le même constat dans sa thèse : le juge « *sera fortement tenté de s'assurer que l'autorité politique qui l'a désigné décidera de le maintenir* » (J. THOMAS, *L'indépendance du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 200).

[1024] Voir *infra* §601.

B. Les dispositions s'imposant au juge lui-même

467. Le régime d'incompatibilités fait partie de ces garanties classiques d'indépendance qui s'imposent au juge. Dans ce chapitre dédié à l'indépendance du juge, ce mécanisme nous intéresse en tant qu'il permet d'éviter les liens de soumission entre le juge et une autre entité. Nous ne reviendrons pas sur l'évolution de ce régime de 1958 à aujourd'hui puisque nous l'avons retracée précédemment[1025]. Rappelons simplement que le régime d'incompatibilités applicable au Conseil est prévu par la Constitution à son article 57 et qu'il est précisé par l'ordonnance du 7 novembre 1958, spécifiquement ses articles 4 et 5. L'alinéa 4 de l'article 4 est particulièrement clair : « *L'exercice des fonctions de membre du Conseil constitutionnel est incompatible avec l'exercice de toute fonction publique et de toute autre activité professionnelle ou salariée* ».

468. Au point de vue de l'indépendance des juges, le régime d'incompatibilités n'est pas à critiquer : toute activité externe est en principe[1026] interdite aux juges. Rappelons toutefois que les juges peuvent toujours se mettre en congé[1027] du Conseil pour solliciter un mandat électoral. Or lorsqu'ils se mettent en congé, les juges se placent dans une situation de subordination à l'égard du parti dont ils défendent les couleurs, ce qui peut porter atteinte à leur indépendance apparente s'ils reviennent ensuite siéger au Conseil. Si ce régime se comprenait au début de la V^e^ lorsque l'activité du Conseil était réduite, il n'a plus lieu d'être aujourd'hui, comme nous l'avons précédemment souligné[1028].

469. Par ailleurs, certaines pratiques rattachables à la carrière des juges méritent d'être évoquées, en particulier la question des décorations. Selon l'article 5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958, les fonctionnaires publics nommés au Conseil ne

[1025] Voir *supra* §277 et s.
[1026] Nous avons précédemment évoqué certaines interprétations contestables de ce régime d'incompatibilités, notamment l'exemple de L. Fabius qui a accepté une fonction au sein de l'ONU. Cependant dans ce cas l'indépendance de M. Fabius n'est pas contestée : il n'est pas dans une relation de subordination avec l'ONU (voir *supra* §301 et s.).
[1027] Décret n° 59-1292 du 13 novembre 1959 *sur les obligations du Conseil constitutionnel*, *JORF* n° 265 du 15 novembre 1959, p. 10818, art. 4.
[1028] Voir *supra* §291 ainsi que §298 et s.

peuvent recevoir de promotion durant leur mandat[1029]. Comme le remarqua F. Luchaire : « *on a voulu empêcher une autorité politique quelconque (de l'État, ou d'une collectivité territoriale) de consentir un avantage à un membre du Conseil* »[1030]. En revanche, aucun texte n'interdit la remise d'une décoration. De très nombreux membres du Conseil ont reçu cet honneur alors qu'ils étaient juges au Conseil constitutionnel, notamment L. Gros[1031], L. Jozeau-Marigné[1032], L. Joxe[1033], P. Mazeaud[1034], P. Steinmetz[1035], H. Haenel[1036], L. Jospin[1037], L. Fabius[1038].... Comme le remarque D. Schnapper, cette pratique pose des difficultés :

> *Aucun texte ne l'interdit, mais ne serait-il pas plus digne de marquer symboliquement l'indépendance du Conseil en reportant ces promotions à la fin du mandat ou, en tout cas, d'éviter que la décoration soit remise par l'autorité de nomination si son titulaire est encore en exercice ?*[1039].

[1029] Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958, art. 5 : « *Pendant la durée de leurs fonctions, les membres du Conseil constitutionnel ne peuvent être nommés à aucun emploi public ni, s'ils sont fonctionnaires publics, recevoir une promotion au choix* ».

[1030] F. LUCHAIRE, *Le Conseil constitutionnel*. *Tome I...*, *op. cit.*, p. 80.

[1031] P. AVRIL, J. GICQUEL, « Chronique constitutionnelle française – 16 janvier – 15 mai 1983 », *Pouvoirs*, n° 26, septembre 1983, p. 170 : « *À un autre point de vue discutable, selon l'opinion doctrinale (v. F. Luchaire : Le CC, 1980, p. 70), M. Louis Gros a été nommé dans l'ordre national de la Légion d'honneur (d. du ler-4, p. 1056). Possibilité exclue, on le sait, pour les parlementaires (art. 12 de l'ord. 58-1100 du 17-11-1958)* ».

[1032] P. AVRIL, J. GICQUEL, « Chronique constitutionnelle française – 16 janvier – 15 mai 1984 », *Pouvoirs*, n° 30, septembre 1984, p. 162 : « *Reste à relever, qu'à son tour (cette Chronique, n° 26, p. 170), M. Jozeau-Marigné a été nommé dans l'ordre national de la Légion d'honneur (décret du 19-4, p. 1123). Qu'en l'occurrence, l'homme de bien ait été distingué, ne saurait pour autant dissimuler le problème de principe* ».

[1033] P. AVRIL, J. GICQUEL, « Chronique constitutionnelle française – 16 mai – 15 juillet 1985 », *Pouvoirs*, n° 35, novembre 1985, p. 182 : « *En outre, M. Louis Joxe a été promu dans l'ordre national de la Légion d'honneur (décret du 13-7, p. 7965) ; ce qui à nouveau (cette Chronique, n° 30, p. 162) pose problème par-delà l'honnête homme, au regard de l'indépendance de l'institution* ».

[1034] P. AVRIL, J. GICQUEL, « Chronique constitutionnelle française – 1er juillet – 30 septembre 2004 », *Pouvoirs*, n° 112, janvier 2005, p. 192 : « *Le président Mazeaud a été promu au grade de commandeur dans l'Ordre national de la Légion d'honneur (décret du 13 juillet, JO, 14-7)* ».

[1035] P. AVRIL, J. GICQUEL, « Chronique constitutionnelle française – 1er octobre – 30 décembre 2004 », *Pouvoirs*, n° 113, avril 2005, p. 220 : « *M. Steinmetz a été promu au grade d'officier de la Légion d'honneur (décret du 31 décembre) (JO, 1er-1) (cette Chronique, n° 112, p. 192)* ».

[1036] P. AVRIL, J. GICQUEL, « Chronique constitutionnelle française – 1er janvier – 30 avril 2010 », *Pouvoirs*, n° 134, p. 163 : « *M. Haenel a été promu officier dans l'Ordre national de la Légion d'honneur (décret du 2 avril) (JO, 4-4)* ».

[1037] P. AVRIL, J. GICQUEL, « Chronique constitutionnelle française – 1er octobre – 31 décembre 2015 », *Pouvoirs*, n° 157, avril 2016, p. 152 : « *Par décret du 31 décembre, M. Lionel Jospin a été élevé à la dignité de grand-croix de la Légion d'honneur (JO, 1er-1, @ 2) (cette Chronique, n° 156, p. 176)* ».

[1038] P. AVRIL, J. GICQUEL, « Chronique constitutionnelle française – 1er janvier – 10 mai 2017 », *Pouvoirs*, n° 162, septembre 2017, p. 179 : « *Par un décret du 14 avril (JO, 16-4), M. Fabius a été élevé à la dignité de grand officier dans l'ordre national de la Légion d'honneur (cette Chronique, n° 156, p. 176)* ».

[1039] D. SCHNAPPER, *Une sociologue au Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 219.

J.-L. Debré, ayant refusé la récompense, s'en agace dans son ouvrage[1040]. Il estime, comme le fit F. Luchaire[1041], que l'article 12 de l'ordonnance du 17 novembre 1958 interdisant aux parlementaires de recevoir une décoration durant leur mandat[1042] devrait être appliqué aux juges constitutionnels. Une telle mesure serait-elle simplement cosmétique, une question d'apparence d'indépendance ? Si l'on en croit J. Thomas, pas nécessairement, puisque certains juges peuvent être friands de ces récompenses[1043], ce qui peut altérer leur indépendance. Dans tous les cas, c'est un « *problème de principe* »[1044] : la simple existence de cette pratique crée un risque de dépendance et donc de partialité.

470. Le régime d'incompatibilités est enfin accompagné par les dispositions relatives au traitement des juges, censées leur assurer une autonomie financière suffisante. L'article 6 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 règle cette question : « *Le président et les membres du Conseil constitutionnel reçoivent respectivement une indemnité égale aux traitements afférents aux deux catégories supérieures des emplois de l'État classés hors échelle* ». De 1960 à 2001, les membres du Conseil bénéficiaient en plus d'un régime fiscal extrêmement avantageux, la moitié de leur traitement étant considéré comme représentatif de frais et donc non imposable. Une lettre (non publiée) de la secrétaire d'État au budget du 16 mars 2001 mit fin à ce régime très critiqué. La suppression de cet avantage a été compensée dans cette même lettre par la mise en place d'une indemnité complémentaire à la légalité très incertaine[1045].

[1040] J.-L. DEBRE, *Ce que je ne pouvais pas dire...*, *op. cit.*, p. 79-80 : « *À la promotion du 1er janvier de la Légion d'honneur, je note avec agacement l'élévation au grade de chevalier de Michel Charasse. Je juge inopportun que le pouvoir décore ainsi un membre du Conseil* ».

[1041] F. LUCHAIRE, *Le Conseil constitutionnel*. *Tome I...*, *op. cit.*, p. 80-81.

[1042] Ordonnance n° 58-1100 du 17 novembre 1958 *relative au fonctionnement des assemblées parlementaires*, *JORF* n° 0239 du 18 novembre 1958, p. 10335, art. 12 : « *Les membres des assemblées parlementaires ne peuvent être nommés ou promus dans l'ordre national de la légion d'honneur ni recevoir la médaille militaire ou toute autre décoration, sauf pour faits de guerre ou actions d'éclat assimilables à des faits de guerre* ».

[1043] Voir J. THOMAS, *L'indépendance du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 189.

[1044] P. AVRIL, J. GICQUEL, « Chronique constitutionnelle française – 16 janvier – 15 mai 1984 », *Pouvoirs*, n° 30, septembre 1984, p. 162.

[1045] Comme le remarque E. Lemaire, cette indemnité complémentaire n'est pas prévue par la loi organique alors que seul le législateur organique était compétent pour la fixer. Concluant son étude, madame Lemaire estime qu' « *Il serait peut-être temps de revoir enfin en profondeur l'organisation et le fonctionnement du Conseil constitutionnel, ainsi que le statut de ses membres. L'enjeu est crucial : il y va en effet de la crédibilité de nos institutions et, parmi elles, de l'un des principaux gardiens de notre État de droit* » (E. LEMAIRE, « À propos de quelques problèmes juridiques entourant le régime indemnitaire des membres du Conseil constitutionnel », *Jus Politicum* [en ligne], n° 20, décembre 2018, p. 16-17). On ne peut qu'acquiescer. Voir aussi : E. LEMAIRE, « Régime indemnitaire des membres du Conseil constitutionnel : le Gouvernement refuse la transparence », *JP Blog*, 11 avril 2019 ; E. LEMAIRE,

471. À côté de ces dispositions, l'obligation de réserve constitue, elle aussi, une garantie classique d'indépendance s'imposant au juge. Elle est mentionnée dans le serment[1046] et à l'article 7 de l'ordonnance du 7 novembre 1958, qui rappelle les termes de ce serment et renvoie au pouvoir réglementaire le soin de définir « *les obligations imposées aux membres du Conseil, afin de garantir l'indépendance et la dignité de leurs fonctions* ». Le décret du 13 novembre 1959 reprend à son article 1 cette obligation générale et la concrétise à travers plusieurs mécanismes à son article 2 qui prévoit l'interdiction faite aux membres de prendre position ou de consulter sur des questions ayant fait ou étant susceptibles de faire l'objet de décisions de la part du Conseil, l'interdiction d'occuper un poste de responsabilité au sein d'un parti ou d'un groupement politique ainsi que l'interdiction faite aux juges de laisser mentionner leur qualité sur tout document susceptible d'être publié et relatif à une activité publique ou privée. En France, cette obligation ainsi que les règles venant la concrétiser sont plutôt bien respectées, comme nous l'avons souligné précédemment[1047].

472. L'obligation de réserve est ensuite complétée par certaines règles internes : depuis une délibération du 29 janvier 1960, les conseillers autres que les rapporteurs et le président du Conseil n'ont pas le droit de recevoir une personne *« directement intéressée à une affaire soumise au Conseil »*[1048]. Selon J.-L. Debré, il revient au président du Conseil de veiller au respect de cette règle en demandant le déport de tout juge qui aurait été en contact avec une personnalité extérieure directement intéressée par l'affaire[1049]. En outre, la pratique consistant à garder secret le nom du rapporteur

---

« Propositions pour une réforme du régime indemnitaire des membres du Conseil constitutionnel », *Observatoire de l'éthique publique.com*, 26 juin 2020, disponible sur : < https://www.observatoireethiquepublique.com/propositions-pour-une-reforme-du-regime-indemnitaire-des-membres-du-conseil-constitutionnel/>.

[1046] Pour rappel, le serment est ainsi rédigé : « *Ils jurent de bien et fidèlement remplir leurs fonctions, de les exercer en toute impartialité dans le respect de la Constitution et de garder le secret des délibérations et des votes et de ne prendre aucune position publique, de ne donner aucune consultation sur les questions relevant de la compétence du Conseil* » (ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958, art. 3).

[1047] Voir *supra* §306.

[1048] Compte rendu de la séance du 29 janvier 1960, p. 1, disponible sur : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/2018-12/pv1960-01-29.pdf> : « *Celui-ci ayant observé que le Président de la S.N.E.P. lui avait rendu visite ainsi qu'à d'autres membres du Conseil, il est décidé que les Conseillers éviteront de recevoir toute personne directement intéressée à une affaire soumise au Conseil. Cette personne pourra seulement demander au Secrétaire Général à être reçue par le Rapporteur désigné qui aura – ainsi que M. le Président – qualité pour l'entendre s'il le juge utile* ».

[1049] Entretien du 29 janvier 2020. Ce rôle est traditionnellement assumé par le président du Conseil. Les *Grandes délibérations* notent ainsi que le président Noël « *veille également avec attention au respect par ses collègues de leurs obligations. Le secret du délibéré n'ayant pas été respecté dans l'examen du règlement du Sénat, il les informe qu'il a demandé une enquête et s'adresse à eux dans les termes les plus*

contribue, elle aussi, à la préservation de l'indépendance des juges face aux pressions informelles.

473. Enfin, parmi les dispositions qui s'imposent aux juges constitutionnels doivent être mentionnés le déport et la récusation. Bien que le déport et la récusation aient pour principale fonction d'appréhender les partis pris passés des juges constitutionnels, il arrive qu'un juge se déporte du fait de l'existence d'un lien avec une partie, comme le fît R. Badinter pour la décision 92-316 DC[1050] ou L. Fabius pour la décision 2018-745 QPC[1051]. Le fonctionnement et les possibles améliorations de ces mécanismes ont été longuement évoqués précédemment[1052]. Le statut est de plus renforcé par les dispositions protégeant l'indépendance du Conseil en tant qu'organe.

§II. Les dispositions protégeant l'indépendance organique du Conseil

474. Le Conseil bénéficie d'une autonomie matérielle liée à son statut de pouvoir public, lui permettant de décider seul de l'opportunité des dépenses (A). Cette autonomie matérielle s'accompagne d'une autonomie normative, c'est-à-dire que le Conseil peut produire un certain nombre de règles et qu'il dispose d'un pouvoir de contrôle sur les dispositions relatives à son fonctionnement édictées par d'autres autorités (B).

A. Une autonomie matérielle

475. L'autonomie matérielle d'une institution signifie que celle-ci bénéficie des moyens financiers d'accomplir sa mission. Si tel n'était pas le cas, si elle devait demander à des entités extérieures ces moyens, elle se placerait en situation de dépendance à l'égard de ces entités qui pourraient utiliser ce levier pour faire pression sur elle. Au-delà du risque de pression qui pourrait être exercée, l'impact de l'autonomie matérielle sur l'indépendance et la capacité à l'impartialité du juge est

énergiques "pour que pareil scandale ne se reproduise plus" (9 juillet 1959) » (J. BONNET *et al*., *Les grandes délibérations..., op. cit.,* p. 24).
[1050] Voir annexe 1.
[1051] Voir annexe 2.
[1052] Voir §382 et s.

direct, comme a pu le remarquer le sénateur P. Gélard à propos des autorités administratives indépendantes :

> *Votre rapporteur souligne que l'indépendance organique de l'autorité doit avoir pour corollaire l'attribution de moyens humains suffisants pour assumer ses missions en toute impartialité. En effet, une autorité administrative indépendante qui ne serait pas suffisamment dotée en moyens d'expertise autonome pourrait se trouver en situation de faiblesse face à des secteurs professionnels susceptibles de mobiliser des ressources importantes. L'asymétrie des moyens entraînerait ainsi une asymétrie d'information qui, selon Mme Marie-Anne Frison-Roche,* « *est le plus grand risque pour l'efficacité, la légitimité et l'indépendance d'une autorité* »[1053].

Si le juge ne dispose pas de moyens suffisants, il devient potentiellement dépendant de sources externes d'information. Ces sources d'information peuvent ne présenter qu'une vision partielle du problème posé et nuire à l'impartialité des juges[1054].

476. Le Conseil constitutionnel bénéficie d'une large autonomie matérielle qui lui a permis de faire face à l'accroissement de ses missions. Outre des locaux qui lui sont propres, le Conseil est maître de son budget. Cette maîtrise budgétaire s'exprime à travers deux grands principes : le Conseil dispose de la liberté de fixer le montant de son budget annuel global qui s'élève en 2019 à 11,7 millions d'euros[1055]. Il est ensuite libre de répartir ce budget comme il l'entend. Cette autonomie est inscrite à l'article 16 de la loi organique sur le Conseil constitutionnel : « *Les crédits nécessaires au fonctionnement du Conseil constitutionnel sont inscrits au budget général. Le président est ordonnateur des dépenses* ». Le président du Conseil a la maîtrise de ce budget[1056] et nomme le trésorier du Conseil, qui est responsable devant lui[1057]. Les textes lui accordent aussi le droit, « *de recruter, soit directement, soit par voie de détachement, le personnel nécessaire à ce fonctionnement* »[1058].

477. L'adoption de la loi organique *relative aux lois de finances* (LOLF) du 1er août 2001[1059] a modifié en profondeur le fonctionnement des finances de l'État. Ce qu'il

---

[1053] P. GELARD, Rapport n° 404 sur les autorités administratives indépendantes, effectué au nom de l'Office parlementaire d'évaluation de la législation, Tome I, 15 juin 2006, p. 97.
[1054] Par exemple, voir nos développements sur le rôle des *amici curiae* aux États-Unis *infra* §682.
[1055] Il était en 2006 de 5,7 millions d'euros, en 2008 de 7,7 millions d'euros. Il est passé à 12,4 millions d'euros en 2009 et est redescendu à environ 11 millions d'euros annuels ensuite.
[1056] Décret n° 59-1293 du 13 novembre 1959 *relatif à l'organisation du secrétariat général du Conseil constitutionnel*, *JORF* n° 265 du 15 novembre 1959, p. 10819, art. 4 : « *Les dépenses de fonctionnement du Conseil constitutionnel, sont mandatées par le président, ou, en application de l'article 2, alinéa 2, ci-dessus, par le secrétaire général* ».
[1057] *Ibid.*
[1058] *Ibid.*, art. 5.
[1059] Loi organique n° 2001-692 du 1er août 2001 *relative aux lois de finances*.

est coutume d'appeler la « Constitution financière de l'État » a placé le Conseil constitutionnel dans la mission « Pouvoirs publics », aux côtés de la Présidence de la République, de l'Assemblée nationale, du Sénat et de la Cour de justice de la République. Cette mission spécifique n'est pas soumise à l'obligation d'élaboration d'un projet annuel de performance (PAP), ce qui signifie que le Conseil est libre de l'opportunité de ses dépenses. Le Conseil a validé lui-même ce dispositif qui *« assure la sauvegarde du principe d'autonomie financière des pouvoirs publics concernés, lequel relève du respect de la séparation des pouvoirs* »[1060].

478. Cette liberté n'est cependant pas totale puisque le Parlement exerce un contrôle sur le budget des « Pouvoirs publics ». La loi de finances pour 2002 dispose ainsi à son article 115 qu' « *Est joint au projet de loi de finances de l'année, pour chacun des pouvoirs publics, un rapport expliquant les crédits demandés par celui-ci* »[1061]. Le Conseil constitutionnel a contrôlé la constitutionnalité de cette disposition dans sa décision n° 2001-456 DC et a émis une réserve : « *ces dispositions ne sauraient être interprétées comme faisant obstacle à la règle selon laquelle les pouvoirs publics constitutionnels déterminent eux-mêmes les crédits nécessaires à leur fonctionnement* »[1062].

479. Dans les faits, le contrôle effectué par le Parlement est limité, comme en témoignent les rapports annuels effectués au nom de la Commission des finances[1063]. Le Parlement est informé du budget global et les pouvoirs publics restent tenus de participer à l'équilibre des finances publiques. Le rapporteur peut ainsi effectuer des commentaires sur certains points mineurs[1064] mais le Conseil garde la maîtrise de son budget.

480. Une telle autonomie a permis au Conseil de faire évoluer ses personnels (en 2019 ils sont environ 70), de les professionnaliser[1065], de créer de nouveaux services (comme un service chargé de la communication en 2018), de rénover les bâtiments etc.

[1060] CC, 2001-448 DC, 25 juillet 2001, *Loi organique relative aux lois de finances*, §25.
[1061] Loi n° 2001-1275 du 28 décembre 2001 *de finances pour 2002 (1)*, art. 115.
[1062] CC, 2001-456 DC, 27 décembre 2001, *Loi de finances pour 2002*, §47.
[1063] Voir par exemple : A. DE MONTGOLFIER, Rapport général n° 147 fait au nom de la commission des finances sur le projet de loi de finances adopté par l'Assemblée nationale pour 2019, Tome III, annexe n° 22, disponible sur : <http://www.senat.fr/rap/l18-147-322/l18-147-3221.pdf>.
[1064] Voir J.-P. SUEUR, Rapport n° 153 portant avis présenté au nom de la commission des lois constitutionnelles sur le projet de loi de finances adopté par l'Assemblée nationale pour 2019, Tome XI, 22 novembre 2018, disponible sur : <http://www.senat.fr/rap/a18-153-11/a18-153-111.pdf>. À propos de l'accentuation des échanges internationaux depuis 2016 : « *Votre rapporteur note la vitalité de ces échanges, a conscience de leur utilité, mais tient à souligner qu'ils doivent s'effectuer dans un cadre budgétaire contraint* » (p. 33).
[1065] Sur la composition du service juridique, voir *infra* §605.

Au-delà de cette autonomie matérielle, est garantie l'indépendance normative du Conseil.

B. Une autonomie normative

481. La Constitution renvoie à la loi organique le soin de déterminer *« les règles d'organisation et de fonctionnement du Conseil constitutionnel, la procédure qui est suivie devant lui, et notamment les délais ouverts pour le saisir de contestations* »[1066]. L'article 55 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 renvoie ensuite au pouvoir réglementaire le soin de préciser les modalités d'application de la loi organique, « *par décret en conseil des ministres, après consultation du Conseil constitutionnel et avis du conseil d'État* ». L'article 56 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 donne enfin au Conseil constitutionnel la possibilité d'adopter un règlement intérieur pour la procédure[1067]. Le Conseil a, sur ce fondement, créé et modifié plusieurs règlements intérieurs[1068]. Sont ainsi susceptibles d'édicter les règles de fonctionnement du Conseil : le législateur organique, le pouvoir réglementaire et le Conseil lui-même. Le Conseil n'a donc qu'une maîtrise partielle de ses règles de fonctionnement.

482. Le Conseil dispose toutefois d'un pouvoir de contrôle important : s'il est consulté par le pouvoir réglementaire lorsque ce dernier statue sur son fonctionnement, il dispose surtout d'un pouvoir de contrôle sur les lois organiques par le jeu du contrôle de constitutionnalité obligatoire de celles-ci. Ce contrôle est une garantie efficace d'indépendance pour le Conseil : « *Il garantit en effet que le Conseil constitutionnel contrôlera systématiquement, à travers l'examen obligatoire et exhaustif de dispositions organiques, la constitutionnalité des règles auxquelles le législateur entendrait soumettre son fonctionnement* »[1069].

[1066] Const. 1958, art. 63.

[1067] Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958, art. 56 : « *Le Conseil constitutionnel complétera par son règlement intérieur les règles de procédure applicables devant lui édictées par le titre II de la présente ordonnance. Il précisera notamment les conditions dans lesquelles auront lieu les enquêtes et mesures d'instruction prévues aux articles 42, 43 et 45-5 sous la direction d'un rapporteur* ».

[1068] CC, 59-4 ORGA, 14 mai 1959, *Décision adoptant le règlement applicable à la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour le contentieux de l'élection des députés et sénateurs* ; CC, 88-51 ORGA, 5 octobre 1988, *Règlement applicable à la procédure suivie par le Conseil constitutionnel pour les réclamations relatives aux opérations de référendum* ; CC, 2001-92 ORGA, 27 juin 2001, *Décision portant règlement intérieur sur les archives du Conseil constitutionnel* ; CC, 2010-117 ORGA, 4 février 2010, *Décision portant règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité*.

[1069] CC, 2008-566 DC, 9 juillet 2008, *Loi organique relative aux archives du Conseil constitutionnel*, commentaire, p. 2.

483. Il exerça ce pouvoir de contrôle dans sa décision n° 90-273 DC[1070] concernant la régularité de l'élection du Président de la République et des règles d'inéligibilité des parlementaires, ainsi que dans sa décision n° 2007-547 DC[1071] relative à l'outre-mer. Dans sa décision n° 2008-566 DC qui concernait la loi organique *relative aux archives du Conseil constitutionnel*, le Conseil proclame la valeur constitutionnelle de son indépendance en se fondant sur *« l'ensemble des dispositions du Titre VII de la Constitution* »[1072]. Il examine ensuite les dispositions prises au regard de son indépendance et du principe de séparation des pouvoirs et estime que le délai de vingt-cinq ans retenu ne porte pas atteinte à son indépendance, non plus que l'intervention de l'administration des archives du fait du système de « *double clé* »[1073] mis en place, le Conseil devant donner son accord pour un certain nombre d'actes. Le Conseil émet enfin une réserve selon laquelle « *les décrets en Conseil d'État applicables aux archives du Conseil constitutionnel devront donner lieu à une consultation du Conseil constitutionnel et à une délibération du conseil des ministres* »[1074], conformément à l'article 55 de l'ordonnance du 7 novembre 1958.

484. Le contexte spécifique de cette décision relative aux archives du Conseil doit être brièvement rappelé : avant cette décision, le régime des archives du Conseil était régi par une décision du Conseil constitutionnel[1075] du fait de la carence des textes sur ce point. Par sa décision de 2008, le Conseil renonce à son pouvoir de décision en la matière, mais exerce en même temps un contrôle poussé sur les dispositions législatives portées à sa connaissance et réaffirme son droit de regard sur les dispositions de nature réglementaire qui seront prises. Cette décision de 2008 montre ainsi tout l'intérêt de ce pouvoir tiré de l'article 61 dans la préservation de l'indépendance du Conseil : c'est une « *vraie déclaration d'indépendance* »[1076].

485. Ce pouvoir de contrôle a cependant le désavantage de nuire potentiellement à son impartialité puisque le Conseil est placé en situation de juge et partie lorsqu'il

---

[1070] CC, 90-273 DC, 4 mai 1990, *Loi organique relative au financement de la campagne en vue de l'élection du Président de la République et de celle des députés*, §16.
[1071] CC, 2007-547 DC, 15 février 2007, *Loi organique portant dispositions statutaires et institutionnelles relatives à l'outre-mer*, §15.
[1072] CC, 2008-566 DC précitée, §6.
[1073] *Ibid.*, commentaire, p. 7.
[1074] *Ibid.,* §11.
[1075] CC, 2001-92 ORGA précitée.
[1076] J.-P. CAMBY, « Les archives du Conseil constitutionnel : déclaration d'indépendance », *Petites affiches*, n° 192, 24 septembre 2008, p. 6.

examine la constitutionnalité de dispositions le concernant. C'est ce que montre la décision n° 2016-732 DC[1077] : la loi déférée imposait aux juges constitutionnels le dépôt de déclarations d'intérêts et de patrimoine. Le Conseil censure ces dispositions en tant que cavaliers législatifs au motif qu'elles étaient prises sur le fondement de l'article 63 de la Constitution et ne présentaient pas, de lien, même indirect, avec les autres dispositions du projet qui étaient prises sur le fondement d'autres articles de la Constitution.

486. Cette décision n'est que la deuxième décision de censure d'un cavalier organique[1078]. En 2016, le Conseil apprécie de façon très sévère l'existence du lien entre la loi et les dispositions introduites par voie d'amendement, utilisant le seul fondement de ces dispositions pour en déduire l'absence de lien. Pour cette raison, cette décision a soulevé certains doutes quant à l'impartialité du Conseil[1079]. La jurisprudence en question fut ensuite appliquée une fois en 2017[1080] mais semble être remise en cause aujourd'hui[1081].

487. Le pouvoir de contrôle dont dispose le Conseil garantit efficacement son indépendance à l'égard des pouvoirs exécutif et législatif : c'est un véritable droit de veto fort utile au regard de l'atteinte toujours possible des pouvoirs publics à l'indépendance des juges. Si le Conseil est placé en situation de juge et partie, il nous faut aussi souligner le manque de réactivité du législateur suite à cette censure[1082].

488. L'autonomie normative du Conseil se manifeste enfin par sa capacité à sanctionner seul ses membres : nous l'avons relevé précédemment[1083], le Conseil est seul compétent pour « avertir » ceux-ci ou pour mettre fin à leurs fonctions. Cette indépendance est renforcée par la jurisprudence du Conseil d'État qui refuse de

[1077] CC, 2016-732 DC, 28 juillet 2016, *Loi organique relative aux garanties statutaires, aux obligations déontologiques et au recrutement des magistrats ainsi qu'au Conseil supérieur de la magistrature*, §100-102.
[1078] Le Conseil avait censuré pour la première fois un cavalier organique en 2011 : CC, 2011-637 DC, 28 juillet 2011, *Loi organique relative au fonctionnement des institutions de la Polynésie française,* §21-22.
[1079] Voir J. BENETTI, « Continuité jurisprudentielle ou (nouveau) revirement ? À propos de la censure de cavaliers organiques par la décision du Conseil constitutionnel du 28 juillet 2016 », *Constitutions*, 2016, p. 396-398.
[1080] CC, 2017-753 DC, 8 septembre 2017, *Loi organique pour la confiance dans la vie politique*.
[1081] Voir P. BACHSCHMIDT, « Nouvelle interrogation sur la jurisprudence relative aux "cavaliers organiques" », *Constitutions,* 2019, p. 39.
[1082] Une proposition de loi organique avait été votée par l'Assemblée nationale en 2017, mais le Sénat ne s'en était pas saisi (la proposition de loi arrivait en fin de législature, ce qui peut expliquer l'absence de réactivité du Sénat concernant cette proposition). Voir proposition de loi organique n° 4274 *relative aux obligations déontologiques applicables aux membres du Conseil constitutionnel*, Assemblée nationale, 2 décembre 2016.
[1083] Voir *supra* §313 et s.

contrôler les actes du Conseil en la matière. Ainsi, le Conseil d'État a refusé de contrôler la décision prise par S. Veil en 2005 de se mettre en congé pour participer à la campagne référendaire relative au *Traité établissant une constitution pour l'Europe*. Se fondant notamment sur le pouvoir de sanction dont dispose le Conseil constitutionnel à l'égard de ses membres, le Conseil d'État estime que « *le Conseil constitutionnel est seul juge du respect par ses membres des obligations qui s'imposent à eux* »[1084].

489. Le juge administratif a eu d'autres occasions de poser les limites de sa compétence à l'égard des actes produits par le Conseil, préservant, au-delà de l'autonomie normative du Conseil, son autonomie de fonctionnement. Pour ce faire, il eut recours à la jurisprudence *Préfet de Guyane* du Tribunal des conflits[1085] qui distingue entre les actes relatifs à l'exercice de la fonction juridictionnelle et ceux relatifs à l'organisation même du service public de la justice. Ainsi le Conseil d'État s'est estimé incompétent pour contrôler la décision du Conseil par laquelle il a adopté un règlement intérieur relatif à ses archives[1086]. Le Conseil d'État a par ailleurs refusé d'apprécier la légalité d'une décision implicite de rejet du secrétaire général du Conseil constitutionnel, estimant que la publication sur le site internet du Conseil de commentaires concernant le sens et la portée de sa jurisprudence se rattache à l'exercice des missions qui lui sont confiées par la Constitution[1087]. Enfin, selon le même raisonnement, le Conseil d'État a refusé d'examiner la décision implicite de rejet opposée par le secrétaire général à une demande visant à ce que soit adopté un règlement intérieur relatif aux « contributions extérieures »[1088].

[1084] CE, 280214, 6 mai 2005, *Hoffer*.

[1085] TC, 01420, 27 novembre 1952, *Préfet de Guyane.*

[1086] CE, Ass., 235600, 25 octobre 2002, *Brouant* : « *Considérant que, par le règlement attaqué, le Conseil constitutionnel a entendu définir un régime particulier pour l'accès à l'ensemble de ses archives ; qu'eu égard à cet objet, qui n'est pas dissociable des conditions dans lesquelles le Conseil constitutionnel exerce les missions qui lui sont confiées par la Constitution, ce règlement ne revêt pas le caractère d'un acte administratif dont la juridiction administrative serait compétente pour connaître* ». Voir les commentaires de L. FAVOREU, « Le Conseil constitutionnel peut-il être soumis à un contrôle du juge administratif ? », *RFDA*, 2003, p. 8-13 ; P. GONOD, O. JOUANJAN, « Le Conseil constitutionnel peut-il être soumis à un contrôle du juge administratif ? », *RFDA*, 2003, p. 14-22 ; G. GOULARD, « Le règlement des archives du Conseil constitutionnel n'est pas un acte administratif susceptible de recours, Conclusions sur Conseil d'État, Assemblée, 25 octobre 2002, *Brouant* », *RFDA,* 2003, p. 1-7 ; J.-P. CAMBY, « L'autonomie des pouvoirs publics, limite de la compétence du juge administratif (réflexions sur l'arrêt Brouant du Conseil d'État du 25 octobre 2002) », *RDP*, 2002, p. 1855-1871.

[1087] CE, 258180, 9 novembre 2005, *Moitry*. Rappelons enfin que le Conseil d'État considère comme un acte de gouvernement la décision du Président de la République de nommer un nouveau membre du Conseil constitutionnel : CE, Ass., 195616, 9 avril 1999, *Ba.*

[1088] CE, 425063, 11 avril 2019, *Association Les Amis de la Terre France*. Le Conseil d'État pose dans cette décision un principe général : *« Il n'appartient pas à la juridiction administrative de connaître des actes qui se rattachent à l'exercice par le Conseil constitutionnel des missions qui lui sont confiées par la Constitution ou par des lois organiques prises sur son fondement. Il en est ainsi de l'adoption ou du refus*

490. Ces cas constituent des hypothèses d' « *autolimitation de l'office du juge administratif* »[1089], « *dans une conception très respectueuse de la spécificité et de la place du Conseil constitutionnel dans les institutions* »[1090]. Pour autant, comme le remarque le professeur Cassia, ces décisions n'affirment pas l'incompétence du Conseil d'État sur tout acte produit par le Conseil[1091]. Il est cependant certain que l'autonomie normative du Conseil est largement préservée par la jurisprudence du Conseil d'État.

491. L'examen du statut d'indépendance du Conseil montre que ce dernier bénéficie de toutes les garanties d'indépendance classiques du juge, tant au niveau personnel qu'organique, protégeant ainsi efficacement son impartialité. Il nous faut néanmoins replacer ces garanties dans un cadre plus large et considérer leurs limites au regard de la place occupée par le Conseil au sein des institutions :

> *L'indépendance du magistrat résulte* [...] *principalement mais non exclusivement, d'un statut approprié. C'est l'indépendance au sens donné à ce vocable par le chef de la France libre, à Londres, confronté aux pressions de ses propres alliés : "Il ne s'agit pas seulement de ne pas dépendre, il s'agit d'être ou plutôt d'exister"*[1092].

Pour le Conseil, la question est en effet de savoir comment exister au sein de l'équilibre des pouvoirs.

---

d'adopter des dispositions de son règlement intérieur sur le fondement de l'article 56 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel ».

[1089] P. CASSIA, « Le site Internet du Conseil constitutionnel devant le juge administratif : des problèmes de connexion ? »*, La semaine juridique, Adm. et Coll. terr.*, n° 8-9, 20 février 2006, p. 263.

[1090] *Ibid.*

[1091] *Ibid.*: « *Toutefois, il importe de souligner que la décision* Moitry *n'affirme l'incompétence du Conseil d'État "que" pour la publication sur le site Internet du Conseil constitutionnel de documents "concernant le sens et la portée de sa jurisprudence". Cela implique* a contrario *que la juridiction administrative serait compétente pour connaître d'un recours tendant à ce que le Conseil constitutionnel ôte ou modifie de son site tout document qui aurait un autre objet que celui indiqué par la décision* Moitry. *À l'aune de cette observation, il n'aurait pas été invraisemblable que la juridiction administrative se reconnaisse par exemple compétente pour connaître d'un acte par lequel le président du Conseil constitutionnel aurait refusé de retirer du site un document du type de celui alors signé par Solon, dès lors que, à partir de la jurisprudence constitutionnelle, il paraissait enjoindre au législateur d'adopter tel ou tel comportement et qu'il n'était pas rédigé par le Conseil constitutionnel lui-même : ce document ne se rattacherait pas aux missions constitutionnelles du Conseil constitutionnel et la décision qui s'y rapporterait aurait, par conséquent, une nature purement administrative* ».

[1092] T.-S. RENOUX, « Le statut des magistrats, garant de la démocratie », *Petites affiches*, n° 121, 18 juin 2003, p. 4.

Section II. Les limites du statut d'indépendance

492. Pour A. Kojève, il ne peut y avoir de justice à deux, il faut toujours un tiers : « *Si A et C ou B et C ne font qu'un, la situation n'a rien de juridique. C'est évident et cela a toujours été admis : on ne peut pas être juge et partie en même temps* »[1093]. Le tiers est celui « *qui s'ajoute, qui est étranger à un ensemble de deux personnes, de deux groupes* »[1094]. En tant qu'étranger, le tiers est avant tout celui qui est indépendant, même si les deux notions ne se recoupent pas entièrement[1095]. Nous rappellerons que le Conseil n'est jamais vraiment tiers, puisqu'il existe d'innombrables relations de causalité entre celui-ci et les autres pouvoirs. Ces relations de causalité peuvent se transformer en relations de subordination entraînant la partialité du Conseil en certaines occasions. Ainsi, le Conseil constitutionnel fait partie intégrante d'un système politico-juridique pouvant entraîner des dépendances, tant au niveau organique (§I) qu'individuel (§II).

§I. Un risque de dépendance organique lié à la place du Conseil au sein du système

493. La question de l'indépendance organique du Conseil concerne ses rapports avec les autres organes et renvoie donc à l'équilibre des pouvoirs. Le Conseil, en tant qu'acteur du système, se trouve dans une situation d'interdépendance avec les autres pouvoirs et plus généralement avec la société. Cette situation n'est pas dénuée de vertus (A) mais peut aussi basculer vers une situation de dépendance nuisible à l'impartialité du Conseil (B).

[1093] A. KOJEVE, *Esquisse d'une phénoménologie du droit...*, *op. cit.*, p. 73 : « *Si A et C ou B et C ne font qu'un, la situation n'a rien de juridique. C'est évident et cela a toujours été admis : on ne peut pas être juge et partie en même temps* ».
[1094] « Tiers », *TLFI*, *op. cit.,* II.
[1095] Le terme de « tiers » indique une extériorité totale d'un individu à un ensemble de deux groupes ou de deux personnes, alors que l'indépendance est une notion plus précise en ce qu'elle vise spécifiquement l'absence de lien de soumission, de solidarité ou de causalité entre deux individus ou organes.

A. Les vertus de l'interdépendance

494. L'interdépendance est une situation de dépendance réciproque : les acteurs de la société et du système politique se déterminent mutuellement. L'idée que nous développons n'est en rien neuve : elle renvoie à ce qu'avait vu Montesquieu lorsqu'il envisageait la séparation des pouvoirs comme un « *principe automatique* »[1096] permettant un équilibre et donc une limitation des pouvoirs.

495. Les décisions du Conseil ont un impact politique évident et ce dès les premières années de son existence. Il suffit de penser à la décision de 1962 sur l'élection du Président de la République au suffrage universel pour s'en convaincre. Il est néanmoins convenu que la décision *Liberté d'association* de 1971, combinée avec l'ouverture de la saisine en 1974, permit au Conseil de passer du rôle d'arbitre entre les pouvoirs publics à celui de gardien des droits fondamentaux. L'entrée en vigueur de la QPC en 2010 constitua enfin un tournant majeur dans la vie de l'institution. Le Conseil, saisi par le simple justiciable et censurant des lois ayant déjà produit des effets sur la société, agit encore plus directement sur celle-ci.

496. Le Conseil dispose donc indubitablement **d'une parcelle de pouvoir**, défini comme la capacité à déterminer les comportements d'autrui[1097]. Or si tout juge dispose d'un pouvoir au sens où ses décisions produisent forcément des effets sur un certain nombre d'individus, les décisions du Conseil impactent potentiellement la société dans son ensemble. En cela, le Conseil dispose **d'un pouvoir de nature politique, c'est-à-dire ayant une incidence sur la société organisée dans sa globalité**. Cette situation n'est pas propre au Conseil constitutionnel : « *Le juge administratif, parce qu'il est le juge de l'exécutif, donc du pouvoir, est amené, par la force des choses, à jouer un rôle politique, qui s'exprime autant par la diffusion de certaines valeurs que par des interventions plus directes dans la vie politique* »[1098]. Il en est de même de la Cour de cassation lorsqu'elle statue par exemple en matière de bioéthique, de droit des personnes ou de protection des consommateurs, ou de toute autre cour constitutionnelle amenée à contrôler la constitutionnalité des lois.

[1096] « Séparation des pouvoirs », M. TROPER, *in* C. VOLPILHAC-AUGER (dir.), *Dictionnaire Montesquieu* [en ligne], ENS Lyon, septembre 2013, disponible sur : <http://dictionnaire-montesquieu.ens-lyon.fr/fr/article/1376427308/fr/>.
[1097] M. TROPER, *La théorie du droit, le droit, l'État*, *op. cit.*, p. 96.
[1098] D. LOCHAK, « Le Conseil d'État en politique », *Pouvoirs*, n°123, 2007/4, p. 19.

497. Du fait de ce pouvoir, les juges peuvent être tentés d'influencer le devenir de la société en fonction de leurs préférences subjectives. Le juge ordinaire et *a fortiori* le juge constitutionnel :

> *n'agit pas exclusivement pour des raisons spécifiquement juridiques. En effet, il est déterminé par la société à laquelle il appartient. Or son intervention modifie cette société. Et puisque la société le détermine, la modification de la société va le modifier lui-même. Il ressentira donc le contrecoup de son intervention. C'est-à-dire qu'il ne sera pas « désintéressé », il sera toujours plus ou moins « partie », et non un « tiers » véritable*[1099].

En effet, la loi régit la société dans son ensemble, société à laquelle appartient le juge. Sans avoir un intérêt matériel directement en cause, le juge peut être tenté de faire prévaloir ses préférences personnelles concernant cette société à laquelle il appartient[1100]. Le débat sur le mariage pour tous démontre ce nécessaire « intéressement » de chacun lorsque des choix de société sont en cause. Alors qu'accorder le droit de se marier aux homosexuels ne porte en aucune manière atteinte au droit des hétérosexuels de se marier[1101], le débat sur le *mariage pour tous* fut l'un des plus agités de la décennie.

498. Néanmoins, si le juge constitutionnel détermine la société, il est aussi déterminé par elle. La professeure Lochak estime dans sa thèse que, si le juge administratif fait de la politique, il ne fait pas pour autant *sa* politique : « *Le fait de tenir compte des nécessités gouvernementales, de l'état de l'opinion, du climat politique, rend la marge de manœuvre du juge administratif relativement étroite pour imposer ses propres vues* »[1102]. Nous avons tiré dans la première partie de notre étude une

---

[1099] A. KOJEVE, *Esquisse d'une phénoménologie du droit...*, *op. cit.*, p. 81.

[1100] Le juge constitutionnel se trouve alors dans une situation comparable à celle de l'ethnologue qui se dit incapable de juger sa propre civilisation : « *Cette contradiction paraît se résorber quand nous passons de la considération de notre société à celle de sociétés qui sont autres. Car, entraînés nous-mêmes dans le mouvement de la nôtre, nous sommes en quelque sorte partie au procès. Il ne dépend pas de nous de ne pas vouloir ce que notre position nous oblige à réaliser ; quand il s'agit de sociétés différentes, tout change : l'objectivité, impossible dans le premier cas, nous est gracieusement concédée* » (C. LEVI STRAUSS, *Tristes tropiques*, Pocket, 2007, p. 460).

[1101] CC, 2013-669 DC, 17 mai 2013, *Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe*, commentaire, p. 16 : « *Ouvrir aux homosexuels la possibilité de se marier ne restreint pas la possibilité des hétérosexuels de se marier* ».

[1102] D. LOSCHAK, *Le rôle politique du juge administratif français*, *op. cit.,* p. 321. Elle ajoute p. 322 : « *Si par conséquent, une idéologie relativement stable et cohérente sous-tend la jurisprudence administrative, et si l'on décèle aisément dans les solutions jurisprudentielles des prises de position politiques, il semble inexact – ou pour le moins exagéré – d'en inférer que le juge administratif cherche à imposer son éthique propre. Car comme tout corps "situé" dans un milieu politique et social donné, le juge ne fait que*

conclusion proche pour le Conseil constitutionnel. Les juges constitutionnels sont particulièrement sensibles à la question de leur légitimité puisque de celle-ci dépend l'exercice de leur pouvoir[1103]. Cette légitimité étant de surcroit essentiellement matérielle et dépendante de nombreux acteurs, la place laissée aux préférences individuelles des juges dans l'appréciation de la constitutionalité de la loi s'en trouve limitée[1104].

499. Notre conclusion diffère cependant de celle de madame Lochak pour qui cette dépendance du juge à son environnement remet en cause l'idée d'un juge impartial :

> *on remet ainsi en cause l'idée d'un juge impartial, statuant à l'abri des contingences politiques. Mais aucun juge - et le juge administratif moins que tout autre - n'est enfermé dans sa tour d'ivoire. Il subit nécessairement les influences extérieures, et les solutions juridiques qu'il propose reflètent implicitement des choix politiques*[1105].

Sa conclusion est sans appel : « *l'étude de la jurisprudence fait apparaître clairement le caractère illusoire de l'impartialité du juge administratif* »[1106]. Cette critique est à notre sens excessive. Le comportement du juge est déterminé par un certain nombre de causes, notamment politiques, mais le juge n'est véritablement partial que lorsque ces contraintes sont telles qu'elles placent le juge dans une situation de soumission, consciente ou inconsciente, lui retirant sa liberté de choix, c'est-à-dire sa liberté de juge. Enfin, si l'on devait concevoir le juge impartial comme le juge libre de toute influence, de toute dépendance, donc agissant en dehors de la société, **ce juge entièrement libre aurait la possibilité, réelle et tangible, d'agir de façon arbitraire**, ce qui est impossible pour le juge constitutionnel français aujourd'hui. Cette sensibilité à la *doxa* est donc vertueuse dans la mesure où elle limite le pouvoir du juge. Autrement dit, il faut faire le deuil du personnage du spectateur impartial :

---

traduire, dans sa jurisprudence, les options idéologiques dominantes dans ce milieu ».

[1103] La thèse de S. Salles sur le conséquentialisme du Conseil constitutionnel le montre bien. Se fondant à la fois sur les délibérations publiées et les décisions, elle démontre comment, depuis ses débuts, le Conseil accorde une grande importance à la réception de ses décisions, tant par l'opinion publique que par les autres pouvoirs : « *les délibérations montrent combien les conseillers sont inquiets des conséquences "Conseil", c'est-à-dire de l'analyse des conséquences de la décision au regard de la légitimité et de la stabilité de leur propre institution* (S. SALLES, *Le conséquentialisme dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, LGDJ, 2016, p. 99).

[1104] Voir nos conclusions concernant la liberté d'interprétation du Conseil constitutionnel *supra* §132.

[1105] D. LOSCHAK, *Le rôle politique du juge administratif français*, *op. cit*., p. 241.

[1106] *Ibid.*, p. 318.

> *Le spectateur, par définition, est impartial : aucun rôle ne lui est assigné. Donc, se mettre à l'écart de toute participation directe pour s'installer en un point de vue hors du jeu est une condition* sine qua *non de tout jugement. Ensuite, ce qui intéresse l'acteur, c'est la* doxa*, la renommée - c'est-à-dire l'opinion des autres (le mot* doxa *veut dire à la fois « renommée » et « opinion »). La renommée s'acquiert grâce à l'opinion des autres. Pour l'acteur, la question décisive est donc de savoir comment il apparaît aux autres* [dokei tois allois] *; l'acteur est dépendant de l'opinion du spectateur ; il n'est pas (pour parler en langage kantien) « autonome »*[1107].

Si le Conseil en tant qu'acteur est dépendant du regard du spectateur, cette dépendance ne le place pas nécessairement dans une situation de soumission nuisible à son impartialité et constitue même une limite nécessaire à son pouvoir et donc au risque de partialité lié à une utilisation abusive de celui-ci. Cet équilibre peut toutefois être rompu.

B. De l'interdépendance à la dépendance : la raison d'État et les questions de société

500. Le rôle d'acteur joué par le Conseil n'est pas sans inconvénient. Nous avons précédemment souligné que le Conseil est dépendant d'autres acteurs pour exercer concrètement son pouvoir[1108]. Comme le remarque S. Benzina, « *L'isolement institutionnel du Conseil constitutionnel l'empêche en général d'assurer lui-même l'effectivité de ses décisions. Il est complètement dépendant des destinataires, ceux-là mêmes qui doivent exécuter ses décisions, pour en garantir la pleine effectivité* »[1109]. Cette dépendance n'entraîne pas la partialité du Conseil, c'est-à-dire que le Conseil n'est pas lié, par un lien de subordination, à ces autorités.

501. Cependant, le Conseil ne peut échapper à son rôle d'acteur dont les décisions s'imposent juridiquement à tous et en premier lieu aux pouvoirs législatif et exécutif. Ainsi les membres du Conseil ont sans cesse à l'esprit la question de l'impact de leurs décisions sur les rapports du Conseil avec les autres organes de l'État. R.

[1107] H. ARENDT, *Juger : sur la philosophie politique de Kant, op. cit.,* p. 89. H. Arendt décrit ici une « *des conceptions les plus anciennes, les plus décisives, de la philosophie. L'idée de la supériorité du mode de vie contemplatif provient entièrement de cet aperçu – tôt apparu – selon lequel la signification (ou la vérité) ne se révèle qu'à ceux qui s'abstiennent d'agir* » (p. 88).

[1108] Voir *supra* §196.

[1109] S. BENZINA, « L'effectivité des décisions QPC du Conseil constitutionnel », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel,* n° 57, octobre 2017, p. 121.

Lecourt, lors de la délibération de la décision *Loi d'orientation agricole*, se fait le reflet de ces préoccupations à propos de la saisine d'office. Cette question touchant directement à l'équilibre des pouvoirs entre le Conseil et le législateur fit l'objet de longs débats entre les juges :

> *Quelles seraient les limites de la poussée que l'on donnerait à la jurisprudence du Conseil et à l'interprétation de l'article 61 ? N'oublions pas qu'en face de nous nous avons le pouvoir législatif qui, si diminué soit-il dans l'actuelle Constitution, reste le pouvoir de faire la loi issue de la représentation nationale. Pouvons-nous, dans ces conditions, aller au-delà de ce qui, pour nous, est fondamental en matière de Constitution ?*[1110].

Nous l'avons souligné précédemment, souffrant d'un déficit de légitimité élective, le Conseil constitutionnel est traditionnellement respectueux de la volonté majoritaire[1111]. Cette déférence est particulièrement forte lors de périodes « exceptionnelles ». Durant ces périodes qui affectent en profondeur l'équilibre des pouvoirs, le Conseil a pu faire preuve d'une grande retenue au détriment de l'accomplissement de sa mission. Se pose alors la question de savoir si, dans ces circonstances, le Conseil ne se soumet pas, par avance, à la volonté majoritaire, ce qui le rendrait partial.

502. La période 2015-2017, durant laquelle le régime de l'état d'urgence fut prolongé plusieurs fois en réaction aux attentats qui ont touché la France, constitue une base de réflexion possible pour cette question. Durant cette période, si le contrôle n'a pas été absent, le Conseil a fait preuve d'une grande réserve en certaines occasions. La décision n° 2015-527 QPC[1112], qui concernait l'assignation à résidence d'un militant écologiste radical durant la COP21, en est un exemple. Dans cette décision, le Conseil accepte que les autorités administratives puissent assigner à résidence une personne dès lors qu' « *il existe des raisons sérieuses de penser que son comportement constitue une menace pour la sécurité et l'ordre publics* »[1113] et renvoie au juge administratif le soin de vérifier que la mesure est nécessaire, adaptée et proportionnée à la finalité poursuivie[1114]. Dans cette décision, le Conseil ne se saisit pas des griefs invoqués par le requérant pour lui-même préciser la notion de « *menace pour la sécurité et l'ordre*

[1110] J. BONNET *et al., Les grandes délibérations..., op. cit.,* p. 358.
[1111] Voir *supra* §188 et s. Nous avons néanmoins reconnu et souligné que la retenue du Conseil n'est pas une attitude constante mais ponctuelle (§209 et s.)
[1112] CC, 2015-527 QPC, 22 décembre 2015, *M. Cédric D. [Assignation à résidence dans le cadre de l'état d'urgence]*.
[1113] Loi n° 55-385 du 3 avril 1955 *relative à l'état d'urgence,* art. 6 al. 1.
[1114] Décision n° 2015-527 QPC précitée, §12.

publics » et imposer l'exigence d'un lien direct entre les motifs de la déclaration de l'état d'urgence et ceux des assignations à résidence. Il élude par ailleurs complètement l'argument tiré de la violation des libertés de manifestation et de réunion. Comme le note A. Roblot-Troizier, on lit dans cette décision « *l'embarras* [...] *des juges qui, dans le contexte de l'état d'urgence, n'oseraient pas prendre la responsabilité de remettre en cause l'efficacité de la politique menée par les pouvoirs publics pour protéger la population des menaces terroristes* »[1115].

503. La retenue du Conseil n'est pourtant pas constante dans le cadre de l'état d'urgence. Ainsi, la décision n° 2016-536 QPC[1116], qui portait sur les perquisitions et les saisies administratives, est une décision de non conformité partielle, le Conseil censurant les dispositions permettant à l'autorité administrative de copier toutes les données informatiques auxquelles il aura été possible d'accéder lors d'une perquisition. Un autre exemple de censure est la décision n° 2017-684 QPC du 11 janvier 2018[1117] concernant les zones de protection ou de sécurité dans le cadre de l'état d'urgence. Dès lors, « *ne pourrait-on objectivement conclure qu'après une phase initiale de grande prudence et souplesse, le Conseil constitutionnel se serait ressaisi en jouant le rôle de gardien des droits et libertés que lui confrère l'article 61-1 de la Constitution ?* »[1118]. L'enthousiasme doit être tempéré : la doctrine a constaté l'ineffectivité du contrôle durant cette période[1119] et le « *fléchissement des frontières du droit commun* »[1120] que le Conseil n'a pas su endiguer. Il a cependant pu être remarqué que si l'effet utile des décisions rendues dans le cadre de l'état d'urgence pouvait être très limité pour le justiciable saisissant le Conseil, les décisions « *permirent, par leur importante portée médiatique, de générer des retombées effectives probantes pour la collectivité* »[1121].

504. Si le Conseil ne se soumet pas totalement à la volonté majoritaire durant l'état d'urgence, force est de constater qu'il s'incline parfois largement devant celle-ci. Plus précisément, le Conseil s'incline devant la raison d'État, qui pourrait être vue

---

[1115] A. ROBLOT-TROIZIER, « Assignations à résidence en état d'urgence », *RFDA,* 2016, p. 123.
[1116] CC, 2016-536 QPC, 19 février 2016, *Ligue des droits de l'homme [Perquisitions et saisies administratives dans le cadre de l'état d'urgence]*.
[1117] CC, 2017-684 QPC, 11 janvier 2018, *Associations La cabane juridique / Legal Shelter et autre [Zones de protection ou de sécurité dans le cadre de l'état d'urgence]*.
[1118] O. BEAUD, C. GUERIN-BARGUES, *L'état d'urgence, une étude constitutionnelle, historique et critique,* 2e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2018, p. 161.
[1119] *Ibid.*
[1120] O. PLUEN, « Le(s) rôle(s) de contrôle du Conseil constitution et de la juridiction administrative pendant la période d'état d'urgence 2015-2017 : entre progression et limites d'une spécificité française », *Droits,* n° 69, 2019/1, p. 233.
[1121] E. CARTIER (resp. sc.), « Les justiciables de la QPC. Identification et mobilisation d'un outil processuel sui generis », *Titre VII* [en ligne], hors-série, octobre 2020.

comme une norme non écrite à valeur supraconstitutionnelle[1122]. Comme le note D. Baranger,

> *Le Conseil constitutionnel n'a pas protégé les libertés. Le juge administratif a censuré très peu de décisions administratives prises sur le fondement de l'état d'urgence. Il est rare que les libertés soient en sûreté dans un système où les pouvoirs ne se contrôlent pas et ne se limitent pas mutuellement. L'État de droit à la française, dont les traits se sont encore accusés lors du présent état d'urgence, n'est pas un système de contre-pouvoirs mais de concentration des pouvoirs*[1123].

Cette déférence du Conseil à l'égard de la raison d'État trouve une illustration plus ancienne dans les comptes rendus des délibérations relatifs à l'élection présidentielle de 1995. Le Conseil constitutionnel sauva littéralement en cette occasion les comptes de campagne de J. Chirac et de E. Balladur alors que ceux-ci dépassaient très manifestement les plafonds autorisés afin d'éviter de remettre en cause la légitimité du président élu[1124]. Ceci les conduisit à valider non seulement les comptes du président Chirac mais aussi ceux de E. Balladur sans informer la justice de l'existence de certaines sommes dont l'origine était manifestement illégale. Une autre illustration de cette déférence à l'égard de la raison d'État est enfin la décision n° 2020-799 DC relative à l'épidémie de covid-19, énonçant que « *Compte tenu des circonstances particulières de l'espèce, il n'y a pas lieu de juger que cette loi organique a été adoptée en violation des règles de procédure prévues à l'article 46 de la Constitution* »[1125]. La doctrine a justement relevé que le choix consistant à faire primer la raison d'État sur les

---

[1122] Il est possible, selon une certaine doctrine, plus implicite qu'explicite, de voir la raison d'État comme faisant partie intégrante du système juridique : « *Ce droit non écrit, qui n'est autre que la raison d'État* [...]*, constitue donc un élément essentiel de l'ordre juridique, voire sa norme suprême à laquelle toutes les autres se trouvent subordonnées de façon permanente et pas seulement exceptionnelle. Si le respect du droit est une condition du maintien de l'ordre et de l'existence de l'État, il s'avère donc que, réciproquement, le maintien de l'existence de l'État constitue un élément de l'ordre juridique ; c'est même l'ordre suprême sans lequel il n'y a plus ni État, ni droit de l'État* » (M.-J. REDOR, *De l'État légal à l'État de droit..., op. cit.,* p. 301).

[1123] D. BARANGER, « Quel "État de droit" ? Quels contrôles ? Le juge des référés et le maintien en vigueur de l'état d'urgence », *RFDA,* 2016, p. 355-363. C'est aussi la conclusion d'O. Beaud et C. Guérin-Bargues : « *Ne s'en étonneront en effet que ceux qui ignorent un fait socio-politique essentiel : la place secondaire du droit dans la culture française et la prééminence des "légistes" dans sa fabrication. Derrière le mince vernis du constitutionnalisme continue ainsi de transparaître ce qui constitue l'ADN de l'État français : la raison d'État* » (O. BEAUD, C. GUERIN-BARGUES, *L'état d'urgence..., op. cit.*, p. 192).

[1124] Dans l'attente de la publication des comptes rendus des délibérations sur le site internet du Conseil constitutionnel, voir la publication d'extraits de ces comptes rendus : E. GUEGUEN, S. TRONCHET, CELLULE INVESTIGATION DE RADIO FRANCE, « Présidentielles 1995 : quand le Conseil constitutionnel a manœuvré pour "sauver" le Président Chirac », *Franceculture.fr,* 20 octobre 2020, disponible sur : < https://www.franceculture.fr/politique/presidentielle-1995-quand-le-conseil-constitutionnel-a-manoeuvre-pour-sauver-le-president-chirac>.

[1125] CC, 2020-799 DC, 26 mars 2020, *Loi organique d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19*, §3.

exigences constitutionnelles, même procédurales, n'est pas une évidence, contrairement à ce que la décision laisse entendre[1126].

505. La retenue du Conseil constitutionnel n'apparaît pas totale en ces circonstances. Nous ne parlerons donc pas d'une situation de soumission conduisant systématiquement à la partialité du Conseil. Néanmoins, force est de constater que la situation être parfois très ambiguë durant ces périodes. Le déséquilibre des pouvoirs que nous constatons est lié à l'histoire du Conseil qui n'a pas été conçu comme un contre-pouvoir[1127]. Cette idée de ce que doit être la justice constitutionnelle *à la française* reste aujourd'hui largement partagée[1128].

506. Une autre situation menant potentiellement à la partialité du juge est celle précédemment évoquée des questions de société, qui font l'objet d'une présomption irréfragable de constitutionnalité[1129] depuis la décision *IVG* de 1975. Lorsqu'il examine une question de société, le Conseil constitutionnel ne prend pas parti sur la question de fond qui lui est posée et reste donc impartial sur le fond, refusant par exemple de répondre à la question de savoir ce qu'est une personne humaine. En revanche, sa décision peut être qualifiée de partiale au sens où l'on sait par avance qu'elle sera une décision de conformité. Une telle jurisprudence peut être analysée comme reflétant une soumission automatique du Conseil à la volonté majoritaire. **Cette partialité est-elle nécessaire, garantissant la société contre les excès du juge lui-même ?** En contraignant les juges constitutionnels à rester neutres sur des questions telles que l'homoparentalité, cette jurisprudence permet d'éviter que ces derniers imposent leur morale propre à la société et laisse à la volonté majoritaire l'entière responsabilité de ses choix[1130].

[1126] Voir not. J. JEANNENEY, « La non-théorie des "circonstances particulières" », *AJDA*, n° 15, 27 avril 2020, p. 843-847.

[1127] Sa composition est aussi certainement en cause, voir *infra* §517.

[1128] Une opinion qui nous semble largement partagée, tant chez les juristes que chez les politiques, tant à l'intérieur qu'à l'extérieur du Conseil, est que le Conseil ne doit pas se transformer en Cour suprême activiste (tout juste peut-on parler de cour constitutionnelle depuis la mise en place de la QPC). Voir not. M. GUILLAUME, « Avec la QPC, le Conseil constitutionnel est-il devenu une Cour suprême ? », *La semaine juridique, éd. générale*, n° 24, 11 juin 2012, p. 1180.

[1129] O. CAYLA, « "Si la volonté générale peut errer"... », *op. cit.*, p. 49. Voir *supra* §220 et s.

[1130] Rappelons que le Conseil reste maître du périmètre de cette catégorie juridique et peut faire entrer un élément dans cette catégorie pour les raisons de son choix. Néanmoins, plus la catégorie prend forme, plus la jurisprudence s'affirme et devient contraignante pour l'avenir.

507. Cependant, cette jurisprudence conduisant à la soumission automatique du Conseil à la volonté majoritaire possède de nombreux inconvénients. Nous avons d'abord remarqué à propos de la décision *Mariage pour tous* que le Conseil a rendu une décision juridiquement peu convaincante, conséquence logique de la partialité du Conseil[1131]. En outre, cette jurisprudence conduit le Conseil à créer volontairement un « vide constitutionnel » en matière d'éthique, concernant non seulement le droit de la famille mais aussi des questions de santé publique :

> *En neutralisant la Constitution, le Conseil laisse entendre qu'elle ne contient aucune orientation substantielle en matière de déontologie de la santé, et s'en remet au législateur pour en définir les grandes lignes. On assiste paradoxalement à une « hiérarchie inversée » au sein de l'ordre juridique où les principes généraux de la déontologie sont définis par le pouvoir réglementaire et précisés par la loi, en dehors du cadre constitutionnel*[1132].

Lorsque le Conseil ne se saisit pas de ces questions, celles-ci sont, de fait, appréhendées par d'autres autorités, ce qui conduit à un renversement de la hiérarchie des normes que l'on peut observer non seulement en matière d'éthique mais aussi concernant l'état d'urgence[1133]. La catégorie des « questions de société » n'est pas, de plus, une catégorie fermée et a vocation à s'enrichir avec le temps[1134]. Enfin par principe, cette jurisprudence conduisant le Conseil à une forme de partialité, est dommageable.

508. Une nuance peut cependant être apportée à ce constat avec la décision n° 2013-669 DC. Cette décision est une décision de conformité mais le Conseil émet une réserve à propos de l'adoption, qu'elle soit effectuée par un couple hétérosexuel ou homosexuel, consistant à prendre en compte l'intérêt de l'enfant[1135]. Cette réserve

---

[1131] Voir *supra* §134 et s.

[1132] J.-F. KERLEO, « Déontologie et santé publique en droit constitutionnel », *Médecine & Droit,* 2016, p. 156.

[1133] Voir D. BARANGER, « Quel "État de droit" ?... », *op. cit*, p. 355 : « *le contrôle juridictionnel a pris fréquemment la forme étrange de la coopération entre un juge de l'urgence n'ayant pas peur des considérants de principe et d'un juge constitutionnel très modéré, pour ne pas dire timide, dans l'exercice de son contrôle. C'est un renversement des choses qui peut intriguer. Du premier point de vue, en tout cas, le juge de l'urgence devient* de facto *l'arbitre des questions qui ne sont nullement accessoires et touchent à l'évidence au fond même des problèmes de droit soulevés par la proclamation de l'état d'urgence* ».

[1134] Voir A. ROBLOT-TROIZIER, « Chronique de droits fondamentaux et libertés publiques », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 46, 2015/1, p. 105 : « *les "questions de société" ne constituent pas une catégorie juridique prédéterminée et ne sont que celles que le Conseil constitutionnel décide d'identifier comme telles* ».

[1135] CC, 2013-669 DC, 17 mai 2013, *Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe,* §53.

montre que, si le Conseil valide la loi dans son ensemble, il peut contrôler certains de ses éléments. En effet, si la réserve d'interprétation est un moyen pour le juge constitutionnel de ne pas censurer la loi et donc de ne pas empêcher le législateur d'agir, c'est aussi un moyen pour le Conseil d'exercer son pouvoir : « *On peut d'ailleurs penser que l'étendue du pouvoir du Conseil se mesure en grande partie dans cette solution intermédiaire, qui lui permet de se prononcer en s'affranchissant de l'alternative conformité / non-conformité* »[1136]. Néanmoins, c'est aussi une manière d'accomplir sa mission, même lorsque les circonstances l'invitent à s'effacer devant la volonté du législateur. La décision *Mariage pour tous* en est l'exemple puisque la réserve émise est directive[1137]. Son pouvoir d'appréciation apparaît d'autant plus réel qu'il fait application de sa jurisprudence *État d'urgence en Nouvelle-Calédonie*[1138] le conduisant à examiner des dispositions déjà promulguées. Cet exemple vient relativiser la subordination du Conseil constitutionnel au législateur en cette occurrence. Toutefois, la quasi-totalité des décisions portant sur des « questions de société » sont des décisions de conformité totale[1139].

509. Face à la raison d'État et aux questions éthiques, le Conseil a tendance à se placer en situation de soumission à la volonté majoritaire, ce qui porte atteinte à son impartialité. Cela reflète un déséquilibre assumé par le Conseil constitutionnel entre le pouvoir politique et la justice constitutionnelle en France. À notre sens, ce déséquilibre pourrait être remis en cause afin que le juge constitutionnel accomplisse pleinement sa mission en toutes circonstances.

510. Le risque de dépendance ici relevé est organique : il concerne les liens entre le Conseil et les autres organes constitutionnels. Cependant, le risque de dépendance est

---

[1136] J. THOMAS, *L'indépendance du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 328.

[1137] Décision n° 2013-669 DC précitée, §53 : « *que les dispositions relatives à l'agrément du ou des adoptants, qu'ils soient de sexe différent ou de même sexe, ne sauraient conduire à ce que cet agrément soit délivré sans que l'autorité administrative ait vérifié, dans chaque cas, le respect de l'exigence de conformité de l'adoption à l'intérêt de l'enfant qu'implique le dixième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 ; que, sous cette réserve, les dispositions des articles L. 225-2 et L. 225-17 du code de l'action sociale et des familles ne méconnaissent pas les exigences du dixième alinéa du Préambule de 1946 ;* ».

[1138] Jurisprudence lui permettant d'examiner une disposition déjà promulguée à l'occasion de l'examen des dispositions législatives qui la modifient, la complètent ou affectent son domaine (CC, 85-178 DC, 25 janvier 1985, *Loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances*).

[1139] La décision n° 2014-700 DC du 31 juillet 2014, *Loi pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes,* est une décision de non conformité partielle mais la non conformité concerne une question procédurale distincte des dispositions relatives à l'IVG. Les sept autres décisions labellisées « question de société » sont des décisions de conformité.

aussi personnel pour les juges constitutionnels qui peuvent individuellement faire l'objet de pressions[1140].

§II. Un risque de dépendance personnelle à circonscrire

511. Les juges constitutionnels français sont historiquement proches du milieu politique : le Conseil fut, dès le départ, composé de fidèles du général de Gaulle, ce qui posa immédiatement la question de l'indépendance du Conseil[1141]. Cette proximité perdure aujourd'hui : les juges constitutionnels sont au cœur des enjeux de pouvoir, ce qui entraîne un risque supérieur de dépendance personnelle (A). Le dispositif actuel mériterait donc d'être complété afin de mieux appréhender ce risque (B).

A. Les juges constitutionnels au cœur des enjeux de pouvoir

512. L'existence d'une proximité entre les juges constitutionnels et le milieu politique est facile à établir. Cette proximité avec le monde politique, si elle est source d'influences, n'est pas nécessairement source de dépendance (1). Néanmoins, l'accessibilité des juges au monde politique, combinée avec le fait que le monde politique est « intéressé » par le contrôle de constitutionnalité, crée un risque de dépendance potentiellement nuisible à l'impartialité des juges à titre individuel (2).

[1140] Nous étudions successivement ces deux facettes de l'indépendance du Conseil mais elles sont étroitement liées : on peut penser, en particulier, que la composition du Conseil constitutionnel a une incidence sur l'indépendance organique du Conseil au sens où le comportement individuel des juges et leurs conceptions influencent inévitablement la jurisprudence du Conseil.

[1141] Voir les développements de J. Thomas sur ce point (J. THOMAS, *L'indépendance du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 114-120). Voir aussi l'anecdote rapportée par F. Luchaire dans son manuel et qui résume bien la situation de dépendance du Conseil à l'égard de l'exécutif jusqu'au départ du général de Gaulle : « *Lorsque je siégeais au Conseil, chaque année son Président donnait une réception à laquelle participait le chef de l'État. Pendant plusieurs années, M. Gaston Monnerville, président du Sénat n'y fut pas invité car le Général de Gaulle avait décidé de ne plus l'inviter à l'Élysée. J'avais alors conseillé au président du Conseil constitutionnel de faire deux réceptions en répartissant les invitations ; huit jours plus tard il me répondit : "impossible, l'Élysée ne veut pas"* » (F. LUCHAIRE, *Le Conseil constitutionnel*. *Tome I...*, *op. cit.*, p. 89). Voir dans le même esprit les propos tenus par G. Palewski : *« Tant que le siège présidentiel avait été occupé par le Général, le Conseil constitutionnel avait été rangé, par les critiques du régime, au nombre des "béni-oui-oui". À cet égard, je dois plaider coupable. En effet il me semblait absurde d'expliquer à l'auteur de la Constitution de quelle manière celle-ci devait être appliquée. Quand, à cet égard, j'exprimais de timides réserves, le Général avait beau jeu de m'expliquer les raisons précises qui lui avaient fait adopter tel article, et je ne pouvais retourner la Constitution contre son auteur !* » (G. PALEWSKI, *Mémoires d'action : 1924-1974,* Plon, 1988, p. 292).

1. Une proximité avec le monde politique

513. Certains liens de dépendance sont plus difficiles à rompre que d'autres. Si le statut peut empêcher que se crée un lien de subordination du fait de l'exercice d'une activité extérieure, il n'a aucune prise sur les **liens purement informels** existant entre le juge et d'autres individus. C'est ce que rappelle la professeure E. Jouannet,

> *Du reste, l'indépendance radicale est une utopie comme nous l'enseigne l'histoire et comme le démontre toute sociologie politique des pouvoirs. Un ensemble de réseaux de pouvoirs et de connexions non officielles se recrée toujours de façon souterraine entre la justice et les autres pouvoirs si on cherche à les briser complètement de façon officielle*[1142].

Les juges constitutionnels français entretiennent de multiples connexions informelles avec le monde politique. En effet, le Conseil constitutionnel a toujours été composé d'individus issus ou proches du monde politique. Les présidents du Conseil constitutionnel ont ainsi toujours eu une carrière politique au plus haut niveau : de L. Noël à L. Fabius, ils ont quasiment tous été parlementaires et ministres. Seul P. Mazeaud n'a pas été ministre, mais il fut secrétaire d'État et seuls L. Noël et R. Badinter n'ont pas exercé de fonctions parlementaires, mais ils furent ministres. Les liens existant entre les présidents du Conseil et les détenteurs des autres pouvoirs sont donc forts, ce sont souvent d'ailleurs des liens d'amitié. F. Luchaire remarquait ainsi que,

> *depuis sa création, le Conseil a été successivement présidé par MM. Léon Noël, Gaston Palewski et Roger Frey qui ont été tous les trois des "fidèles" du Général de Gaulle, puis par MM. Daniel Mayer, Robert Badinter et Roland Dumas, amis du président François Mitterrand*[1143].

J.-L. Debré était, de même, un ami intime du Président J. Chirac, tout en étant notoirement hostile au Président N. Sarkozy. Un parallèle peut être effectué avec le Conseil d'État sur ce point. La professeure P. Gonod rappelle que le vice-président du Conseil d'État entretient des réseaux étroits dans les sphères politique et administrative et qu'il peut s'appuyer sur sa « *connaissance personnelle des membres du*

[1142] E. JOUANNET, « Actualité des questions d'indépendance et d'impartialité des juridictions internationales : la consolidation d'un tiers pouvoir international ? », *in* H. RUIZ FABRI, J.-M. SOREL (dir.), *Indépendance et impartialité des juges internationaux*, éditions A. Pedone, 2010, p. 289. L'auteure se réfère à l'ouvrage de U. BECK, *Pouvoir et contre-pouvoir à l'heure de la mondialisation*, Flammarion, 2003, 595 p.

[1143] F. LUCHAIRE, *Le Conseil constitutionnel*. *Tome I...*, *op. cit.*, p. 89.

gouvernement ou du Parlement, avec lesquels il a pu tisser des relations au cours de sa propre carrière »[1144]. Évoquant les propos du président Denoix de Saint Marc, qui fut membre du Conseil constitutionnel ensuite, elle affirme qu' « *il est plus aisé de négocier les crédits du Conseil d'État et de la juridiction administrative avec un ministre des Finances que l'on tutoie* »[1145]. Elle note à l'appui de cette affirmation que, depuis 1987, les vice-présidents du Conseil d'État ont tous exercé les fonctions de secrétaire général du Gouvernement (à l'exception de B. Lasserre, en poste depuis 2018).

514. Ainsi les présidents du Conseil ainsi que les vice-présidents du Conseil d'État se trouvent, de façon purement relationnelle, étroitement liés au monde politique. Les ouvrages de L. Noël et de J.-L. Debré témoignent de l'existence de ces liens constamment entretenus avec les détenteurs du pouvoir[1146]. La justice constitutionnelle entretient, de façon générale, des liens étroits avec les détenteurs du pouvoir. Les présidents des cours constitutionnelles, bien qu'étant juristes de haut niveau, se trouvent dans une grande proximité avec le pouvoir exécutif en particulier. On peut cependant penser que cette proximité est accentuée pour le Conseil, non seulement concernant son président mais aussi les autres juges.

515. En effet, si la plupart des juges constitutionnels français sont titulaires d'un diplôme en droit[1147], la majorité a eu une carrière politique de haut niveau : environ 75% des juges proviennent du monde politique ou ont exercé leur métier dans une grande proximité avec celui-ci[1148]. Par ailleurs, environ 54% des juges constitutionnels ont été parlementaires et/ou ministres, ce qui n'empêche pas la plupart de posséder un diplôme en droit et un certain nombre d'entre eux d'être docteurs en droit ou agrégés de droit[1149].

516. La comparaison avec le Conseil d'État est à nouveau éclairante. En 2007, sur 300 membres en activité, seulement 31 avaient exercé un mandat politique ou une fonction au gouvernement, soit 10% d'entre eux[1150]. Il est vrai que cela n'empêche pas

[1144] P. GONOD, « Le vice-président du Conseil d'État, ministre de la juridiction administrative ? », *Pouvoirs,* n° 123, p. 130.
[1145] *Ibid.*
[1146] L. NOËL, *De Gaulle et les débuts de la V^e^ République*, *op. cit.* ; Y. BEAUVOIS, *Léon Noël..., op. cit.* ; J.-L. DEBRE, *Ce que je ne pouvais pas dire...*, *op. cit*.
[1147] Voir *infra* §579 et s.
[1148] Voir *infra* §582 pour des développements supplémentaires sur ces statistiques.
[1149] Par exemple R. Badinter, P. Coste-Fleuret, R. Lecourt ou L. Jozeau-Marigné.
[1150] O. BUI-XUAN, « Le Conseil d'État : quelle composition réelle ? », *Pouvoirs*, n° 123, p. 101.

la création de liens entre les juges administratifs et le politique : la véritable passerelle entre le monde politique et le Conseil d'État est celle de l'administration active, au sein de laquelle les membres du Conseil d'État occupent des postes clés, notamment dans les cabinets ministériels[1151]. Ainsi 107 membres du Conseil d'État travaillent ou ont travaillé dans un cabinet ministériel en 2007[1152], soit un tiers de l'effectif de l'année. Or ces postes peuvent devenir, dans la réalité, des fonctions politiques : « *Les cabinets sont en effet passés d'une fonction experte dans les années soixante, et à ce titre relativement peu associée à l'idée d'un engagement partisan, à une fonction d'état-major politique* »[1153]. Notons cependant que la proportion de membres du Conseil d'État au sein des cabinets ministériels a progressivement baissé entre 1958 et 2007, passant de 12% à 5%[1154]. Si le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel entretiennent des liens avec le politique, la proximité existant entre les juges constitutionnels et le monde politique est particulièrement flagrante.

517. Dans tous les cas, il existe bien « *Un ensemble de réseaux de pouvoirs et de connexions non officielles* »[1155] entre les juges, tant administratifs que constitutionnels, et le monde politique. Qui profite de ce réseau ? Alors que P. Gonod rappelle que les vice-présidents du Conseil d'État peuvent profiter de leur influence pour obtenir des crédits et réformer la justice administrative[1156], force est de constater que l'influence peut aussi s'exercer en sens inverse, comme le résuma le professeur P. Weil dans sa préface à la thèse de D. Lochak :

> *le Conseil d'État est trop proche, par son recrutement, sa composition, le climat dans lequel il baigne, des centres de décision politique pour ne pas vivre sur la même longueur d'onde qu'eux, pour ne pas ressentir envers les autorités qu'il est appelé à contrôler une sympathie au sens fort du mot, qui explique à elle seule l' « autolimitation » qui s'impose et la « sélectivité » du contrôle de laquelle il se contente. Faiseur de politique de par sa mission même, le Conseil d'État n'est guère plus qu'un démembrement de l'exécutif,*

[1151] *Ibid.*, p. 99 et s.
[1152] *Ibid.*, p. 99.
[1153] L. ROUBAN, « Le Conseil d'État 1958-2008 – Sociologie d'un grand corps », *Les Cahiers du CEVIPOF,* mai 2008, n° 49, p. 97. Voir aussi J. CHEVALLIER, « Le Conseil d'État, au cœur de l'État », *Pouvoirs*, 2007, n° 123, p. 5-17 ; D. LOSCHAK, *Le rôle politique du juge administratif français*, *op. cit.*, p. 26-32.
[1154] L. ROUBAN, « Le Conseil d'État 1958-2008... », *op. cit*., p. 100.
[1155] E. JOUANNET, « Actualité des questions d'indépendance... », *op. cit.*, p. 289.
[1156] P. GONOD, « Le vice-président du Conseil d'État... », *op. cit.,* p. 130.

mais sa proximité même du pouvoir lui permet d'exercer sur celui-ci une influence d'autant plus grande qu'il voit jusqu'où ne pas aller trop loin[1157].

Un constat très similaire a été fait concernant le Conseil constitutionnel par G. Bergougnous : « *Le contrôle de constitutionnalité, dans ses méthodes comme ses effets, traduit sinon trahit la grande proximité des préoccupations du législateur qui anime le Conseil* »[1158]. Cette sensibilité s'explique par la place du Conseil au sein des institutions et par son histoire mais aussi, et peut-être surtout, par la présence continue en son sein de membres proches ou issus du monde politique, qui restent liés à ce monde et partagent ses idées. Ainsi, les juges constitutionnels sont individuellement accessibles au monde politique, alors qu'un juge « classique » ne connaît pas les parties. Si certains estiment qu' « *il n'y a pas de parties à proprement parler* »[1159] devant le Conseil, le milieu politique n'en est pas moins intéressé par le procès constitutionnel.

2. Des juges potentiellement sous pression

518. Si l'on peut discuter de l'existence de parties au sens strict dans le cadre du contrôle de constitutionnalité des lois, il est incontestable qu'il y a bien des intérêts liés à l'issue du contrôle de constitutionnalité. À défaut d'être officiellement revêtus de la qualité de parties, ces intérêts s'expriment dans le cadre de la procédure : ils *participent* à celle-ci.

519. L'intérêt « supposé » de tous est celui fixé par la Constitution. Néanmoins, comme dans le cadre de n'importe quel procès, l'intérêt purement juridique comme le respect du principe de légalité ou bien d'un droit en particulier cache un intérêt plus relatif et personnel que chacun tire d'une déclaration d'inconstitutionnalité. Pour l'opposition qui saisit le Conseil, ce sera d'empêcher l'entrée en vigueur d'une loi qui serait contraire à son programme politique. Pour les pouvoirs exécutif et législatif, ce sera, en principe, d'éviter la censure. Pour la personne qui pose la QPC, de faire annuler

---

[1157] P. WEIL, « préface », *in* D. LOSCHAK, *Le rôle politique du juge administratif français*, *op. cit.*, p. VIII-IX.

[1158] G. BERGOUGNOUS, « Le Conseil constitutionnel et le législateur », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 38, 2013/1, p. 21 : « *Ce dernier comprend mieux que tout autre juge ses contraintes, reste attentif aux circonstances qui expliquent, si elles ne les justifient toujours, les choix qu'il opère et prend la mesure des considérations d'intérêt général qui s'attachent à l'intervention ou au maintien d'une législation. Sans doute, cette écoute et cette sensibilité trouvent-elles leur source dans la culture dominante des membres du Conseil qui, à en croire l'un d'eux, n'est autre que celle du Parlement* ».

[1159] M. GUILLAUME, « Avec la QPC, le Conseil constitutionnel est-il devenu une Cour suprême ? », *op. cit.*, p. 1180.

sa garde à vue. Le secrétariat général du Gouvernement, qui défend la loi devant le Conseil constitutionnel, peut avoir des intérêts propres, contraires à ceux du législateur alors même qu'il défend la loi devant le Conseil constitutionnel[1160]. Enfin, les auteurs d'une contribution extérieure ou les parties intervenantes ont, elles aussi, des intérêts qui leur sont propres.

520. Ces intérêts sont défendus par les différents acteurs qui participent, de près ou de loin, à la procédure. C'est alors que peuvent naître des pressions sur les juges constitutionnels. Or le Conseil présente une perméabilité particulière à ces intérêts à travers les liens informels entretenus entre ses juges et le monde politique, ce qui peut nuire à leur impartialité.

521. Les juges témoignent eux-mêmes de l'existence de ce risque. L'ouvrage le plus probant est celui d'Y. Beauvois, fondé sur les notes personnelles de L. Noël. L'on y apprend les pressions exercées par le pouvoir politique sur les juges en 1962[1161]. L. Noël relate par ailleurs les multiples pressions ayant pesé sur les membres du Conseil en 1963 lorsqu'il examina le caractère législatif des règles régissant l'établissement public de la R.T.F[1162]. En l'occurrence, malgré ces pressions, le Conseil rendit une décision contraire à la volonté du pouvoir exécutif, conduisant L. Noël à se féliciter de l'indépendance du Conseil en cette affaire[1163].

522. Le récit que fait J.-L. Debré de son passage au Conseil est, lui aussi, très éclairant. Les rencontres avec le monde politique et avec certains groupes d'intérêts y sont constantes[1164]. M. Debré explique notamment avoir « *convié Jean-Marc Ayrault à déjeuner après l'avoir dissuadé à plusieurs reprises d'inviter à Matignon les membres*

[1160] Un possible exemple de cela est rapporté par T. Perroud à propos des conflits d'intérêts dans la haute fonction publique : T. PERROUD, « Le Conseil constitutionnel contre la transparence », *JP Blog*, 16 décembre 2016, disponible sur : <http://blog.juspoliticum.com/2016/12/16/le-conseil-constitutionnel-contre-la-transparence/>.

[1161] Voir les tentatives de pression de G. Pompidou, alors ministre, sur J. Michard-Pélissier, qui susciteront un violent reproche de la part de L. Noël : « […] *il lui reprocha en termes aussi vifs que peu aimables - "Vous faites comme les taureaux : vous vous attaquez au bas ventre !" - d'avoir la veille, convoqué J. Michard-Pélissier pour tenter de le circonvenir. Pompidou essaya de nier qu'il ait "convoqué" ce membre du Conseil constitutionnel, puis admit qu'il l'avait bien rencontré* » (Y. BEAUVOIS, *Léon Noël : de Laval à de Gaulle via Pétain, 1888-1987*, Presses universitaires du Septentrion, 2001, p. 398).

[1162] *Ibid.*, p. 419-420.

[1163] *Ibid.*

[1164] Voir J.-L. DEBRE, *Ce que je ne pouvais pas dire...*, *op. cit.,* not. p. 29, 30, 31, 32, 33, 35, 36, 39, 42, 43.

du Conseil »[1165]. M. Debré nous a expliqué qu'en procédant ainsi, le président joue le rôle d'un « paravent » protégeant les autres membres des sollicitations du pouvoir politique et des groupes de pression[1166]. Néanmoins, un autre épisode relaté par J.-L. Debré fait apparaître toute la précarité de ce paravent. Il affirme ainsi avoir été appelé par le Premier ministre à propos de la *loi de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles*, afin de permettre à G. Collomb de conserver son mandat de maire tout en devenant président de la métropole lyonnaise. G. Collomb aurait aussi envoyé une note à un autre membre, tandis qu'un autre aurait été contacté par le président du Sénat[1167]. J.-L. Debré constate avant l'audience « *quelques conversions suspectes. Des influences pas uniquement politiques se sont vraisemblablement exprimées. Le téléphone a dû chauffer, comme on dit, dans certains bureaux* »[1168].

523. Certains juges se sont ici trouvés en situation de soumission. En effet, J.-L. Debré, avec une honnêteté qui nous éclaire autant qu'elle nous surprend, affirme ensuite : « *Après l'audience des QPC, je fais le point avec Marc Guillaume. Nous ne sommes dupes ni lui ni moi de ces circonvolutions et tentons de réfléchir à ce que devrait être notre décision pour qu'elle ne soit pas contestée juridiquement* »[1169]. Deux problèmes se posent ici : le rôle du secrétaire général dans la rédaction de la décision, que nous examinerons prochainement, et la décision venant justifier *a posteriori* un choix préalablement effectué, autrement dit, un choix partial. Remarquons cependant que ces mots sont prononcés après l'audience mais **avant la délibération**, ce qui signifie que la décision n'était pas encore jouée.

La décision ne donnera que temporairement satisfaction à G. Collomb dans cette affaire : par une réserve d'interprétation, le Conseil estime que

> *si le législateur pouvait, à titre transitoire et afin de permettre la mise en place des institutions de la métropole de Lyon, ne pas prévoir d'incompatibilité entre les fonctions de président du conseil de cette métropole et celles de maire, il ne pouvait, sans méconnaître le principe d'égalité* [...] *prévoir de façon pérenne que les fonctions de maire ne sont*

[1165] *Ibid.*, p. 207.
[1166] Entretien du 29 janvier 2020. Il explique plus précisément dans son ouvrage : « *Notre institution doit veiller à préserver son indépendance ; un repas pris en commun chez le Premier ministre ne me paraît pas de nature à conforter cette image. Autour de la table du Conseil, nous ne sommes que quatre, avec son directeur de cabinet et Marc Guillaume. Je n'ai pas convié les autres membres* » (*Ibid.,* p. 207). Se pose aussi la question de la présence du secrétaire général du Conseil à ce déjeuner.
[1167] *Ibid.,* p. 224-225.
[1168] *Ibid.,* p. 226.
[1169] *Ibid.*

> *pas incompatibles avec celles de président du conseil de la métropole de Lyon ; que, dès lors, les dispositions du premier alinéa de l'article L. 3631-8 introduit dans le code général des collectivités territoriales par l'article 26 de la loi déférée ne sauraient être interprétées comme autorisant, à compter du prochain renouvellement général des conseils municipaux suivant la création de la métropole de Lyon, le cumul des fonctions de président du conseil de cette métropole et de maire*[1170].

Autrement dit, un compromis juridiquement « acceptable » a bien été trouvé**.** La soumission des juges et leur partialité à titre individuel a-t-elle conduit le Conseil à rendre une décision partiale ? On peut le penser, à partir du moment où les juges ayant cédé à la pression ont fait basculer la majorité en faveur d'une solution favorable à G. Collomb.

524. Comme le note J.-L. Debré : « *Parvenus à ce niveau de carrière, on devrait pouvoir se libérer de tout réflexe d'obéissance ou de soumission* »[1171]. Le réflexe de soumission, alors même que le juge n'est pas formellement soumis à une autorité extérieure, est particulièrement nuisible à son impartialité, nous le voyons dans cet exemple. Que ce réflexe prenne le nom de fidélité, d'amitié ou de solidarité, il entraîne la partialité du juge qui cède à la pression exercée sur lui. Cela rejoint l'idée de « corruption blanche » qui

> *s'apparente à une aide purement informelle, ne donnant pas nécessairement lieu à une contrepartie immédiate. L'exemple le plus concret et le plus courant est l'aide qu'un élu apporte à un administré pour l'obtention d'une place en crèche, d'un logement HLM, pour supprimer une contravention ou encore, obtenir une recommandation pour un emploi. Le paiement est immatériel et se fait surtout par allusion, rendant la chose difficile à sanctionner sur le plan juridique et impossible à chiffrer*[1172].

Sur ce thème, il nous faut aussi citer le cas du président Dumas qui fit probablement usage de son statut de président du Conseil pour la validation des comptes de campagne de J. Chirac et E. Balladur au nom de la raison d'État[1173] et qui fut aussi soupçonné d'avoir fait usage de son influence en 1999 pour renforcer l'immunité pénale du chef de l'État durant l'exercice de ses fonctions, alors que J. Chirac risquait de faire l'objet de

---

[1170] CC, 2013-687 DC, 23 janvier 2014, *Loi de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles,* §64.
[1171] J.-L. DEBRE, *Ce que je ne pouvais pas dire...*, *op. cit.,* p. 226.
[1172] PROJET ARCADIE, « Lutte contre la corruption des élus : le cas de la Haute Autorité pour la Transparence dans la vie Publique », janvier 2019, p. 6, disponible sur : <https://projetarcadie.com/sites/default/files/pa_corruption_hatvp.pdf>.
[1173] Y. THREARD, « Interview, Roland Dumas : "J'ai sauvé la République en 1995" », *Le Figaro,* 27 janvier 2015. Voir nos développements *supra* §504.

poursuites judiciaires et que R. Dumas était lui-même inquiété dans l'affaire Elf[1174]. Ces situations sont peut-être rares, sans doute dépendent-elles aussi de la probité de chacun plus que de la carrière du juge en elle-même, elles n'en sont pas moins alarmantes car la partialité d'un membre peut entraîner aisément la partialité du Conseil. La partialité du président est d'ailleurs particulièrement nuisible car il dispose de nombreux moyens pour imposer son opinion aux autres juges : l'appui du secrétaire général et sa voix prépondérante en cas de partage. Face à ces situations, se pose la question de savoir s'il est possible de limiter le risque de dépendance lié à la proximité existant entre le monde politique et les juges constitutionnels.

B. Pour une meilleure appréhension des conflits d'intérêts

525. Nous avons évoqué dans la section I la panoplie des garanties textuelles et pratiques visant à garantir l'indépendance des juges constitutionnels français. Nous avons cependant constaté que les **liens informels** ne sont pas toujours appréhendés et que les juges peuvent, en certaines affaires, céder aux pressions exercées sur eux alors même qu'ils ne sont soumis formellement à aucune autorité extérieure.

526. Le risque de dépendance lié aux pressions informelles paraît donc difficile à circonscrire dans ces conditions. L'on pourrait en conclure que tout repose sur l'*indépendance d'esprit* des juges face à ces pressions. C'est néanmoins oublier le développement d'outils en matière de conflits d'intérêts depuis les années 1980, dont l'objet est précisément de prévenir et d'encadrer les pressions s'exerçant sur les responsables publics. La loi du 11 octobre 2013 définit la notion de conflit d'intérêts comme « *toute situation d'interférence entre un intérêt public et des intérêts publics ou privés qui est de nature à influencer ou à paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif d'une fonction* »[1175].

527. La situation de conflit d'intérêts peut nuire à l'impartialité du juge de plusieurs manières. Par exemple, le juge peut être placé en situation de soumission évidente s'il accepte de prendre une décision en faveur d'un intérêt donné, en échange d'une somme d'argent. Ensuite, il peut être juge et partie lorsqu'il possède lui-même des intérêts au sein d'une société impactée par sa décision. Le juge peut aussi être

[1174] CC, 98-408 DC, 22 janvier 1999, *Traité portant statut de la Cour pénale internationale*. Voir : « Interview de J. Robert : "On s'est tous dit qu'il se fichait de nous", *Le Parisien,* 1er décembre 2011.
[1175] Loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 *relative à la transparence de la vie publique*, art. 2.

aveuglé par ses propres préjugés en faveur d'une personne dont les intérêts sont en jeu (amitié, famille…). Enfin, le juge peut être sous l'influence d'un groupe de pression, sans pour autant être en situation de dépendance par rapport à ce groupe. Toutefois, le déséquilibre créé dans la contradiction nuit à l'impartialité du juge en tant que liberté de réflexion[1176]. La notion de conflit d'intérêts met ainsi l'accent sur le **lien** existant entre le juge et un intérêt, qui vient entrer en conflit avec l'exercice impartial de sa mission.

528. Ces outils dédiés à l'appréhension des conflits d'intérêts pourraient être appliqués au Conseil constitutionnel. Ce dernier a cependant montré sa réticence face à ce corpus de règles dont l'objet est de renforcer la confiance entre les citoyens et les responsables publics par la « transparence de la vie publique »[1177]. En effet, dans sa décision du 28 juillet 2016, le Conseil constitutionnel censure les dispositions soumettant les plus hauts magistrats judiciaires à l'obligation de déposer une déclaration de patrimoine à la Haute autorité pour la transparence de la vie publique (HATVP) à l'entrée en fonctions et à la cessation des fonctions[1178]. Si le Conseil se fonde sur le principe d'égalité pour censurer cette disposition, transparaît aussi une certaine conception de la séparation des pouvoirs et de l'indépendance des juges[1179] reposant sur le secret et une confiance dans la probité des hauts magistrats qu'il est mal venu de mettre en doute[1180]. Il a par ailleurs censuré la disposition imposant aux membres du Conseil constitutionnel de déposer une déclaration d'intérêts et une déclaration de

[1176] Voir *infra* §649 et s.
[1177] Voir sur ce point la récente thèse de G. PUYDEBOIS, *La transparence de la vie publique en France*, Université de Bordeaux, 2019, 517 p.
[1178] CC, 2016-732 DC, 28 juillet 2016, *Loi organique relative aux garanties statutaires, aux obligations déontologiques et au recrutement des magistrats ainsi qu'au Conseil supérieur de la magistrature,* §57. Si le Conseil n'était pas saisi de la loi du 20 avril 2016 imposant aux plus hauts magistrats administratifs de déclarer leur patrimoine, « *Le gouvernement a semble-t-il tiré les conclusions de la décision du 28 juillet 2016 puisqu'à ce jour les décrets d'application nécessaires à l'entrée en vigueur de la loi n'ont pas été adoptés* » (*Ibid.*, G. PUYDEBOIS, p. 286).
[1179] Le §57 de la décision le montre : « *Au regard des exigences de probité et d'intégrité qui pèsent sur les magistrats exerçant des fonctions juridictionnelles et de l'indépendance qui leur est garantie dans cet exercice* [...] », ainsi que le commentaire p. 10 : « *La motivation qu'il a ainsi retenue souligne le fait qu'un raisonnement de type hiérarchique, consistant à n'imposer une déclaration de situation patrimoniale qu'à certaines personnes, à l'exclusion des autres, légitime lorsqu'il s'applique à une administration ou une entreprise, n'a pas le même sens lorsque sont concernées des personnes dont l'indépendance est constitutionnellement garantie et qui exercent, de façon indépendante, des fonctions juridictionnelles* ». Voir *Ibid.*, G. PUYDEBOIS, p. 284-285.
[1180] Nous avons précédemment relevé que, plus le juge occupe une place élevée dans la hiérarchie, plus ses qualités personnelles sont supposées être extraordinaires. Voir *supra* §354 et s.

patrimoine comme cavalier législatif[1181], faisant preuve pour ce faire d'une rigueur inhabituelle[1182].

529. Le Conseil n'a en revanche pas censuré les dispositions imposant aux magistrats judiciaires de déposer une déclaration d'intérêts. La déclaration est déposée auprès du supérieur hiérarchique du magistrat et un entretien déontologique a lieu, l'autorité hiérarchique pouvant saisir le collège de déontologie en cas de doute[1183]. Ce système repose très largement sur la bonne foi du déclarant puisque les autorités chargées du contrôle ne sont pas de véritables tiers et ne disposent d'aucun moyen de contrôle[1184]. Comme le remarque G. Puydebois, « *aucune autorité extérieure à l'institution concernée ne sera en mesure de s'assurer de l'exhaustivité, de l'exactitude et de la sincérité des déclarations* »[1185], bien que ce soit « *une condition indispensable à l'efficacité de la prévention des conflits d'intérêts* »[1186]. Dès lors, si la mise en place de cet outil participe à la prise de conscience collective de ce que peut constituer un conflit d'intérêts, celui-ci connaît d'importantes limites concernant les juges administratifs et judiciaires.

530. Se pose dès lors la question de la transposition d'un tel régime aux membres du Conseil. L'article 48 du projet de loi organique censuré par ce dernier aménageait un régime intermédiaire. La déclaration d'intérêts devait mentionner un certain nombre d'éléments, notamment les activités professionnelles rémunérées, les activités de consultant et les participations aux organes dirigeants d'un organisme public ou privé ou d'une société exercées depuis moins de cinq ans, les participations financières directes dans le capital d'une société ainsi que les fonctions bénévoles susceptibles de faire naître un conflit d'intérêts. Ensuite, la déclaration devait être tenue à la disposition de l'ensemble des membres du Conseil et toute modification

[1181] Décision n° 2016-732 DC précitée, §101.
[1182] Voir l'analyse rappelée *supra* §485 et s. de J. BENETTI, « Continuité jurisprudentielle ou (nouveau) revirement ?... », *op. cit*., p. 396-398.
[1183] Ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 *portant loi organique relative au statut de la magistrature, JORF* du 23 décembre 1958, p. 11556, art. 7-2. Le Conseil n'a pas été saisi de la loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 *relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires* applicable aux juges administratifs. Voir art. L231-4-1 CJA concernant la déclaration d'intérêts.
[1184] La question des moyens pratiques permettant de contrôler effectivement le contenu des déclarations d'intérêts est un problème général auquel se trouve aussi confrontée la HATVP lorsqu'elle contrôle les déclarations d'intérêts des parlementaires : voir J.-F. KERLEO, « La déclaration d'intérêts en a-t-elle un ? », *JP Blog*, 28 février 2020. Voir aussi le rapport précité : PROJET ARCADIE, « Lutte contre la corruption des élus... », *op. cit.*
[1185] G. PUYDEBOIS, *La transparence de la vie publique en France*, *op. cit.,* p. 288.
[1186] *Ibid.*

substantielle des intérêts devait être déclarée. On remarquera qu'il n'y a rigoureusement aucun contrôle du contenu de ces déclarations d'intérêts, mis à part des sanctions pénales qui n'auraient jamais été appliquées[1187], ce qui réduit fortement l'intérêt du mécanisme.

531. Les déclarations de patrimoine devaient en revanche être transmises à la HATVP à l'entrée en fonctions et à la cessation des fonctions, ce qui était nettement plus intéressant puisque cela permettait le contrôle par un organisme tiers des variations dans le patrimoine du juge[1188]. Toute modification substantielle du patrimoine devait être déclarée à la HATVP et cette dernière devait bénéficier, comme c'est le cas pour les parlementaires[1189], de l'assistance de l'administration fiscale pour accomplir sa mission de contrôle.

532. Si ces dispositions ne créaient pas les conditions d'une transparence totale, elles constituaient un premier pas important, qui n'a pour l'instant pas encore été franchi. Ceci est très dommageable, d'autant que d'autres cours constitutionnelles se sont dotées d'outils visant à éliminer les conflits d'intérêts. C'est le cas de la Cour constitutionnelle allemande par le biais du Code de conduite adopté en 2017 à l'initiative du président A. Voßkuhle[1190]. Le §7 de ce code impose aux juges de n'accepter des cadeaux ou donations que dans la mesure où leur intégrité personnelle et leur indépendance ne peuvent être mises en cause. Cette formule est néanmoins, par sa généralité, peu contraignante. Par ailleurs, la liste des cadeaux et dons n'est pas rendue publique, contrairement à ce qui existe aujourd'hui pour les parlementaires français[1191]. Le §9 indique quant à lui que les juges ne peuvent accepter de rémunération pour leur participation à un événement ou pour une publication que dans la mesure où cela ne compromet pas la réputation de la Cour, ni ne jette un doute sur l'indépendance, l'impartialité, la neutralité et l'intégrité des membres de la Cour. Ici encore, la

---

[1187] Art. 48, art. 3-1, IV : « *Le fait, pour un membre du Conseil constitutionnel tenu de remettre une déclaration d'intérêts en application du I du présent article, de ne pas adresser sa déclaration ou d'omettre de déclarer une partie substantielle de ses intérêts est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende* ».

[1188] Ce qui est le cas notamment pour les parlementaires, voir code électoral, art. LO 135-1.

[1189] Voir code électoral, art. LO 135-2.

[1190] Celui-ci souhaitait conforter le soutien de la justice constitutionnelle au sein de la population en raison de l'évolution de la situation en Hongrie et en Pologne (voir C. RATH, « Benimm-Regeln für Verfassungsrichter », *Legal Tribune Online*, 5 janvier 2018, disponible sur : <https://www.lto.de/recht/justiz/j/bverfg-verhaltensrichtlinien-richter-ethik-code-ansehen-bevoelkerung/>).

[1191] Règlement de l'Assemblée nationale, art. 80-1-2 ; Règlement du Sénat, art. 91 *quinquies*.

généralité des termes rend la formule peu contraignante. Néanmoins, les sommes perçues sont publiées sur le site internet de la Cour, montrant que la disposition est effectivement mise en œuvre.

533. Il apparaît que l'ensemble de ces dispositions pourraient être transposées au Conseil. En outre, comme le remarque justement G. Puydebois : « *il doit aussi être envisagé d'inclure son secrétaire général dans le champ d'application d'éventuelles obligations déclaratives* »[1192]. En effet, au regard de l'implication des collaborateurs du Conseil dans la prise de décision, cette extension au secrétaire général, voire aux membres du service juridique, paraît pertinente[1193]. Il faut dès lors espérer que ces mécanismes soient mis en place dans un avenir proche. Il reviendrait au législateur organique d'en fixer le régime général et au pouvoir réglementaire de préciser ce régime ainsi que de l'étendre aux collaborateurs des juges. Enfin le Conseil constitutionnel pourrait lui-même préciser ces règles par le biais du droit souple, approche dont nous avons exposé l'intérêt précédemment[1194].

534. Un autre outil intéressant pour le Conseil est la déclaration *ad hoc* utilisée par les députés[1195] : « *La déclaration* ad hoc *permet au député d'assumer publiquement l'intérêt qu'il détient à l'égard d'une question traitée dans le cadre des travaux parlementaires* »[1196]. Ainsi que l'explique A. Roblot-Troizier,

> *En recourant à une transparence renforcée, le député peut ainsi faire valoir une expérience particulière, susceptible d'apporter un éclairage sur certains aspects de la question en discussion, tout en se prémunissant contre tout soupçon d'avoir cherché à cacher ses intérêts*[1197].

Cette déclaration *ad hoc* peut être rapprochée de la « révélation » de l'arbitre. L'obligation de révélation est l'un des devoirs de l'arbitre, notamment mentionnée par

---

[1192] G. PUYDEBOIS, *La transparence de la vie publique en France*, *op. cit.,* p. 290.
[1193] Voir *infra* §603 et s.
[1194] Voir *supra* §422 et s.
[1195] Résolution du 4 juin 2019 introduisant un nouvel article 80-1-1 dans le Règlement de l'Assemblée nationale.
[1196] A. ROBLOT-TROIZIER, ASSEMBLEE NATIONALE, « Un nouvel élan pour la déontologie parlementaire », rapport annuel remis au Président et au Bureau de l'Assemblée nationale, 14 et 30 janvier 2019, p. 56, disponible sur : <http://www2.assemblee-nationale.fr/static/15/deontologue/rapport_activite_300119.pdf>.
[1197] *Ibid.*

le code de procédure civile français[1198]. Concrètement, la révélation prend la forme d'une déclaration d'indépendance dans laquelle l'arbitre révèle les liens qui l'unissent avec les parties, ce qui permet à ces dernières de récuser l'arbitre si elles l'estiment nécessaire. Les parties alertées, l'instance arbitrale est protégée contre les actions ultérieures. Comme remarque le professeur Clay, « *La révélation est, en quelque sorte, l' "assurance-vie" de l'instance arbitrale* »[1199].

535. Les juges constitutionnels pourraient-ils s'inspirer de ces deux mécanismes ? La question se pose au regard des multiples liens que peuvent entretenir les juges constitutionnels français avec le monde politique. Par exemple, outre les exemples évoqués précédemment, la décision n° 2012-240 QPC sur le délit de harcèlement sexuel[1200] reste à ce jour entachée d'un soupçon de partialité puisque quatre juges connaissaient le requérant[1201]. Si la solution la plus efficace était en l'occurrence le déport, il reste que le Conseil n'est composé que de neuf membres et que le déport de quatre d'entre eux aurait conduit l'institution à siéger en dessous du quorum. Aurait-il été possible pour certains juges dont les liens avec le requérant étaient distendus, de déclarer connaître ce dernier sans se déporter ? La réponse apparaît, à notre sens, négative : l'apparence d'impartialité des juges constitutionnels serait irrémédiablement compromise par une telle déclaration.

536. Le problème est, bien sûr, accentué, concernant les anciens Présidents de la République, membres de droit du Conseil. Si lors du procès de J. Chirac, la QPC posée avait été portée à la connaissance du Conseil, le Conseil constitutionnel se serait trouvé dans une situation fort complexe puisque la majeure partie des membres, dont son président, aurait vraisemblablement dû se déporter[1202]. Ensuite, lorsque N. Sarkozy posa une QPC qui fut transmise au Conseil constitutionnel, l'institution se trouva dans la situation de juger l'un de ses membres de droit tandis qu'A. Juppé, ancien ministre de

---

[1198] Art. 1456 CPC : « *Il appartient à l'arbitre, avant d'accepter sa mission, de révéler toute circonstance susceptible d'affecter son indépendance ou son impartialité. Il lui est également fait obligation de révéler sans délai toute circonstance de même nature qui pourrait naître après l'acceptation de sa mission* ».

[1199] T. CLAY, « L'impartialité de l'arbitre », *op. cit.*, p. 218.

[1200] CC, 2012-240 QPC, 4 mai 2012, *M. Gérard D. [Définition du délit de harcèlement sexuel]*.

[1201] Voir l'article précité : « Harcèlement sexuel : quatre "sages" connaissaient le requérant », *Le Monde*, 5 mai 2012 ; voir aussi L. FONTAINE, P. MURY, T. PERROUD, C. YTURBIDE, « Cherche éthique désespérément au Conseil constitutionnel », *Blog Les invités de Mediapart,* 6 juillet 2020.

[1202] Voir not. F. JOHANNES, « Le Conseil constitutionnel embarrassé par le cas Chirac », *Le Monde,* 10 mars 2011.

N. Sarkozy, fut contraint de se déporter[1203] : « *Le côté quelque peu surréaliste de cette QPC ne peut manquer de frapper* »[1204].

537. Nous nous heurtons ici à **une limite structurelle de la justice constitutionnelle française**, majoritairement composée de personnes issues ou proches du monde politique et qui, inévitablement, ont été en contact à un moment ou à un autre de leur carrière avec une personne directement intéressée par la question de constitutionnalité.

538. L'examen de ces diverses possibilités nous amène à un bilan nuancé. Il n'est pas certain que la mise en place de mécanismes visant à empêcher la survenance de conflits d'intérêts soit efficace, notamment car les mécanismes prévus risquent d'être insuffisamment développés. Nous estimons pourtant que l'inclusion du Conseil constitutionnel dans la sphère des institutions soumises à ces règles permettrait une meilleure protection de l'indépendance des juges, ne serait-ce que parce que la mise en place de telles règles susciterait une conscience plus aiguë parmi les juges et leurs collaborateurs de ce que constitue un conflit d'intérêts.

[1203] CC, 2019-783 QPC, 17 mai 2019, *M. Nicolas S. [Cumul de poursuites et de sanctions en cas de dépassement du plafond de dépenses par un candidat à l'élection présidentielle]*.
[1204] R. LETTERON, « QPC Bygmalion : Nicolas Sarkozy en route vers le tribunal correctionnel », *Libertés, libertés chéries*, 17 mai 2019.

Conclusion du Chapitre I

539. Si le Conseil constitutionnel bénéficie d'un statut d'indépendance solide, les garanties classiques d'indépendance ne permettent pas d'appréhender tous les risques existants. L'approche classique doit donc être renouvelée par une réflexion sur les conflits d'intérêts. Ceci permettrait de donner plus de corps à la déclaration du président L. Fabius selon laquelle « *Les juges indépendants – nous en faisons partie – ne rendent pas des services, ils rendent des décisions* »[1205].

540. Au-delà de l'indépendance personnelle des juges, nous avons soulevé la question de l'indépendance organique du Conseil au sein d'un système où la raison d'État tient une place importante. La culture de la justice constitutionnelle française n'est pas la culture d'un contre-pouvoir. Malgré la mise en place de la QPC, le Conseil constitutionnel reste un juge constitutionnel proche du pouvoir politique, tant par les idées que par la composition, ce qui peut nuire à son indépendance et à son impartialité. Cette culture, qui constitue un frein à une meilleure protection de l'indépendance du Conseil, gagnerait à évoluer. Cependant, si les mécanismes de prévention et de sanction des conflits d'intérêts ont leur utilité, l'indépendance du Conseil doit être renforcée par d'autres biais. Ceci nous amène à la question de la compétence des juges constitutionnels et à son rôle en tant que moyen d'indépendance et d'impartialité.

[1205] C. LHAÏK, E. MANDONNET, « Interview de Laurent Fabius : "Nous rendons des décisions, pas des services" », *L'express*, 5 juin 2019.

Chapitre II. Une compétence à consolider

541. Nous l'avons précédemment expliqué, l'exigence d'impartialité s'inscrit dans le temps du procès. Le procès est un événement qui *se déroule,* une succession d'étapes qui prend fin avec la décision du juge. Le juge franchit ces étapes, il se soumet à ces formalismes, afin d'arriver à la meilleure décision possible :

> *nous avons un besoin vital de ces institutions lourdes et coûteuses qui obligent à des détours, à l'élaboration complexe d'un vocabulaire ésotérique, à ces procédures exaspérantes de méticulosité, seules ressources dont nous disposions pour échapper tant à l'arbitraire qu'à l'erreur*[1206].

Le juge impartial est celui qui ne prend définitivement sa décision qu'en votant lors de la délibération : il respecte le temps du procès, il n'en brûle pas les étapes. Au contraire, le juge partial prend parti prématurément. Or, « *si, avant même que ne débutent les débats, la cause est déjà entendue, que ce soit pour punir ou pour absoudre, il n'y a pas de véritable procès. Ce ne sont que marionnettes et décors en carton-pâte* »[1207].

542. Sans nous illusionner sur les mérites de la compétence technique, celle-ci reste néanmoins un ingrédient essentiel à la préservation de l'impartialité du juge. En effet, le juge compétent dispose **d'outils pour alimenter sa réflexion**. La somme de ses connaissances, son expérience du droit, du métier de juge et du fonctionnement des pouvoirs publics l'engagent à poursuivre sa réflexion et à la mener jusqu'au bout de la délibération, à ne pas défendre un parti préétabli. Cependant, la question de la compétence est une question complexe pour les juges constitutionnels, d'abord parce que les compétences requises sont multiples. Ensuite, parce que cette question doit être envisagée dans le cadre d'une réflexion élargie, ouverte à la nature spécifique du contrôle de la constitutionnalité des lois.

543. Nous aurons le loisir, tout au long de ce chapitre, de réfléchir aux améliorations qu'il serait possible d'apporter pour consolider la compétence des juges constitutionnels français. En effet, l'une des grandes particularités du Conseil constitutionnel est que la compétence juridique de ses juges n'est pas garantie par les textes, du moins pas directement (Section I). Par ailleurs, s'il existe des garanties

---

[1206] B. LATOUR, *La fabrique du droit : une ethnographie du Conseil d'État*, *op. cit.,* p. 233.
[1207] M.-A. FRISON-ROCHE, « La philosophie du procès, propos introductifs », in *Le procès*, Sirey, 1995, p. 19.

pratiques de compétence, observables à travers les compositions successives de l'institution, celles-ci peuvent impliquer d'importants risques (Section II).

Section I. Une compétence juridique nécessaire, mais peu garantie par les textes

544. La compétence juridique des juges constitutionnels n'est pas directement garantie par les textes en France (§I). Cette originalité liée à l'histoire du Conseil pose la question de savoir ce que signifie exactement le terme « compétence » pour les juges constitutionnels français. Nous constaterons que si la compétence politique est utile pour juger de la constitutionnalité de la loi, la compétence juridique est nécessaire à la préservation de l'impartialité des juges (§II).

§I. Des garanties textuelles indirectes

545. Il est un fait bien connu que les textes français n'imposent aucune condition de compétence pour la nomination des juges constitutionnels, un choix qui fait figure d'exception par rapport aux systèmes étrangers. Ce choix est lié à la manière dont le Conseil était originellement conçu : comme une institution au moins autant politique que juridique (A). Cette conception initiale reste ancrée dans les textes et dans les idées. Si la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 a mis en place l'audition des futurs juges par la commission compétente des assemblées concernées, ces auditions ne constituent une garantie que contre l'incompétence manifeste des futurs juges (B).

A. L'absence originelle de condition de compétence

546. Ni la Constitution ni ses textes d'application ne mentionnent une quelconque exigence de compétence des juges constitutionnels français. L'examen des travaux du Comité consultatif constitutionnel montre que les membres du Comité hésitent sur la nature de l'institution et, par conséquent, sur sa composition. Comme le note B. Quiriny, « *Habitués au pâle Comité constitutionnel de 1946, les membres du Comité consultatif ont parfois du mal à cerner le nouveau Conseil constitutionnel*

proposé par le Gouvernement, et à se faire une idée de la place qu'il doit occuper dans le dispositif »[1208].

547. Pour certains membres du Comité, comme R. Triboulet, le Conseil sera essentiellement composé de juristes : « *On me dit : le Conseil constitutionnel, disait-on l'autre jour, est composé de retraités.* [...] *En tout cas, si on n'admet pas cette appréciation désobligeante, il sera composé de juristes et de deux anciens présidents de la République* »[1209]. La plupart des membres évoquent cependant une composition intermédiaire mélangeant politiques et juristes dans des proportions variables : « *On peut penser, d'ailleurs, que ces personnalités seront choisies parmi des juristes et des personnes de classe* » selon M. Martin[1210]. Le président Latournerie estime quant à lui qu'en plus des membres prévus, pourraient être nommés des **«** *magistrats authentiques : le premier président de la Cour de cassation et le vice-président du Conseil d'État, qui sont les plus hauts magistrats de France. Leur présence coordonnerait les bonnes volontés* »[1211]. Pour d'autres enfin, il semble naturel que le Conseil soit composé au moins pour partie d'anciens parlementaires[1212]. Le Conseil est alors vu comme un arbitre entre les pouvoirs exécutif et législatif et non comme un authentique juge[1213].

[1208] B. QUIRINY, « Le Conseil constitutionnel dans les travaux du Comité consultatif constitutionnel de 1958 », *RFDC*, n° 117, 2019/1, p. 148-149.

[1209] *Documents pour servir à l'histoire..., op. cit.,* vol. II, p. 327. Il ajoute, à propos des pouvoirs exceptionnels du Président de la République : « *En ce qui concerne les anciens présidents de la République, je veux bien admettre leur compétence politique à ce sujet, mais quant aux autres, ils n'ont aucune qualité pour juger de problèmes strictement politiques qui sont de savoir si l'indépendance ou l'intégrité du territoire est menacée. Le Conseil constitutionnel est là pour juger de la légalité d'une loi, pour dire si cette loi est conforme à la Constitution. En aucune façon, il n'a été prévu que les neuf membres de ce Comité, plus deux, seraient destinés un jour, au moment où la patrie est en danger, à décider si elle est vraiment en danger ou non. C'est absolument hors d'état de leur compétence* ».

[1210] *Ibid.,* vol. III, p. 372.

[1211] *Ibid.,* p. 373. M. Join-Lambert le rejoint : « *J'allais faire la même proposition que M. le président Latournerie. En sus des membres nommés comme il est dit à cet article, le président de la Cour de cassation, le vice-président du Conseil d'État ou le président du contentieux du Conseil d'État* ».

[1212] *Ibid.,* p. 372, intervention de M. Maspétiol : « *Je me demande si la composition du Conseil, telle qu'elle est prévue, répond bien à l'objet de ce Conseil. Il doit avoir un rôle arbitral entre l'exécutif et le législatif, et il serait donc souhaitable qu'il y ait parité. Il y a, en l'espèce, trois membres désignés par le président de la République (exécutif) et six pour le législatif, désignés par les présidents des Assemblées. On peut craindre, soins, que les membres nommés par les présidents des Assemblées, qui seront peut-être d'anciens parlementaires, aient une tendance à vouloir infléchir la répartition des attributions que nous verrons demain dans l'article, plutôt du côté du législatif que de l'exécutif, dénaturant, ainsi, la nature des attributions du Conseil constitutionnel. Il serait souhaitable qu'il puisse fonctionner dans l'impartialité. J'aimerais mieux quatre et quatre* ».

[1213] Voir aussi l'intervention de M. Janot : *Ibid.,* p. 375 : « *Monsieur le président, on s'acharne à dire que le Conseil constitutionnel est une juridiction, ce n'est pas évident. Il se rapproche d'une juridiction à peu près comme le contentieux électoral se rapproche du contentieux général, c'est-à-dire avec un certain nombre de nuances. Alors, ne définissons pas trop la nature juridique du Conseil constitutionnel. Nous voulons simplement poser ces questions de validation. Les membres prendront des décisions en toute moralité. Ce n'est pas de ne pas avoir été parfaitement juridique, mais d'avoir été en fait immoral, contraire au bon sens, et en certains cas à l'honneur, c'est tout cela que l'on veut empêcher* ».

Certains, comme le président Latournerie, s'inquiètent toutefois du manque d'impartialité que pourrait avoir un organe arbitral composé de personnages politiques[1214]. Il est finalement choisi de ne pas contraindre les autorités de nomination, comme le remarquent les commentateurs des travaux du Comité :

> *Aucune condition spéciale de nomination n'a été exigée. Convenait-il d'imposer des conditions de connaissances juridiques ? De deux choses l'une, ou l'ordonnance se contentait d'un grade, celui de docteur ou de licencié, et en réalité n'assurait pas une très grande technicité aux futurs membres du Conseil, ces grades étant possédés par des milliers de personnes, ou bien l'ordonnance se référait aux fonctions exercées, ce qui conduisait à limiter assez étroitement, et somme toute, arbitrairement les choix*[1215].

La question de la compétence juridique est donc éludée, ce qui est logique dans la mesure où le débat sur la nature du Conseil n'est volontairement pas tranché[1216]. La conséquence de cela est qu'il revient aux autorités de nomination le soin de choisir, nomination après nomination, qui doit siéger au Conseil, en fonction de leur conception de l'équilibre des pouvoirs et de la mission du Conseil, alors qu'en droit comparé, la plupart des textes encadrent le choix des autorités de nomination.

548. En effet, seuls les textes américains restent, à notre connaissance, muets sur la question de la compétence des juges constitutionnels, alors que dans la plupart des systèmes, les textes exigent un haut niveau de compétence juridique[1217]. Par exemple, en Autriche les juges « *doivent avoir terminé leurs études de droit ou de droit et de sciences politiques et avoir une expérience d'au moins dix ans dans une profession pour laquelle ces études sont requises* »[1218]. Il est ensuite précisé que les membres nommés sur proposition du Gouvernement fédéral doivent avoir été juges, fonctionnaires de

---

[1214] *Ibid.,* p. 373 : « *J'entends bien que l'indépendance de ses membres vient déjà de la nature de leur mandat. Cette circonstance suffit-elle à leur donner l'impartialité d'esprit inhérente à la fonction juridictionnelle ? A supposer qu'ils cèdent à des tentations qui soient quelque peu latérales ou extérieures à la fonction judiciaire… La tendance d'esprit du juge est une tendance tout à fait particulière, une déformation professionnelle. Si, du moins, on avait la certitude qu'il y ait un certain équilibre à l'intérieur de l'institution, on aurait des chances supplémentaires d'atteindre cette justice à laquelle chacun songe* ».

[1215] J. BOITREAUD, J. FOYER, F. LUCHAIRE, « Le Conseil constitutionnel », *in Documents pour servir à l'histoire...,* vol. IV, p. 283.

[1216] Voir Introduction générale §38 et s.

[1217] Et l'on sait qu'en pratique la Cour américaine est composée de juristes. Voir, sur l'évolution de la composition de la Cour suprême, *infra* §589.

[1218] (Autriche) Loi constitutionnelle fédérale dans sa version du 1er avril 2010, art. 147 (3).

l'administration ou professeurs d'université enseignant une discipline juridique[1219]. En Italie, « *Les juges de la Cour constitutionnelle sont choisis parmi les magistrats, même en retraite, des juridictions supérieures, ordinaires et administratives, les professeurs d'université titulaires de chaires de droit et les avocats ayant vingt ans d'exercice professionnel* »[1220]. En Allemagne, la Cour constitutionnelle fédérale est composée de deux sénats de huit juges chacun. Sur chaque sénat, trois juges sont choisis parmi les juges suprêmes de la Fédération ayant siégé au moins trois ans[1221]. Les cinq autres juges de chaque Sénat « *doivent satisfaire aux conditions d'accès à la magistrature du siège ou du parquet* [...] *ou avoir acquis* [...] *la qualité de juriste diplômé et être habilités à exercer une profession juridique conformément aux modalités du traité d'union* »[1222].

549. Certains textes utilisent des formulations moins contraignantes, mais la question de la compétence juridique reste abordée, par exemple en Tunisie où la cour constitutionnelle est composée de membres « *choisis parmi les personnes compétentes, dont les trois-quarts sont des spécialistes en droit at ayant une expérience d'au moins vingt ans* »[1223]. La Belgique est un exemple de système intermédiaire : seule la moitié des juges doivent être compétents en droit[1224], l'autre moitié étant choisie parmi les parlementaires.

550. Si certains systèmes de justice constitutionnelle adoptent une position de compromis, l'immense majorité des cours constitutionnelles sont composées, parce que les textes l'imposent, d'une part importante de juristes de profession. La France se trouve donc très isolée de ce point de vue. Cependant la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 a mis en place une garantie indirecte de compétence : les auditions parlementaires, sur lesquelles nous disposons aujourd'hui d'un certain recul.

[1219] *Ibid.*, (2).
[1220] (Italie) Const. de la République italienne, modifiée par la loi constitutionnelle du 20 avril 2012, art. 135.
[1221] (Allemagne), Loi relative à la Cour constitutionnelle fédérale, modifiée en dernier lieu par l'article 2 de la loi du 8 octobre 2017, §2 (3).
[1222] *Ibid.*, §3 (2).
[1223] (Tunisie) Const. de la République tunisienne, dans sa version du 20 avril 2015, art. 118.
[1224] Les juges choisis parmi les juristes doivent avoir occupé pendant cinq ans des fonctions au Conseil d'État, à la Cour de cassation, à la Cour constitutionnelle ou avoir exercé en tant que professeur de droit. Voir pour la liste précise des fonctions : (Belgique) Loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle, mise à jour au 15 janvier 2017, art. 34§1.

B. Les auditions parlementaires : une garantie contre l'incompétence manifeste

551. L'article 56 de la Constitution impose que les futurs juges constitutionnels soient auditionnés par les commissions des lois des assemblées parlementaires. Les nominations effectuées par le Président de la République sont soumises à l'avis des deux assemblées en vertu de la procédure prévue à l'article 13 de la Constitution, tandis que les nominations effectuées par les présidents de l'Assemblée nationale et du Sénat ne sont soumises qu'à l'avis de la commission permanente compétente de l'assemblée concernée.

552. Ces auditions constituent en théorie une garantie de compétence des juges, conforme à la jurisprudence du Conseil qui insiste sur la nécessaire évaluation des juges non professionnels avant leur entrée en fonction[1225]. Cette garantie est toutefois relative pour plusieurs raisons : d'abord les commissions sont souvent amenées à juger leurs pairs, ce qui est potentiellement nuisible à leur impartialité. Ensuite pour mettre en échec le choix des autorités de nomination, la commission doit s'y opposer aux trois cinquièmes des suffrages exprimés, une majorité difficilement accessible. Enfin, ces auditions n'ont rien à voir avec ce que l'on peut observer aux États-Unis où celles-ci durent plusieurs jours[1226]. Si la pratique des auditions représente un progrès, elles manquent de profondeur et l'on ne saurait en tout cas les considérer comme garantissant une compétence juridique de haut niveau des futurs juges.

553. Ainsi, bien que certains thèmes de discussion récurrents[1227] montrent que sont abordées des questions de fond permettant aux parlementaires de se faire une idée de la capacité du futur juge à exercer sa mission, l'examen reste superficiel. Ce manque de profondeur peut en partie s'expliquer par l'organisation des auditions, qui pourrait

[1225] Voir la décision précitée CC, 98-396 DC, §9 : « *Dans la mesure où ni les diplômes obtenus par les candidats ni l'exercice professionnel antérieur des intéressés ne font présumer, dans tous les cas, la qualification juridique nécessaire à l'exercice des fonctions de magistrat de l'ordre judiciaire, les mesures réglementaires d'application de la loi devront prévoir des épreuves de concours de nature à permettre de vérifier, à cet effet, les connaissances juridiques des intéressés* ».

[1226] Voir par exemple, parmi une littérature très abondante, l'ouvrage de P. M. COLLINS, Jr., L. A. RINGHAND, *Supreme Court Confirmation Hearings and Constitutional Change*, Cambridge University Press, 2015, 314 p.

[1227] Notamment : place du Conseil au sein des institutions, jurisprudence du Conseil relative aux droits des parlementaires (droit d'amendement en particulier), jurisprudence du Conseil sur les droits et libertés, rapports entre la jurisprudence du Conseil et l'ordre juridique européen, fonctionnement actuel du Conseil et possibles évolutions (opinions dissidentes, place des anciens Présidents, mode de nomination), compétences de la personne auditionnée pour exercer sa mission (tant juridique que politique) et respect de ses futures obligations de juge (devoir de réserve, déport).

être améliorée. En effet, celles-ci sont rapides : en moyenne une heure trente à l'Assemblée nationale et une heure au Sénat. Ensuite les auditions sont mieux organisées à l'Assemblée nationale qu'au Sénat : le rapporteur choisi au sein de l'opposition[1228] envoie un questionnaire au futur juge avant son audition, ce qui permet d'approfondir le débat. Une harmonisation entre les deux chambres serait souhaitable et permettrait d'allonger les débats au Sénat.

554. Par ailleurs, dans les deux chambres les questions sont, la plupart du temps[1229], posées en blocs de plusieurs questions, ce qui réduit considérablement l'intérêt de celles-ci. Parce que le futur juge doit répondre à plusieurs questions à chaque fois qu'il lui est donné la parole[1230], ses réponses sont plus synthétiques. J.-J. Urvoas, lors de l'audition de M. Charasse par l'Assemblée nationale en 2010 notait cet inconvénient[1231], mais jusqu'à aujourd'hui cette méthode reste utilisée. Ralentir le tempo du débat en permettant au candidat de répondre à chaque nouvelle question posée directement lui donnerait l'occasion d'approfondir ses réponses.

555. Enfin, le temps de préparation des candidats à l'audition est probablement trop court. Si la loi n° 2010-838 du 23 juillet 2010 *relative à l'application du cinquième alinéa de l'article 13 de la Constitution* impose que l'audition « *ne peut avoir lieu moins de huit jours après que le nom de la personne dont la nomination est envisagée a été rendu public* », les auditions se tiennent en général exactement huit jours après l'annonce de la nomination et il a pu être souligné que ce temps gagnerait à être allongé pour une meilleure préparation des débats[1232].

556. Au-delà de cet aspect organisationnel, la question de la compétence juridique des juges est trop peu abordée, ce qui pose de plus graves problèmes. Lors de l'audition de L. Jospin, sa compétence en droit n'est pas directement abordée, alors que sa compétence politique est largement valorisée à plusieurs reprises[1233]. Il en est de même

---

[1228] En pratique, les textes ne l'imposent pas.

[1229] Ce n'est pas systématique, mais la plupart des auditions se sont passées ainsi jusqu'en 2019.

[1230] Un parlementaire peut poser plusieurs questions, potentiellement suivies d'autres questions posées par un autre parlementaire. Voir par exemple l'audition de M. Pinault par le Sénat : Séance du 18 février 2016, Compte rendu de l'audition de M. Pinault, Commission des lois, Sénat.

[1231] Intervention de J.-J. Urvoas, Séance du 24 février 2010, Compte rendu de l'audition de M. Charasse, Commission des lois, Assemblée nationale : « *le fait de répondre globalement à cinq ou six questions posées d'affilée n'est pas propice à un débat au fond* ».

[1232] L. SPONCHIADO, « Les parlementaires peuvent contrôler et refuser les nominations du Président, ils ne le font pas assez », *Huffingtonpost.fr*, 1er mars 2019.

[1233] Voir par exemple l'intervention de G. Larrivé : « *Je suis, pour ma part, favorable au fait que des personnalités qui ont occupé les fonctions les plus éminentes au cœur de l'État puissent faire bénéficier le*

lors de l'audition d'A. Juppé en 2019 : si son expérience juridique est évoquée à titre « *anecdotique* »[1234], les limites de ses compétences en la matière ne sont pas considérées et son expérience politique est, elle aussi, valorisée[1235]. Plus généralement, bien que les parlementaires dressent le portrait-robot du juge constitutionnel idéal comme étant compétent en droit, cette compétence n'est pas spécialement valorisée par rapport à la compétence politique et peut même l'être moins :

> *je voudrais brosser le portrait-robot idéal du membre du Conseil constitutionnel désigné par le Président du Sénat. Il faudrait qu'il s'agisse d'un parlementaire chevronné, qui se soit illustré par ses compétences juridiques, son souci de la défense des libertés publiques, sa connaissance de l'État. S'il a été président de la commission des lois, il a évidemment des titres supplémentaires à faire valoir, surtout s'il l'a fait avec une maîtrise reconnue de tous, en déployant une connaissance de toutes les branches du droit*[1236].

Cette opinion est encore plus fortement exprimée par O. Marleix à l'Assemblée nationale, lors de l'audition d'A. Juppé :

> *Vous serez, après Lionel Jospin et Laurent Fabius, le troisième ancien Premier ministre à siéger au Conseil constitutionnel. On pourrait sourire de ce qu'au moment où l'on songe à faire sortir les anciens Présidents de la République du Conseil constitutionnel, on y fasse entrer les anciens Premiers ministres. Je crois pour ma part légitime et utile la présence des uns comme des autres. Quelles que soient en effet les divergences politiques que chacun peut avoir avec celui qui préside ou celui qui dirige l'action du Gouvernement lorsqu'il est en fonction, on se doit de reconnaître que ces fonctions, qui demandent en permanence de savoir concilier le caractère relatif et parfois contingent de l'action gouvernementale et le respect absolu et définitif des principes de notre Constitution, forge à l'évidence un homme d'État dont l'expérience ne peut qu'être utile au Conseil constitutionnel*[1237].

Les parlementaires, en tant qu'ils appartiennent au monde politique, valorisent naturellement leur expérience propre. Ils sont, de plus, attentifs à la préservation de leurs droits parlementaires, en particulier le droit d'amendement et considèrent que des

---

Conseil constitutionnel de leur expérience, qu'il s'agisse des anciens chefs de l'État, membres de droit, ou, le cas échéant, d'anciens Premiers ministres nommés au Conseil constitutionnel, dès lors qu'ils ont quitté la vie politique » (Séance du 17 décembre 2014, Compte rendu de l'audition de L. Jospin, Commission des lois, Assemblée nationale).

[1234] Intervention d'O. Marleix, Séance du 21 février 2019, Compte rendu de l'audition d'A. Juppé, Commission des lois, Assemblée nationale.

[1235] Voir l'intervention d'O. Marleix reproduite ci-dessous, dans le corps du texte.

[1236] Intervention de P. Bas, Séance du 30 septembre 2015, Compte rendu de l'audition de J.-J. Hyest, Commission des lois, Sénat.

[1237] Intervention d'O. Marleix, Séance du 21 février 2019, *op. cit.*

individus au fait des « réalités politiques » sont à même de défendre ces droits au sein du Conseil[1238]. La compétence juridique est certes un critère, mais **un critère parmi d'autres**, devant s'accommoder d'autres critères comme la compatibilité avec les valeurs défendues par les chambres et leurs intérêts propres.

557. Globalement, les auditions constituent un garde-fou face à l'incompétence manifeste d'un candidat, comme le notait B. Genevois en 2012 : « *L'intérêt de ce dispositif est de prévenir les nominations qui seraient à l'évidence inadéquates* »[1239]. D. de Béchillon estime qu'il appartient aux parlementaires d'approfondir le débat :

> *Rien ne les empêche, au demeurant, de chercher* [...] *à faire que les auditions apportent pour de bon le supplément d'âme que l'on attend d'elles, à savoir créer les conditions d'une confiance suffisante du peuple en l'intelligence, l'aptitude, l'objectivité et l'intégrité de ceux qui vont avoir pour office de juger ses lois*[1240].

La doctrine américaine a pu souligner toute la richesse des auditions par le Sénat américain : elles sont un forum au sein duquel le peuple, par l'intermédiaire de ses représentants, s'engage dans un dialogue sur la signification de la Constitution[1241]. Ceci rejoint l'idée de démocratie continue développée par D. Rousseau au sens où ces auditions pourraient être l'occasion pour les parlementaires de se détacher de leur rôle habituel de législateurs afin de réfléchir de façon plus approfondie sur le sens de la Constitution[1242].

[1238] Voir en particulier l'audition de J.-J. Hyest par la Commission des lois du Sénat, lors de la séance du 30 septembre 2015.

[1239] B. GENEVOIS, « La composition du Conseil constitutionnel », *op. cit.*, p. 93.

[1240] D. DE BECHILLON, « Appel au calme...», *op. cit.*, p. 117.

[1241] P. M. COLLINS, Jr., L. A. RINGHAND, *Supreme Court Confirmation Hearings and Constitutional Change*, *op. cit.,* p. 158 : « Throughout this book, we argue that the confirmation hearings are a key mechanism through which the public helps shape the development of constitutional law over time. The hearings do this by acting as a forum in which the public, through its elected representatives on the Judiciary Committee, engages in a dialogue about constitutional meaning » (traduction libre : « *Tout au long de ce livre, nous soutenons que les auditions de confirmation sont un mécanisme clé à travers lequel le public participe au développement du droit constitutionnel dans le temps. Les auditions ont cet effet d'agir comme un forum au sein duquel le public, à travers ses représentants élus au sein du comité judiciaire, s'implique dans un dialogue sur le sens de la Constitution* »).

[1242] Voir D. ROUSSEAU, « La démocratie continue... », *op. cit.,* p. 73 : « *Le juge est seulement un élément de la chaîne argumentative qui intervient, à un moment donné, pour sanctionner par sa décision le sens d'un énoncé constitutionnel, sans pour autant arrêter par sa sanction cette chaîne, elle continue de vivre, car le sens produit ouvre, dans les assemblées, dans les juridictions, dans la doctrine, dans l'espace public, de nouveaux débats, de nouvelles réflexions qui peuvent produire, quelque temps plus tard, une nouvelle interprétation* ».

Si la compétence politique est valorisée par les assemblées parlementaires et la compétence juridique peu assurée par les auditions, se pose la question de savoir si cela constitue un réel problème au regard de l'exigence d'impartialité.

§II. Quelles compétences au service de l'impartialité du juge ?

558. Juger de la constitutionnalité de la loi implique de faire usage de connaissances et de méthodes de raisonnement proprement juridiques. Ainsi le juge dénué de ces compétences n'est pas mis en capacité d'être impartial (A). Se pose ensuite la question de la pertinence de la compétence « politique » des juges constitutionnels alors que celle-ci est valorisée par les anciens juges et souvent mise en valeur lors des auditions parlementaires des futurs juges (B).

A. Des compétences juridiques indispensables

559. Malgré toute la porosité du contentieux constitutionnel à la politique, juger de la constitutionnalité de la loi est une activité juridictionnelle, exigeant l'impartialité des juges chargés de cette mission[1243]. C'est pourquoi la compétence en droit est une nécessité pour les juges constitutionnels.

560. La compétence est la « *capacité que possède une personne de porter un jugement de valeur dans un domaine dont elle a une connaissance approfondie* »[1244]. Cette définition met immédiatement en relief les liens existant entre la fonction de juger et la possession de certaines connaissances. Le juge, en tant qu'il « dit le droit » doit avoir une connaissance de cette matière car cette connaissance lui donne des outils pour réfléchir[1245] au-delà de ses préjugés. C'est tout le principe des Lumières, qui luttaient contre les préjugés par le développement des savoirs, ce que formula Montesquieu dans sa préface à *L'esprit des lois* : « *Les préjugés des magistrats ont commencé par être les préjugés de la nation. Dans un temps d'ignorance, on n'a aucun doute, même lorsqu'on fait les plus grands maux ; dans un temps de lumière, on tremble encore lorsqu'on fait*

[1243] Voir Introduction générale, §60 et s.
[1244] « Compétence », *TLFI*, *op. cit.*, B.
[1245] Selon l'étymologie du mot qui renvoie au fait de « *revenir sur sa pensée pour l'approfondir* », de « *concentrer sa pensée, son attention sur un objet afin d'en avoir une connaissance approfondie* » (« Réfléchir », *TLFI*, *op. cit.*, Étymol. et Hist. et B.).

les plus grands biens »[1246]. C'est aussi ce qu'a pu formuler un penseur comme H.-S. Gadamer à propos de l'horizon de l'interprète, bien que ce dernier accordât une valeur aux préjugés, contrairement aux Lumières :

> *L'horizon est le champ de vision qui comprend et inclut tout ce que l'on peut voir d'un point précis.* [...] *L'homme sans horizon est celui qui ne voit pas assez loin et qui, pour cette raison, surestime ce qui est proche de lui. Inversement, ne pas manquer d'horizon, c'est n'être pas borné au plus proche mais pouvoir regarder au-delà.* [...] *En ce sens, c'est, semble-t-il, une exigence herméneutique légitime qu'il faille se mettre à la place de l'autre pour le comprendre*[1247].

La connaissance permet ainsi à l'interprète de **dépasser son horizon personnel**, c'est-à-dire ses propres préjugés. Un exemple concret de cela est le raisonnement tenu par F. Goguel dans la délibération de la décision IVG de 1975 lorsqu'il effectue une analyse des dispositions du Préambule de 1946. Refusant d'inviter la science « *si grande soit-elle* »[1248], la philosophie ou la métaphysique « *si profondes soient-elles* »[1249] dans le débat sur l'interprétation des expressions « être humain », « enfant » et « individu » employés par les rédacteurs du Préambule de 1946, F. Goguel rappelle avec force que les juges constitutionnels doivent se comporter en juristes, c'est-à-dire « *interpréter les expressions contenues dans les textes* [...] *à la lumière de leur contexte* »[1250].

561. Dans le cadre de son raisonnement, F. Goguel recourt à la méthode de l'interprétation systémique et à plusieurs techniques d'interprétation inférieures[1251]. Il s'intéresse d'abord à l'article 1er de la Déclaration des droits de l'homme, selon lequel *« Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits »*. Réalisant une interprétation grammaticale fondée sur le sens commun de ces mots, il estime que cette formule indique que c'est au moment de la naissance que l'être humain devient sujet de droit. Ensuite, s'il remarque que le projet de Constitution du 19 avril 1946 contenait une

---

[1246] C.-L. DE SECONDAT MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, *op. cit.*, p. 54.
[1247] H.-S. GADAMER, *Vérité et méthode..., op. cit.,* p. 485-486.
[1248] J. BONNET *et al*., *Les grandes délibérations...*, *op. cit.*, p. 271.
[1249] *Ibid.*
[1250] *Ibid.* Il se réfère ici aux autres éléments du système juridique et non au contexte d'application.
[1251] Les méthodes d'interprétation peuvent être classées en trois grands pôles selon B. Frydman : en fonction de la volonté de l'auteur de l'acte, en référence au système juridique et en fonction des intérêts ou valeurs en présence. Les techniques sont les arguments inférieurs du type *a contrario*, *a fortiori* etc. ainsi que l'interprétation grammaticale des textes, qui peuvent être utilisés au service de n'importe quelle méthode d'interprétation. Voir B. FRYDMAN, *Le sens des lois...*, *op. cit.*, p. 34 sur cette distinction entre techniques et méthodes d'interprétation et not. p. 677 et s. pour une synthèse des différents pôles de l'interprétation.

formule plus extensive[1252], ce texte n'est jamais entré en vigueur et doit être écarté. Poursuivant sa réflexion, il examine la législation sociale qui protège l'enfant avant sa naissance. Néanmoins, il rappelle la primauté de la Constitution sur la loi pour éliminer cette possibilité. Il examine ensuite les diverses dispositions du préambule de 1946 et évoque son alinéa 13 selon lequel *« La Nation garantit l'égal accès de l'enfant et de l'adulte à l'instruction, à la formation professionnelle et à la culture* ». Se référant implicitement au sens commun de ces mots, il en conclut que cette disposition renvoie à l'enfant déjà né. Son raisonnement se poursuit longuement, jusqu'à la conclusion que les textes adoptés « *ne comportent aucune disposition dont on puisse légitimement conclure que l'un quelconque de ces documents garantisse la protection de la vie d'un être humain avant la naissance de cet être. C'est peut-être dommage, mais c'est ainsi* »[1253].

562. Nous n'avons restitué qu'une partie du raisonnement tenu par M. Goguel dans la décision IVG, mais cela suffit pour constater la grande richesse de celui-ci, lui permettant de rebondir d'un « lieu »[1254] de l'argumentation à l'autre dans la recherche de la solution, faisant à la fois usage de connaissances et de méthodes proprement juridiques. Ces outils lui permettent de prolonger et d'objectiver son raisonnement et l'écartent de la tentation de se fonder sur ses convictions personnelles, bien qu'il en fasse état ensuite[1255].

563. À l'inverse, les délibérations fournissent un exemple du risque de partialité engendré par une connaissance insuffisante de la matière, à travers la personne du médecin L. Pasteur Vallery-Radot lors de la séance du 2 octobre 1962 :

> *M. Pasteur Vallery-Radot déclare qu'il n'est pas juriste et qu'il est gêné. Je parlerai donc, dit-il, selon ma conscience. Je suis arrivé à cette conclusion que ne pas observer les dispositions de l'article 89, c'est ne pas observer la*

[1252] Projet de Constitution du 19 avril 1946, art. 23 : « *La protection de la santé dès la conception, le bénéfice de toutes les mesures d'hygiène et de tous les soins que permet la science sont garantis à tous et assurés par la Nation* ».

[1253] J. BONNET *et al*., *Les grandes délibérations...*, *op. cit.*, p. 273.

[1254] Au sens antique du terme où « *ces catégories ne définissent pas des règles ou des directives unilatérales d'interprétation, mais bien des positions, des lieux, à partir desquels les adversaires vont pouvoir développer leurs arguments contradictoires sur la portée du texte en discussion* » (B. FRYDMAN, *Le sens des lois...*, *op. cit.*, p. 61).

[1255] Voir J. BONNET *et al*., *Les grandes délibérations...*, *op. cit.*, p. 273 et s. : « *je voudrais ajouter à un rapport que j'ai essayé de faire aussi objectif que possible, certaines remarques d'ordre personnel, et donc subjectif, qui n'ont pas de rapport direct avec le problème juridique qui nous est soumis, mais que j'estime cependant à formuler* [...] ».

> *Constitution. Je suis d'accord avec M. le président Coty, MM. Cassin et Gilbert-Jules*[1256].

Non seulement M. Vallery-Radot se repose entièrement sur l'opinion de ses collègues, mais il reconnaît ne pas disposer des outils nécessaires pour réfléchir en droit et se fonde, dès lors, sur ses seuls sentiments subjectifs. Ce sera sa seule intervention lors de cette séance[1257]. Le fait de raisonner en fonction de sa seule conscience, du bon sens ou du sens commun est problématique car cela revient effectivement à se fonder sur un préjugé en tant qu' « *opinion hâtive et préconçue souvent imposée par le milieu, l'époque, l'éducation, ou due à la généralisation d'une expérience personnelle ou d'un cas particulier* »[1258]. Comme le note M.-A. Frison-Roche :

> *le "sens commun" ne peut fonder rationnellement une notion. Le "sens commun" constitue même, par son imprécision et sa subjectivité, un obstacle à la connaissance de la règle. Cette croyance dans un principe intouchable, naturel et sacré n'est jamais qu'un "pré-jugé" de la part de celui qui l'affirme ainsi*[1259].

Le fait de raisonner en droit, de se plier aux contraintes du raisonnement juridique, ne garantit pas l'impartialité du juge ni que la solution à laquelle son raisonnement aboutit soit juste, comme nous l'avons précédemment rappelé.

564. Néanmoins F. Goguel était docteur en droit bien qu'il ait enseigné en sciences politiques, L. Pasteur Vallery-Radot était agrégé de médecine. L'on conviendra que l'un disposait de connaissances solides en droit tandis que l'autre était totalement étranger à ce domaine. Par ailleurs, F. Goguel s'était rendu compétent pour ce dossier dont il était rapporteur, tandis que L. Pasteur Vallery-Radot n'avait manifestement pas cherché à se documenter avant la délibération. Il apparaît dans cet exemple que son

---

[1256] *Ibid.,* p. 105.

[1257] L'on pourrait nous objecter que le raisonnement tenu par M. Vallery-Radot n'est pas faux et que nous n'avons pas accès à l'ensemble des échanges s'étant produits entre les juges, en particulier ceux ayant précédé le délibéré. Ceci est vrai et nous reconnaissons la relativité de cet exemple. Il nous semble néanmoins que notre raisonnement reste juste. Par ailleurs, d'après l'ouvrage d'Y. Beauvois, M. Vallery-Radot changea plusieurs fois « d'avis » concernant cette question, pour des motifs peu valables. Voir Y. BEAUVOIS, *Léon Noël..., op. cit.*, p. 397 : « *D'après Noël, ce retour avait été négocié avec Burin des Roziers et Georges Galichon, directeur de cabinet du président de la République depuis juillet 1961, qui l'avait assuré que de Gaulle lui ferait bon accueil.* [...] *Mais lorsque celui-ci salua le chef de l'État, il n'eut droit qu'à "une poignée de main sèche et courte" et pas même à un bonjour. Humilié et furieux, il alla aussitôt vers Noël pour lui déclarer qu'il ne remettrait plus les pieds à l'Élysée et lui dire, changeant de discours pour la deuxième fois : "L'article 89 est catégorique. On ne peut pas faire cela. Je voterai avec vous et, si vous partez, je partirai aussi"* ».

[1258] « Préjugé », *TLFI, op. cit.*, B. 2.

[1259] M.-A. FRISON-ROCHE, *Généralités sur le principe du contradictoire*, *op. cit.,* f. 8-9.

absence de compétences juridiques l'a empêché de poursuivre sa réflexion au-delà de ses premières impressions. Dès lors, le risque qu'il juge de façon prématurée était élevé.

565. Plus généralement, la question posée aux juges étant une question de droit, si les juges ne disposent pas d'outils pour réfléchir en droit, à savoir notamment une connaissance des méthodes d'interprétation et d'appréciation, **leur réflexion s'en trouvera appauvrie**.

566. L'on pourrait nous opposer que les juges peuvent réfléchir impartialement en utilisant des arguments d'opportunité pure, par exemple en effectuant une analyse économique de la situation. Ceci est vrai. Le fait que les compétences juridiques du juge l'aident à réfléchir et à rester impartial n'est pas exclusif du fait que le juge peut aussi rester impartial en recourant à des arguments de pure opportunité. Cependant comme a pu le remarquer D. Baranger, à un moment donné le juge n'accomplit plus la mission qui lui est impartie :

> *Un pianiste peut jouer très mal – fausses notes, mauvais tempo,... – telle partition. Mais s'il joue un morceau des Beatles avec, ouverte devant lui, la partition de la "Passacaille et double fugue" de Bach, il est exclu de dire qu'il a proposé une interprétation de l'œuvre du maître de Leipzig*[1260].

Si le juge ne prête aucune attention au texte de la Constitution, à la jurisprudence et aux règles de l'argumentation juridique, **il ne peut prétendre avoir jugé de la constitutionnalité de la loi**. Dès lors, la compétence en droit des juges constitutionnels apparaît indispensable à l'accomplissement impartial de leur mission.

567. Il faut en outre s'interroger sur ce que recouvre précisément cette exigence pour le juge constitutionnel. Il semble à première vue logique d'affirmer que pour être juge constitutionnel, une compétence en droit constitutionnel et plus spécifiquement en contentieux constitutionnel est nécessaire. Nous verrons néanmoins que cette affirmation n'est pas évidente[1261]. Ensuite, la loi touchant tous les domaines de l'activité humaine, le Conseil constitutionnel est conduit à s'interroger sur des problématiques mobilisant l'ensemble des branches du droit. Par ailleurs, la QPC a accentué la diversité et la technicité des questions de droit posées au Conseil. Cette nette accentuation de la technicité des questions de constitutionnalité doit être prise en compte, comme le

[1260] D. BARANGER, « L'interprète est toujours en mauvaise posture... », *op. cit.*, p. 1.
[1261] Cette compétence est loin d'être acquise à l'entrée en fonctions, voir *infra* §593 et s.

souligne l'ancien secrétaire général du Conseil B. Genevois : s'il reconnaît les mérites de la « *stabilité des règles régissant la composition de la Haute instance* »[1262], il estime qu'il faut explorer les « *aménagements souhaitables en raison de l'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité* »[1263]. Pourtant, il est clair qu'un juge ne peut maîtriser à lui seul l'ensemble des branches du droit nécessaires à l'exercice de la justice constitutionnelle. C'est pourquoi il est depuis longtemps affirmé que doit être représentée au Conseil une diversité de compétences à travers des individus provenant **d'horizons variés**[1264].

568. Enfin, la compétence n'est pas seulement la connaissance du droit mais aussi celle du métier de juge, comme le rappelle le Conseil constitutionnel lui-même : dès 1998, le Conseil estime que, lors du recrutement exceptionnel de magistrats judiciaires, les autorités de nomination doivent apprécier strictement, non seulement les compétences juridiques des futurs magistrats, mais aussi leur *aptitude à juger* lorsqu'ils n'ont jamais exercé de fonctions juridictionnelles auparavant[1265]. Si le Conseil vise ici spécifiquement les magistrats judiciaires, il a eu l'occasion de se prononcer sur la prise en compte de l'aptitude à juger de plusieurs types de juges non professionnels, comme les juges de proximité[1266] ou les juges consulaires[1267]. Le Conseil reconnaît ainsi la spécificité du métier de juge, spécificité qui caractérise aussi l'exercice de la justice

---

[1262] B. GENEVOIS, « La composition du Conseil constitutionnel », *op. cit.*, p. 89.
[1263] *Ibid.*, p. 92.
[1264] Voir notamment : L. FAVOREU, « La légitimité du juge constitutionnel », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 46, n° 2, avril-juin 1994, p. 577-578 ; D. DE BECHILLON, « Appel au calme... », *op. cit.*, p. 116-117.
[1265] CC, 98-396 DC, 19 février 1998, *Loi organique portant recrutement exceptionnel de magistrats de l'ordre judiciaire et modifiant les conditions de recrutement des conseillers de cour d'appel en service extraordinaire*, §10 : « *S'agissant de la nomination à ces fonctions de personnes n'ayant jamais exercé de fonctions juridictionnelles au premier degré de juridiction* [...] *le pouvoir réglementaire devra, sous le contrôle du juge administratif, veiller à ce que soient strictement appréciées, outre la compétence juridique des intéressés, leur aptitude à juger, ce, afin de garantir, au second et dernier degré de juridiction, la qualité des décisions rendues, l'égalité devant la justice et le bon fonctionnement du service public de la justice* ».
[1266] CC, 2003-466 DC, 20 février 2003, *Loi organique relative aux juges de proximité*, §14 : « *L'exercice antérieur de "fonctions impliquant des responsabilités... dans le domaine... administratif, économique ou social" ne révèle pas par lui-même, quelles que soient les qualités professionnelles antérieures des intéressés, leur aptitude à rendre la justice. En définissant de telles catégories de candidats aux fonctions de juge de proximité sans préciser le niveau de connaissances ou d'expérience juridiques auquel ils doivent répondre, le législateur organique a manifestement méconnu l'article 6 de la Déclaration de 1789* ».
[1267] CC 2012-241 QPC, 4 mai 2012, *EURL David Ramirez [Mandat et discipline des juges consulaires]*, §32 : « *Toutefois, eu égard à la compétence particulière des tribunaux de commerce, spécialisés en matière commerciale, les dispositions contestées, qui, d'une part, prévoient que les juges des tribunaux de commerce sont élus par leurs pairs parmi des personnes disposant d'une expérience professionnelle dans le domaine économique et commercial et, d'autre part, réservent les fonctions les plus importantes de ces tribunaux aux juges disposant d'une expérience juridictionnelle, n'ont pas méconnu les exigences de capacité qui découlent de l'article 6 de la Déclaration de 1789* ».

constitutionnelle à notre sens. L'argumentation de F. Goguel dans la décision IVG illustre bien celle-ci : l'interprétation des textes juridiques et l'appréciation de la conformité de la loi à la Constitution sont des savoir-faire qui ne s'improvisent pas. Nous espérons l'avoir démontré dans la première partie de cette thèse : la connaissance et le respect par le juge des règles de l'argumentation juridique limitent le risque de partialité. Plusieurs, auteurs, en particulier P. Wachsmann[1268], ont ainsi remarqué qu'il serait profitable d'appliquer au Conseil les exigences de sa propre jurisprudence. Nous reviendrons sur ce point dans la section II.

569. La question de la compétence des juges doit être envisagée à la lumière de la discussion sur la nature du Conseil constitutionnel, comme nous l'avons relevé précédemment. Si la compétence juridique est reconnue par un grand nombre d'acteurs comme étant nécessaire, nombreux sont ceux qui pensent qu'elle n'est pas la seule compétence requise du juge constitutionnel.

B. La question des compétences politiques

570. Selon certains auteurs, la compétence des juges constitutionnels ne doit pas être seulement juridique mais aussi politique. C'est ce qu'affirment plusieurs anciens membres du Conseil, par exemple F. Luchaire : « *La* compétence *souhaitable n'est pas exclusivement juridique ; une expérience politique, plus particulièrement de la vie parlementaire et des rapports entre l'exécutif et le législatif, est indispensable au Conseil constitutionnel* »[1269]. J.-L. Debré est du même avis : « *La présence d'anciens hommes politiques au sein du Conseil est indispensable* »[1270], tout comme D. Schnapper : « *Que le Conseil continue à comprendre des membres proches du type "politique" et des membres proches du type "juriste" paraît le plus souhaitable* »[1271].

571. Cette idée découle de la question sur la nature de l'institution. Ainsi que l'exprime J. Robert à propos du Conseil :

> *Veut-on en faire une véritable juridiction indépendante au-dessus de tout soupçon ou garde-t-on, plus ou moins secrètement, dans l'esprit l'idée que*

[1268] Voir P. WACHSMANN, « Sur la composition du Conseil constitutionnel », *Jus Politicum* [en ligne], n° 5, décembre 2010.
[1269] F. LUCHAIRE, *Le Conseil constitutionnel*. *Tome I...*, *op. cit.*, p. 72.
[1270] J.-L. DEBRE, *Ce que je ne pouvais pas dire...*, *op. cit.*, p. 172.
[1271] D. SCHNAPPER, *Une sociologue au Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 172.

> *l'originalité de son rôle et les répercussions nécessairement politiques de ses décisions en font une instance de représentation ? C'est une option. Fondamentale. Rares sont cependant les pays qui, créant une "juridiction" (?) constitutionnelle spéciale, ont* voulu *ou* su *ou* pu *choisir clairement*[1272].

I. Fassassi évoque cette même problématique à propos de la Cour suprême américaine :

> *La vision majoritaire, surtout lorsqu'elle est développée de manière prescriptive, a également des implications quant au profil des juges qui siègent à la Cour. Si l'on souhaite que la Cour* soit *majoritaire, afin par exemple de garantir sa légitimité sociale, encore faut-il qu'elle soit composée de juges qui puissent « discerner l'esprit de leur temps », c'est-à-dire d' « hommes d'État » comme le soulignait Tocqueville. En d'autres termes, il faut que les juges soient dotés d'une sensibilité politique leur permettant de saisir l'opinion publique pour, non pas la retranscrire, mais ne pas en être totalement coupé*[1273].

D. Rousseau rappelle quant à lui que les représentants élus ne sont pas les seuls acteurs de la démocratie[1274]. Les cours constitutionnelles participent, tout comme d'autres institutions, à la discussion démocratique. Leur fonction est notamment, selon cet auteur, de rendre visible le fait que « *les représentants ne sont pas souverains, mais seulement les délégués de la puissance souveraine* »[1275]. Il nous semble que, lorsqu'il est estimé que les politiques doivent être présents au Conseil pour assurer une conscience des nécessités politiques, cela revient à avancer que les élus sont les seuls « réels » acteurs de la démocratie, les seuls capables de représenter le peuple. **C'est une façon de refuser l'idée d'une démocratie s'accomplissant en dehors de l'élection**, **par des acteurs extérieurs au monde politique.**

[1272] J. ROBERT, *La garde de la République...*, *op. cit.*, p. 22.
[1273] I. FASSASSI, *La légitimité du contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois aux États-Unis : étude critique de l'argument contre-majoritaire*, Dalloz, 2017, p. 662.
[1274] Voir D. ROUSSEAU, « La démocratie continue... », *op. cit.,* p. 73-88.
[1275] *Ibid.*

572. Plus précisément en France, la volonté des autorités de nomination de nommer des juges issus du monde politique peut être rattachée à une volonté de s'assurer que le juge constitutionnel fera un usage mesuré de son pouvoir, respectueux du législateur et plus généralement du pouvoir en place[1276]. Comme l'exprime habilement L. Fabius lors de son audition, les juges constitutionnels doivent faire preuve de « bon sens » politique :

> *Vous m'interrogez, monsieur Vasselle, sur d'éventuelles décisions d'opportunité du Conseil constitutionnel. En prolongeant votre question, on peut se demander si le Conseil est une institution politique ! Ses décisions ont en tout cas une portée politique, et il convient d'éviter que le droit soit inopportun... Aux qualités d'indépendance, d'expérience et de compétence du juge constitutionnel il faut ajouter le bon sens, dont je ne sais s'il peut être assimilé à l'opportunité. Quoi qu'il en soit, on ne peut tordre le droit, et la première mission du Conseil constitutionnel reste de vérifier la conformité à la Constitution. Dans son discours à la jeunesse de 1903, Jaurès a donné du courage la définition suivante : « aller à l'idéal et comprendre le réel ». Je dirai à sa suite qu'il faut respecter le droit et comprendre le réel ; mais le droit reste le droit. Il est certes plus facile de vous en convaincre que de persuader l'opinion publique*[1277].

Cette préoccupation est aussi parfaitement perceptible dans le discours prononcé par N. Sarkozy à l'occasion de la mise en place de la QPC[1278] comme l'a mis en évidence O. Pluen dans son analyse de ce discours : N. Sarkozy y refuse une « *normalisation juridictionnelle* »[1279] au motif que le Conseil constitutionnel n'est pas une cour comme les autres, justifiant ainsi la présence des anciens Présidents de la République en son sein.

573. Il nous semble que ce « bon sens » politique, qui serait requis des juges constitutionnels, est surtout lié, en France, à une vision de la justice constitutionnelle

---

[1276] Cela rejoint nos propos sur l'indépendance du Conseil, voir *supra* §517 et s.

[1277] Séance du 18 février 2016, Compte rendu de l'audition de M. Fabius, Commission des lois, Sénat.

[1278] N. SARKOZY, discours prononcé le 1er mars 2010 à l'occasion de la mise en place de la QPC, disponible sur le site internet du Conseil constitutionnel : « *Il y a une spécificité du contrôle de constitutionnalité des lois, parce que la Constitution n'est pas un texte juridique comme les autres. C'est dire que le Conseil constitutionnel ne saurait être une juridiction comme une autre. C'est la raison pour laquelle j'ai souhaité qu'il ne soit pas composé que de techniciens du droit et que les anciens présidents de la République y conservent leur qualité de membres de droit, parce que l'expérience d'un ancien chef de l'État, qui a fait fonctionner les institutions, peut apporter beaucoup à la qualité des décisions du Conseil, à leur équilibre, à leur réalisme. C'est avec le même souci que le président de l'Assemblée nationale, le président du Sénat et moi-même avons choisi les trois nouveaux membres du Conseil constitutionnel qui allient la compétence juridique à une longue expérience parlementaire. Le Conseil constitutionnel n'est pas une cour comme une autre* ».

[1279] O. PLUEN, « La nomination des membres du Conseil constitutionnel à la lumière du discours présidentiel de 2010 pour l'inauguration de la QPC », *Constitutions*, 2019, p. 201.

comme n'étant pas une justice activiste, faisant preuve de retenue et refusant de se prononcer sur les questions de société. En nommant des individus issus du monde politique, les autorités de nomination cherchent à se protéger contre **l'activisme supposé d'une Cour constitutionnelle composée de juges professionnels**, à l'image de la Cour suprême américaine, qui risqueraient de faire primer leur conception subjective des droits fondamentaux ou leurs propres idées politiques sur les « raisons politiques » de la majorité au pouvoir. Nous retrouvons la peur tenace du gouvernement des juges, conjurée ici par la nomination de juges dotés d'un long parcours politique. Cependant, outre le fait que la proximité entretenue entre le monde politique et le Conseil peut nuire à l'indépendance de ce dernier[1280], nous verrons dans la section prochaine que le choix consistant à valoriser la compétence politique au détriment de la compétence juridique pose des difficultés pour la préservation de l'impartialité des juges constitutionnels et plus généralement de leur pouvoir.

574. Dans tous les cas, cette compétence politique, qu'elle vise la sensibilité des individus aux mouvements de l'opinion publique ou leur *self restraint* face à la majorité au pouvoir, ne saurait être que secondaire par rapport aux compétences juridiques. Comme le souligne D. Rousseau,

> *de quelque manière de tourner les choses, si le Conseil est une juridiction chargée de confronter deux textes juridiques, la loi et la Constitution, et de fonder en droit sa décision de conformité ou non des deux textes, il doit être composé majoritairement de juristes dotés d'une expérience de l'argumentation et de la motivation juridiques*[1281].

La légitimité démocratique du Conseil ne tient pas à la présence d'anciens politiques en son sein mais bien dans l'accomplissement de sa mission[1282].

575. Les textes n'offrent pas de garantie solide de compétence juridique des futurs juges, seulement une garantie contre l'incompétence manifeste. Il est évident que l'impartialité des juges ne se nourrit pas d'une si maigre garantie. La pratique montre heureusement qu'une majorité de juges compétents en droit siègent au Conseil, mais de nombreuses et importantes nuances doivent être apportées à ce constat positif.

[1280] Voir chapitre précédent §512 et s.
[1281] D. ROUSSEAU, « Donner au Conseil constitutionnel des "yeux juridiques" », *AOC.media*, 22 février 2019.
[1282] Voir introduction générale, §59 et s.

Section II. Les limites des garanties pratiques

576. La carrière antérieure des juges constitue, dans une majorité de cas, une garantie de compétence en droit, même si elle garantit rarement une compétence en contentieux constitutionnel (§I). Ensuite, une fois entrés au Conseil, les juges disposent d'un certain nombre d'outils, en particulier les services du secrétariat général, pour se rendre compétents au fur et à mesure des décisions. Néanmoins une trop grande distorsion entre le niveau de compétence des juges et celui de leurs collaborateurs peut impliquer de graves dangers (§II).

§I. Les limites des garanties liées à la carrière antérieure des juges

577. La majeure partie des juges constitutionnels ont une expérience professionnelle juridique, cette expérience pouvant être plus ou moins développée. Une minorité de nominations pose toutefois de véritables difficultés, lorsque l'individu nommé ne possède ni diplôme, ni expérience juridique (A). Ensuite, si les juges constitutionnels sont majoritairement juristes de profession, leur compétence en contentieux constitutionnel n'en est pas pour autant garantie (B).

A. Une compétence en droit majoritairement garantie

578. F. Luchaire expliquait en 1997 que le Conseil, bien que composé d'une majorité de juges dotés d'une expérience parlementaire ou ministérielle, était aussi composé d'une majorité de juristes : « *C'est pourquoi il est parfois difficile d'opposer le "politique" au "juriste" ; on peut même dire que le Conseil comprend la fois une majorité de juristes et une majorité d'hommes politiques* »[1283]. Le constat effectué par M. Luchaire reste vrai en 2020 : le Conseil est toujours composé d'une majorité de juges qui sont à la fois juristes et politiques. En effet, les juges constitutionnels sont pour une large part formés en droit (1) et ont mené une carrière juridique (2). Nous

[1283] F. LUCHAIRE, *Le Conseil constitutionnel*. *Tome I...*, *op. cit.*, p. 72.

verrons néanmoins que d'importantes nuances doivent être apportées à ces deux constats.

1. Des juges ayant bénéficié d'une formation en droit

579. Nous avons répertorié, grâce aux biographies et aux auditions parlementaires des juges, les membres dotés d'une formation en droit. Cette recherche nous a permis d'établir que 73 membres sur 81 en 2019 possèdent un diplôme impliquant l'étude du droit, soit **90%** des juges constitutionnels, c'est-à-dire qu'à l'exception de sept juges[1284] entre 1958 et 2019, l'ensemble des juges constitutionnels a bénéficié d'une formation juridique. Ajoutons que la dernière nomination d'un juge sans formation juridique remonte à 1986[1285], ce qui nous pousse à conclure que le risque d'incompétence totale en droit, comme illustré par les propos de M. Vallery-Radot rappelés précédemment, n'existe plus aujourd'hui et ce d'autant plus depuis la mise en place des auditions par la révision constitutionnelle de 2008.

580. Ce constat positif doit toutefois être précisé puisque le niveau de formation des juges est très variable. Nous avons décompté 37 juges « très qualifiés » en droit (docteurs en droit, énarques, élèves de l'ENM), soit un pourcentage de **46%** ; 11 juges « qualifiés » en droit, titulaires d'une maîtrise (ou équivalent), soit **14%** des juges et 24 juges que l'on peut estimer « familiarisés » avec le droit, titulaires d'une licence ou d'un diplôme de sciences politiques mais ne possédant pas de diplôme plus spécialisé[1286], soit **30%** des juges. Enfin, comme nous l'avons souligné précédemment, sept juges n'ont pas fait d'études en droit, soit environ **9%** des juges.

581. Ainsi seule la moitié des juges constitutionnels sont « très qualifiés » en droit en termes de formation. Si les juges constitutionnels ne sont plus totalement étrangers au droit, le niveau de formation peut cependant être très variable : une licence obtenue en début de carrière ne constitue pas une garantie sérieuse de compétence[1287],

---

[1284] Ce sont : R. Fabre, L. Joxe, D. Mayer, E. Michelet, L. Pasteur Vallery-Radot, H. Rey et J. Sainteny.

[1285] Madame Schnapper, sociologue de métier, est diplômée de l'IEP de Paris, formation que nous avons classée dans les formations impliquant l'étude du droit. Nous reconnaissons la subjectivité de cette affirmation et nous apportons des précisions supplémentaires dans les paragraphes suivants.

[1286] Lorsque la personne titulaire d'un diplôme de sciences politiques était en même temps énarque, titulaire d'un master ou docteur en droit, nous l'avons comptée dans la catégorie des individus les plus qualifiés.

[1287] C'est ce que remarque O. Jouanjan : « *On a souvent euphémisé la singularité française et, prenant le fait pour le droit, on montre, à coup de statistiques imparables, combien la présence des juristes est satisfaisante au Conseil, même si, à cette fin, on exhume parfois d'anciennes licences depuis longtemps*

tout comme un diplôme de sciences politiques, cette formation pouvant conduire à des métiers extrêmement divers, comme en témoigne le parcours de madame Schnapper. Ainsi, une grande incertitude règne pour ces 30% de juges simplement familiarisés avec le droit. Néanmoins, l'étude de la formation ne constitue pas à elle seule un indicateur fiable de la compétence des juges et doit être complétée par celle de leur expérience professionnelle.

2. Une majorité de juristes expérimentés, une minorité de cas problématiques

582. En 2020, 63 juges sur 81 ont exercé une profession juridique avant d'entrer au Conseil, soit **78%** des juges. L'examen de la carrière des juges montre néanmoins que la majorité des juristes présents au Conseil ont aussi exercé des fonctions politiques. Ainsi, 29 membres soit 46% des juristes ont exercé des fonctions électives[1288] et tous membres confondus, c'est **54%** des juges qui ont été élus avant d'entrer au Conseil[1289]. Quant aux membres de l'administration au service du politique, ils sont 22 sur 63 juristes en 2020[1290], soit 35% des juristes et **28%** de l'ensemble des juges[1291]. Au total **82%** des juges constitutionnels proviennent du monde politique ou ont exercé leur métier dans une grande proximité avec celui-ci[1292]. Cependant, le fait est que la carrière politique des juges ne leur retire pas leur compétence juridique[1293].

---

dormantes mais toujours capables d'effacer, par un expédient enchantement, les décennies d'une carrière parlementaire et ministérielle pour ne plus laisser voir, dans ces comptabilités d'apparences, qu'une formation précocement acquise signalant la présence d'un "vrai" juriste. La question de la place des "juristes de profession" (et pas seulement de "formation") n'était pas secondaire pour Kelsen, mais constituait une affaire "de la plus grande importance" [...] » (O. JOUANJAN, « Le Conseil constitutionnel est-il une institution libérale ? », *Droits*, 2006/1, n° 43, p. 80).

[1288] Ce sont : R. Badinter, N. Belloubet, P. Coste-Floret, E. Dailly, J.-L. Debré, R. Dumas, L. Fabius, J. Gilbert-Jules, L. Gros, H. Haenel*, J.-J. Hyest, P. Joxe, L. Jozeau-Marigné, R. Lecourt, N. Lenoir*, P. Marcilhacy, P. Mazeaud*, J. Mézard, J. Michard-Pellissier, G. Monnerville, H. Monnet, L. Noël, M. Pelletier*, A. Peretti, F. Pillet, G. Pompidou, M. Rudloff, M.-R. Simonnet et S. Veil. (Le « * » indique que ce membre exerça aussi des fonctions électives. Il est placé dans la catégorie des élus pour le calcul des pourcentages).

[1289] Soit 44 membres sur 81. Il faut ajouter à la liste précédente les élus dénués de carrière juridique : J. Barrot, M. Charasse, V. Chatenay, R. Fabre, M. Faure, R. Frey, L. Jospin, L. Joxe, A. Juppé, D. Mayer, E. Michelet, G. Palewski, L. Pasteur Vallery-Radot, H. Rey et J. Sainteny.

[1290] Ce sont : G. Abadie, M. Ameller, C. Bazy Malaurie, R. Brouillet, R. Cassin, P. Chatenet, B. Chenot, J.-C. Colliard, M. Delépine, R. Denoix de Saint Marc, A. Deschamps, O. Dutheillet de Lamothe, F. Goguel, Y. Guéna, J. de Guillenchmidt, H. Haenel*, P. Legatte, N. Lenoir*, F. Luchaire, C. Luquiens, P. Mazeaud*, M. Pelletier*, J.-L. Pezant, M. Pinault, A. Ségalat et P. Steinmetz.

[1291] Soit 23 membres sur 81. Il faut ajouter à la liste précédente J. Antonini qui sans être juriste fut notamment chef de cabinet et secrétaire général de la SNCF.

[1292] Reste 14 profils qui ne sont pas nécessairement dénués de liens avec le politique mais dont la carrière reste essentiellement extérieure au monde politique. Ce sont pour une grande part des magistrats et enseignants-chercheurs : J. Cabannes, G. Canivet, G.-L. Dubois, A. Lancelot, J. Latscha, C. Le Coq de

583. Ensuite, sur l'ensemble des 81 juges, 25% ont été avocats, 25% ont été membres du Conseil d'État, 14% ont été magistrats judiciaires, 14% ont été professeurs ou maîtres de conférences à l'Université[1294], 9% ont exercé une autre profession juridique (secteur privé...), 6,2% ont été fonctionnaires des assemblées, 5% ont été préfets et 4% ont été membres de la Cour des comptes. Un individu a pu exercer plusieurs de ces activités au cours de sa carrière[1295].

584. Ces pourcentages méritent cependant d'être précisés. Si 19 membres ont exercé le métier d'avocat à un moment ou à un autre de leur carrière, 13 l'ont été, à notre connaissance, pendant plusieurs décennies[1296]. Sur 20 membres du Conseil d'État, 11 ont, à notre connaissance, effectivement exercé ces fonctions durant un temps long[1297]. 10 membres ont été professeurs ou maîtres de conférences en droit pendant

---

Kerland, D. Lottin, N. Maestracci F. Mollet-Vieville, M. Patin, J. Robert, D. Schnapper, G. Vedel et M. Waline.

[1293] Nous excluons du débat sur la compétence des juges la question de la politisation du Conseil, comme d'autres l'ont fait avant nous. Voir notamment P. WACHSMANN, « Sur la composition du Conseil constitutionnel », *op. cit.*, p. 4 : « *Autrement dit, il ne s'agira pas ici de critiquer le mode de désignation adopté en France en raison de la "politisation" qu'il induit. Ce reproche serait vain et l'on pourra toujours lui opposer que les juridictions étrangères n'y échappent en aucune manière* ». Voir aussi J. BOUDON, « Trois faiblesses de la composition du Conseil constitutionnel », *Revue de droit d'Assas*, n° 5, février 2012, p. 110-112 : « *La politisation de l'institution est à nos yeux secondaire ; l'essentiel est que le Conseil constitutionnel n'est pas une juridiction peuplée exclusivement de juristes (comme c'est le cas à peu près partout dans le monde occidental. Les conséquences en apparaissent avec plus de clarté aujourd'hui qu'hier : la question prioritaire de constitutionnalité réclame des connaissances en droit privé et en droit pénal qui sont l'apanage d'un seul membre du Conseil sur neuf (le président Canivet)* ».

[1294] N'ont pas été comptées les fonctions de professeur associé. Nous n'avons pas non plus comptabilisé les professeurs en sciences politiques que furent A. Lancelot et F. Goguel. Comme le remarque P. Castéra dans sa thèse, F. Goguel lui-même ne se considérait pas comme un juriste (P. CASTERA, *Les professeurs de droit membres du Conseil constitutionnel*, Université de Bordeaux, 2015, p. 43).

[1295] Nous avons calculé de façon différente les pourcentages relatifs aux études et à la carrière. Pour les études, les individus ne pouvaient appartenir qu'à une seule catégorie (très qualifié, qualifié, peu qualifié). En revanche, nous avons calculé les pourcentages relatifs à l'expérience professionnelle en plaçant les individus dans une ou plusieurs catégories (avocat, professeur...) afin de refléter la diversité des expériences professionnelles, ce qui implique que le pourcentage total est supérieur à 100%.

[1296] Les biographies disponibles sur internet, notamment sur les sites du Conseil constitutionnel et du Sénat, attestent de l'exercice effectif de cette profession : J. Gilbert-Jules, J. Mézard, F. Mollet-Viéville, F. Pillet et M. Rudloff ont été avocats durant plusieurs décennies et furent bâtonniers. R. Dumas a aussi exercé plusieurs décennies et a plaidé plusieurs procès médiatiques. P. Marcilhacy fut avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation. R. Lecourt fut longtemps avocat mais aussi président de la Cour de justice des Communautés européennes. L. Gros fut avocat au barreau de Casablanca entre 1926 et 1961. G. Monnerville plaida plusieurs grands procès, tout comme J. Michard-Pellissier. C. Le Coq de Kerland fut avocat entre 1921 et 1947 près la Cour d'appel de Paris, tout comme M. Delépine, de 1918 à 1938.

[1297] R. Cassin, B. Chenot, M. Delépine, R. Denoix de Saint Marc, A. Deschamps, O. Dutheillet de Lamothe, H. Haenel, P. Legatte, N. Lenoir, L. Noël et M. Pinault. Le fait que certains membres du Conseil d'État aient peu siégé n'est pas surprenant. Comme le souligne L. Rouban : « *seul un cinquième des membres du Conseil font une véritable carrière à l'intérieur de l'institution soit pour exercer des fonctions consultatives soit pour exercer des fonctions juridictionnelles* ». Il ajoute : « *Si l'on examine les quatre décennies que couvre notre période de référence, on voit que la proportion de membres du Conseil qui ont réellement fait leur carrière au sein du Conseil n'a cessé de baisser, passant de 33 % pour ceux qui sont partis dans la décennie 1958-1970 à 17 % pour ceux qui sont partis entre 1991*

plus de 10 ans[1298]. Parmi les 11 magistrats judiciaires, 8 ont consacré à cette profession une partie importante de leur carrière[1299]. 14 membres sur 19 ont enfin exercé une autre profession juridique sur une longue durée[1300].

585. Ces chiffres essentiellement fondés sur les biographies des membres disponibles sur le site internet du Conseil constitutionnel n'ont pas la prétention de constituer une analyse sociologique de la composition du Conseil. Ils nous permettent néanmoins d'estimer qu'une majorité de membres du Conseil a mené une réelle carrière juridique. En effet, au total nous avons comptabilisé environ **52 membres sur 81 dotés d'une carrière juridique durable avant leur entrée au Conseil, soit 64% des juges**[1301]. Cet examen vient tempérer la critique selon laquelle les membres du Conseil n'auraient été juristes que quelques années, voire quelques mois et ne seraient donc pas qualifiés de ce point de vue[1302].

586. *A contrario*, on remarquera qu'environ 29 membres sur 81 ne sont pas dotés d'une longue carrière de juriste. Plus précisément, on dénombre 18 juges sans expérience professionnelle dans le droit[1303]. Contrairement aux juges sans formation juridique, dont la dernière nomination remonte à 1986, des juges dénués d'expérience

---

et 2002 » (L. ROUBAN, « Le Conseil d'État 1958-2008 – Sociologie d'un grand corps », *Les Cahiers du CEVIPOF,* mai 2008, n° 49, p. 70, disponible sur : <https://spire.sciencespo.fr/hdl:/2441/f0uohitsgqh8dhk97gq3ggla1/resources/publication-pdf-491.pdf>).

[1298] R. Badinter, N. Belloubet, R. Cassin, J.-C. Colliard, J. Latscha, F. Luchaire, J. Robert, M.-R. Simmonet, G. Vedel, M. Waline.

[1299] J. Cabannes, G. Canivet, J.-L. Debré, G.-L. Dubois, D. Lottin, N. Maestracci, M. Patin et S. Veil.

[1300] C. Bazy Malaurie et P. Joxe à la Cour des comptes. G. Abadie et P. Steinmetz en tant que préfets. M. Ameller, F. Goguel, N. Lenoir, C. Luquiens et J.-L. Pezant en tant que fonctionnaires des assemblées. E. Dailly, H. Monnet et M. Pinault en tant que juristes dans le secteur privé. R. Cassin et R. Lecourt dans les juridictions européennes.

[1301] Remarquons que ce nombre ne rend pas compte de certains cas particuliers, comme par exemple les individus docteurs en droit mais ayant mené une carrière juridique de courte durée (ex : P. Coste-Floret). Globalement, il faut comprendre ces éléments statistiques comme des indications générales sur la composition du Conseil et non comme le reflet exact de celle-ci.

[1302] Voir L. FAVOREU, W. MASTOR, *Les cours constitutionnelles*, 2e éd., Dalloz, 2016, p. 53-54 : « *Même si les défenseurs de l'institution pointent les connaissances juridiques des derniers membres nommés (à l'instar de Laurent Fabius lui-même qui a souligné lors de son audition parlementaire le 18 février 2016 qu'il avait été juge au Conseil d'État), il est un fait que le Conseil constitutionnel n'est pas une assemblée de juristes. Ce n'est pas parce que tel ou tel homme politique a pu faire, dans le passé, un peu de droit ou être magistrat pendant quelques mois qu'il peut être qualifié de grand juriste. Or, pour être juge, il faut être juriste* ».

[1303] G. Palewski, J. Sainteny, R. Frey (qui était cependant membre du Comité consultatif constitutionnel), D. Mayer (qui fut néanmoins président de la Ligue des droits de l'homme), V. Chatenay, L. Pasteur Vallery-Radot, E. Michelet, J. Antonini, H. Rey, R. Fabre, M. Faure, L. Joxe, A. Lancelot, D. Schnapper, M. Charasse, J. Barrot, L. Jospin et A. Juppé. À noter que si J. Barrot a été avocat et A. Juppé inspecteur des finances, ces expériences n'ont pas été prises en compte du fait de leur courte durée. Le rapporteur de la commission des lois estime lui-même cette expérience « anecdotique » lors de l'audition d'A. Juppé par l'Assemblée nationale.

professionnelle juridique[1304] sont toujours nommés au Conseil, avec par exemple M. Charasse et J. Barrot en 2010, L. Jospin en 2014 et A. Juppé en 2019. Ce fait mérite une certaine attention : sur ces 18 juges, 6 ont été nommés entre 1959 et 1969[1305], 3 dans les années 1970[1306], 3 dans les années 1980[1307], 1 dans les années 1990[1308], 1 dans les années 2000[1309] et **4 dans les années 2010**[1310]. On note donc une nette tendance à l'augmentation de ce type de nomination depuis 2010 et ce fait doit être cumulé avec la nomination **entre 2014 et 2019, de 3 anciens Premiers ministres, alors qu'aucun ancien Premier ministre n'avait été nommé auparavant au Conseil**[1311].

587. Cette analyse donne l'impression d'un retour en arrière : les autorités de nomination nomment plus que jamais des politiques, du plus haut niveau. Serait-ce symptomatique de la crainte évoquée précédemment ? Les autorités de nomination semblent s'assurer, en nommant ces individus, que restent placées au Conseil des personnes qui *comprennent* le monde politique et les limites du pouvoir des juges face aux élus, *en particulier* depuis la mise en place de la QPC en 2010[1312]. En effet, avec la QPC c'est davantage qu'autrefois la question du rapport entre pouvoir et droits fondamentaux qui est posée. S'agit-il alors d'éviter que les droits fondamentaux l'emportent trop largement sur les arguments d'ordre public et plus généralement sur les « raisons politiques » évoquées précédemment ?

588. Cela étant affirmé, le fait que ces individus n'aient pas été juges ou avocats ne signifie pas qu'ils sont totalement dénués de compétences juridiques. Il est vrai que l'expérience du législateur est, elle aussi, une expérience du droit : celle de la confection de la loi et de l'application effective de celle-ci dans les rapports entre les pouvoirs publics. Les politiques apportent leur vision propre du droit et la diversité des points de vue prolonge la réflexion des juges, c'est entendu. Toutefois, s'ils sont juristes au sens où ils possèdent des connaissances en la matière, il n'est pas pour autant possible de les

---

[1304] Ou dont l'expérience professionnelle en droit est trop courte et ancienne pour être prise en compte (A. Juppé, voir note précédente).
[1305] V. Chatenay et L. Pasteur Vallery-Radot en 1959. E. Michelet en 1962, G. Palewski en 1965, J. Antonini en 1967 et J. Sainteny en 1968.
[1306] H. Rey en 1971, R. Frey en 1974 et L. Joxe en 1977.
[1307] D. Mayer en 1980, R. Fabre en 1986, M. Faure en 1989.
[1308] A. Lancelot en 1996.
[1309] D. Schnapper en 2001.
[1310] M. Charasse et J. Barrot en 2010 puis L. Jospin en 2014 et A. Juppé en 2019.
[1311] G. Pompidou fut Premier ministre après sa sortie du Conseil.
[1312] G. Drago le notait dans son manuel en 2011 : « *Ce retour des "politiques"* [...] *est paradoxal au moment où le Conseil se "juridictionnalise" et se "juridicise" fortement avec l'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité* » (G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, 3e éd., PUF, 2011, p. 176).

considérer comme des professionnels du droit. Ce sont, bien souvent, des « amateurs éclairés » pour reprendre les mots de P. Ardant[1313].

589. Or sur ce point, la France tranche largement avec les autres États, en particulier les États-Unis[1314]. Il serait en effet impensable qu'un juge sans expérience juridique soit nommé à la Cour suprême aujourd'hui[1315]. Plus encore, depuis 1969, la doctrine observe une très nette tendance à l'augmentation du nombre de *justices* ayant exercé des fonctions juridictionnelles avant leur nomination à la Cour suprême, atteignant les 81%, alors qu'entre 1937 et 1968 ce pourcentage était de 48%[1316].

590. Certes en France, ces juges dénués de carrière juridique sont minoritaires en 2020 : ce sont A. Juppé et L. Fabius[1317]. Les autres élus, J. Mézard et F. Pillet, furent avocats toute leur carrière, tandis que siègent à leurs côtés deux magistrates (N. Maestracci et D. Lottin), un conseiller d'État (M. Pinault), une haute fonctionnaire de l'Assemblée nationale (C. Luquiens) et une haute fonctionnaire ayant notamment été présidente de chambre à la Cour des comptes (C. Bazy Malaurie). Ainsi, dans la composition actuelle du Conseil, 7 membres sur 9 peuvent être considérés comme des juristes. Néanmoins le constat n'est pas entièrement positif : d'abord, le Conseil reste composé d'une **minorité de juges professionnels**. Ensuite, sont toujours nommés au Conseil des individus qui ne sont pas juristes de profession et **leur nombre tend à augmenter**, à rebours de la juridictionnalisation du Conseil. Enfin, nous l'avons remarqué, si une majorité de juges a mené une carrière juridique durable, une part non négligeable des juges n'a consacré au droit qu'une part limitée de sa carrière. Au vu de la complexité grandissante du contentieux constitutionnel et du nombre de décisions désormais rendues, c'est une tendance problématique, malgré l'intelligence non contestée des individus nommés.

[1313] P. ARDANT, « Le Conseil constitutionnel d'hier à demain », *in L'avenir du droit, mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz ; PUF ; éd. du Juris-classeur, 1999, p. 743.

[1314] Qui sont ici notre point de comparaison privilégié du fait de l'absence de condition textuelle de compétence juridique.

[1315] L. BAUM, *The Supreme Court*, *op. cit.*, p. 49 : « The Constitution specifies no requirements for Supreme Court justices, so they need not be attorneys. In practice, however, this restriction has been absolute. Nearly everyone involved in the selection process assumes that only a person with legal training can serve effectively on the Court » (traduction libre : « *La Constitution ne précise pas de condition pour les juges de la Cour suprême, donc ils n'ont pas besoin d'être avocats. En pratique, cependant, cette limitation est absolue. Presque tous les acteurs impliqués dans le processus de sélection partent du principe que seule une personne dotée d'une formation juridique peut efficacement siéger à la Cour* ».

[1316] Voir *Ibid.* p. 51.

[1317] Entré au Conseil d'État en 1974, il devient directeur de cabinet de F. Mitterrand à partir de 1978 tandis qu'il est élu député cette même année. Il est nommé ministre délégué chargé du Budget en 1981. Si son expérience au Conseil d'État n'est pas anecdotique, elle reste un élément mineur de sa carrière.

591. Cette tendance est permise par l'absence de contrainte textuelle. S'il existait une contrainte textuelle exigeant par exemple l'exercice d'une profession juridique, quelle qu'elle soit, pendant 20 ans, un tel problème serait écarté, tout en préservant une large liberté de choix des autorités. Au regard de ces éléments, nous sommes d'accord avec l'analyse nuancée effectuée par G. Drago :

> *Il nous semble que la bonne réponse doit prendre en considération la nécessité de conserver à l'institution ce qui a fait son succès : l'équilibre entre le politique et le juridique. Le mode de nomination doit faire la part juste entre les deux, en ce que les autorités de nomination doivent rester libres de nommer des personnalités dans un large spectre pour ne pas nier le caractère incontestablement politique de la nomination qui fait corps avec l'institution*[1318].

Il propose de s'inspirer par exemple du modèle italien précité, selon lequel « *Les juges de la Cour constitutionnelle sont choisis parmi les magistrats, même en retraite, des juridictions supérieures, ordinaires et administratives, les professeurs d'université titulaires de chaires de droit et les avocats ayant vingt ans d'exercice professionnel* »[1319]. Ces dispositions n'empêchent effectivement pas la nomination de parlementaires ou de membres du Gouvernement mais garantissent une véritable compétence juridique des futurs juges. Une disposition de ce type aurait aussi l'immense avantage[1320] d'améliorer la légitimité du Conseil constitutionnel aux yeux de l'opinion publique.

592. Cette opinion est renforcée par le fait que pour être juge constitutionnel, il ne suffit pas d'être juriste. Si l'impartialité du juge constitutionnel se nourrit d'une diversité de compétences, elle repose avant tout sur la maîtrise des mécanismes du contentieux constitutionnel lui-même. Or, de ce point de vue, la compétence des juges constitutionnels français est rarement garantie *a priori*.

[1318] G. DRAGO, « Réformer le Conseil constitutionnel ? », *Pouvoirs*, n° 105, 2003/2, p. 76.
[1319] (Italie) Const. de la République italienne, modifiée par la loi constitutionnelle du 20 avril 2012, art. 135.
[1320] Si la légitimité du contrôleur aux yeux du contrôlé doit être prise en compte, « *La véritable sanction de la légitimité de la justice constitutionnelle est donnée ou apportée par l'opinion publique* » (L. FAVOREU, « La légitimité du juge constitutionnel », *op. cit.,* p. 581).

B. Une compétence en contentieux constitutionnel non garantie

593. S'il est établi que les juges constitutionnels sont, pour une part importante, des juristes d'expérience, leur compétence en contentieux constitutionnel n'en est pas garantie pour autant. Quels juges peuvent être qualifiés de compétents en contentieux constitutionnel à leur entrée au Conseil ? Les juges de carrière ? Nous le pensions, mais la lecture des auditions nous a amenés à reconsidérer la question avec plus de réalisme. Ainsi, lors de son audition par la commission des lois du Sénat, N. Maestracci, juge judiciaire, affirme :

> *Je ne suis pas une spécialiste du droit constitutionnel, mais si je suis nommée membre du Conseil je ferai tout pour acquérir les compétences nécessaires. La réforme de 2008 m'a toutefois conduite à intégrer le droit constitutionnel dans mes pratiques, puisque j'ai transmis plusieurs QPC à la Cour de cassation. Je me suis réjouie du contrôle a posteriori de la loi ainsi instauré, qui nous fait prendre conscience de la manière dont une loi s'applique*[1321].

Elle ajoute avec prudence, en réponse à une question posée sur l'article 11 de la Constitution :

> *Monsieur Geoffroy, des réponses ont été données sur la possibilité de soumettre au référendum un projet de loi sociétal ou touchant à des questions sociales. J'examinerai cette question polémique d'un œil vigilant mais, pour l'heure, compte tenu de mes connaissances encore relatives en matière de droit constitutionnel, je ne me hasarderai pas à interpréter l'article 11 de la Constitution*[1322].

C. Bazy Malaurie, ancienne membre de la Cour de comptes, s'exprime dans des termes similaires lors de sa première audition en 2010 :

> *Pour le reste, les membres de la Cour des comptes sont des magistrats, indépendants, fiers de leur impartialité, rompus à l'exercice de la collégialité. Ce sont sans doute ces aspects-là, si je rejoins le Conseil constitutionnel, qui me seront les plus familiers. En effet, je n'ai pas la prétention d'être une spécialiste aguerrie de droit constitutionnel. J'espère*

[1321] Séance du 20 février 2013, Compte rendu de l'audition de N. Maestracci, Commission des lois, Sénat. Elle effectue la même remarque devant l'Assemblée nationale : « *Compte tenu de mon parcours, je ne revendique pas encore de compétences avérées en droit constitutionnel. C'est en tant que magistrate de terrain, qui a vu beaucoup de justiciables et mesuré leur difficulté pour comprendre certaines décisions, notamment celles de la Cour de cassation, que j'aborde les fonctions de membre du Conseil constitutionnel* » (Séance du 20 février 2013, Compte rendu de l'audition de N. Maestracci, Commission des lois, Assemblée nationale).
[1322] *Ibid.*

> *simplement apporter à l'institution, dans le contexte des évolutions juridiques en cours, mon expérience, ma connaissance de la vie publique, mes propres réflexions sur l'État, au regard notamment de la contrainte financière*[1323].

F. Pillet, homme politique et avocat en droit privé s'exprime, lui aussi, dans des termes proches devant la commission des lois du Sénat :

> *Je serai donc libre, fidèle à mes convictions et impartial dans l'analyse de la volonté du constituant. Il m'est impossible de vous assurer d'une compétence absolument éclairée en droit constitutionnel, mais j'apprendrai. Pour éclairer votre jugement et ne rien dissimuler de ce que sera ma conduite, je fais mienne cette devise qui pourrait être celle du Sénat : « jamais non par idéologie, jamais oui par discipline*[1324].

Ces quelques extraits montrent qu'aucun juge ne possède l'ensemble des compétences utiles à l'exercice de la justice constitutionnelle et donc qu'une mixité des profils est souhaitable : la présence de spécialistes de droit pénal, fiscal, parlementaire, social etc. est nécessaire à l'exercice impartial du contrôle de constitutionnalité.

594. Il nous semble pourtant tout aussi nécessaire qu'une part non négligeable des juges possède une compétence en contentieux constitutionnel à l'entrée en fonction, car celle-ci constitue le socle du contrôle de constitutionnalité. Or, ni les juges judiciaires, ni les membres de la Cour de comptes, ni les avocats en droit privé ne peuvent apporter cette compétence. C'est pourquoi nous sommes d'accord avec D. de Béchillon lorsqu'il affirme : « *Qu'une place doive être faite à des spécialistes du droit constitutionnel stricto sensu n'est évidemment pas discutable* »[1325]. Les conseillers d'État sont familiers du droit constitutionnel, ce que rappelle M. Pinault lors de son audition en 2016 :

> *Au Conseil d'État, on fait du droit. J'en ai fait beaucoup, et dans tous les secteurs de cette vaste discipline : droit public, droit social fortement mâtiné de droit public ou privé, droit fiscal, droit budgétaire et financier, beaucoup de droit international, et évidemment du droit constitutionnel, lequel surplombe tous nos délibérés et débats*[1326].

[1323] Séance du 31 août 2010, Compte rendu de l'audition de C. Bazy-Malaurie, Commission des lois, Assemblée nationale. Elle ajoute plus loin : « *Pour les questions touchant à la nationalité, j'avoue ne pas me sentir encore très compétente. J'ai naturellement écouté ce qui a été dit, et lu ce qui a été écrit tout l'été sur le sujet, mais je serais mal à l'aise pour vous répondre aujourd'hui. De surcroît, au-delà de ma position personnelle, j'aurais peur de commettre à ce stade une erreur de raisonnement juridique* ».
[1324] Séance du 21 février 2019, Compte rendu de l'audition de F. Pillet, Commission des lois, Sénat.
[1325] D. DE BECHILLON, « Appel au calme... », *op. cit.*, p. 116-117.
[1326] Séance du 18 février 2016, Compte rendu de l'audition de M. Pinault, Commission des lois, Sénat.

Il existe cependant plusieurs viviers de spécialistes du contentieux constitutionnel **inexploités par les autorités de nomination** : les enseignants-chercheurs en droit spécialisés dans ce domaine, les avocats spécialistes de la QPC et les membres du service juridique du Conseil qui pourraient être nommés juges comme les *clerks* américains[1327]. L'on regrette en particulier l'absence des enseignants-chercheurs au sein du Conseil constitutionnel de 2020 alors que les comptes rendus des délibérations publiés ont mis en lumière l'importance de leur contribution à la jurisprudence du Conseil[1328]. Les docteurs en droit se font, de manière générale, de plus en plus rares au sein des grandes institutions de l'État[1329] alors pourtant que le doctorat est une formation exigeante délivrée dans toute la France, caractéristique qui n'est pas dénuée d'intérêt pour des institutions par nature très proches du pouvoir central.

595. Du fait de la multiplicité des compétences requises, le Conseil doit être composé d'individus provenant d'horizons variés. Cette situation implique un apprentissage du contentieux constitutionnel pour une grande partie des juges, au sein même du Conseil. Cette situation, cumulée avec la nomination de juges entièrement dénués d'expérience professionnelle juridique, peut cependant entraîner certains dangers pour l'impartialité des juges qu'une compétence juridique mieux garantie *a priori* et qu'une répartition plus équilibrée des compétences au profit de spécialistes du contentieux constitutionnel permettrait d'éviter. Ce constat est renforcé par le fait que la carrière de juge constitutionnel ne peut constituer à elle seule une garantie de compétence.

[1327] Voir F.-H. BRIARD, « La nomination des membres de la Cour suprême des États-Unis », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2018/1, n° 58, p. 61 : « *Les "clerks" des membres de la Cour ont une place privilégiée dans la galaxie des candidats possibles ; les exemples sont nombreux, pour ne citer que le Chief Justice des États-Unis, Président de la Cour, John G. Roberts, clerk du Chief Rehnquist, ou encore Justice Gorsuch, clerk de Justice Anthony Kennedy, qu'il a rejoint à la Cour. Brillants juristes, les clerks se sont très tôt rompus aux rites et aux modes de raisonnement de la Cour* ». On a pu les appeler les *junior justices*.

[1328] Voir notamment P. ESPLUGAS-LABATUT, *Les professeurs de droit au Conseil constitutionnel, l'exemple de Georges Vedel*, *in Les facultés de droit inspiratrices du droit ?*, Toulouse : Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, n° 3, 2005, p. 217-225 ; F. HOURQUEBIE, W. MASTOR, F. MELIN-SOUCRAMANIEN, « Présentation – deuxième période délibérations 1965-1974 », *in* J. BONNET *et al*., *Les grandes délibérations...*, *op. cit.*, p. 129 et s.

[1329] L. Rouban note ainsi que 42,3% des membres du Conseil d'État provenant du tour extérieur étaient docteurs en droit entre 1958 et 1968, contre 2,7% entre 1990 et 2000. Voir L. ROUBAN, « Le Conseil d'État 1958-2008... », *op. cit*., p. 49.

§II. Les limites des garanties liées à la carrière de conseiller

596. Si l'apprentissage au sein même du Conseil du métier de juge constitutionnel (A), ainsi que le recours à l'expertise d'un service juridique hautement qualifié (B) sont des nécessités pour l'exercice de la justice constitutionnelle, ces deux pratiques ne peuvent à elles seules garantir la compétence des juges.

A. L'apprentissage au sein du Conseil : une garantie insuffisante de compétence

597. Selon D. Schnapper le défaut de compétence en contentieux constitutionnel pourrait être compensé par un apprentissage débutant à l'entrée en fonctions et se poursuivant tout le long de la « *carrière* »[1330]. Elle détaille ainsi les étapes de la carrière de conseiller qu'elle qualifie de « *reconversion* »[1331] pour les membres du type politique. Au départ, « *le nouveau nommé tend à porter un jugement sur l'opportunité de la loi et, parfois, sur sa conformité à la Constitution en négligeant la jurisprudence qu'il connaît mal* »[1332]. Un tel mode de raisonnement entraîne un risque de partialité plus élevé, comme nous l'avons expliqué dans la partie I[1333]. Dans un deuxième temps, le juge « *apprend à juger en fonction de la jurisprudence* »[1334]. La troisième étape est sa récompense : maîtrisant réellement le contentieux constitutionnel, « *il peut soulever à bon droit le problème d'une évolution éventuelle de cette jurisprudence* »[1335]. Selon madame Schnapper, si « *la reconversion du "politique" réussit le plus souvent,* [...] *il arrive qu'elle échoue* »[1336].

598. Ce témoignage illustre les difficultés auxquelles peuvent se heurter les juges à leur entrée au Conseil et l'humilité[1337] dont ils doivent faire preuve pour les

---

[1330] Voir sa partie intitulée ainsi p. 156 à 175 (D. SCHNAPPER, *Une sociologue au Conseil constitutionnel*, *op. cit.*).
[1331] *Ibid.,* p. 163.
[1332] *Ibid.,* p. 164.
[1333] Voir not. *supra* §168.
[1334] *Ibid.*
[1335] *Ibid.*
[1336] *Ibid.,* p. 166.
[1337] C'est d'ailleurs ce que remarque A. Juppé lors de son audition par la commission des lois : « *J'aborde ces questions avec humilité et j'ai conscience d'avoir beaucoup à apprendre. C'est pourquoi, à ce stade, je me garderai bien de vous proposer des réformes, des changements drastiques dans le fonctionnement du Conseil constitutionnel. Je donnerai simplement mon sentiment sur deux aspects de son*

surmonter. Un tel apprentissage peut être extrêmement difficile pour les moins qualifiés en droit, comme le reconnaît madame Schnapper elle-même, qui affirme s'être mise au travail « *comme une étudiante en droit débutante, apprenant systématiquement les articles de la Constitution et les grands arrêts de la justice constitutionnelle* »[1338].

599. Pour cette raison, l'apprentissage au sein même du Conseil constitue une garantie insuffisante de compétence, la mise en place de la QPC rendant la tâche encore plus difficile. Un individu n'ayant jamais été juriste ne peut prétendre devenir l'égal d'un juriste ayant manié le droit pendant 30 ans. Or, le Conseil constitutionnel ne doit-il pas être composé de bons, voire d'excellents juristes ? Nous retrouvons ici le débat sur la nature du Conseil : si l'on estime que seuls les meilleurs juristes ont leur place au Conseil, est mis l'accent sur le caractère juridictionnel de la mission du juge constitutionnel. En revanche, dès lors que le niveau d'exigence se réduit à la simple possession d'un diplôme ou de quelques années d'expérience juridique, c'est au profit d'individus comprenant les « réalités politiques ». À notre sens, il ne fait aucun doute que l'appréciation de la constitutionnalité de la loi **est avant tout une question de droit**. Dès lors, la compétence juridique des juges doit, avant toute autre considération, être assurée et la « carrière » du juge constitutionnel ne peut constituer une garantie suffisante de ce point de vue[1339].

600. Plus spécifiquement, nous avons remarqué que les juristes de profession reconnaissent eux-mêmes devoir se mettre à niveau en contentieux constitutionnel. Nous renvoyons donc ici aux arguments exposés précédemment : il serait souhaitable qu'une plus grande part de spécialistes de droit public, compétents dès le départ en contentieux constitutionnel, fassent partie du Conseil. En 2020, seul M. Pinault est conseiller d'État. Certes, les juristes spécialisés en droit privé ou en droit parlementaire possèdent des compétences précieuses pour l'exercice de la justice constitutionnelle et pourront acquérir les compétences manquantes durant leur carrière de conseiller.

---

fonctionnement et de sa jurisprudence » (Séance du 21 février 2019, Compte rendu de l'audition d'A. Juppé, Commission des lois, Assemblée nationale).

[1338] *Ibid.,* p. 166.

[1339] Voir pour comparaison les réflexions de L. Rouban à propos de l'évolution de la composition du Conseil d'État : « *Il serait difficile de dire que la raréfaction des juristes a entrainé une baisse dans la qualité juridique des décisions, d'autant plus que ces décisions sont prises de manière collective sous la houlette de présidents de sections et de sous-sections pointilleux et très compétents. Cette évolution des profils implique en revanche d'une part que la formation en interne lors de l'intégration dans le corps prend une importance cruciale et, d'autre part, que le travail juridique n'est souvent perçu par certains membres du Conseil qu'à travers des techniques plutôt qu'à travers une véritable culture juridique assimilée en amont lors des études supérieures. On peut déceler dans cette mutation le signe d'une technicisation de la pratique juridique qui tranche avec l'utilisation théorique et sociale que l'on en faisait encore il y a cinquante ans* » (L. ROUBAN, « Le Conseil d'État 1958-2008... », *op. cit*., p. 53).

Cependant, tout est question d'équilibre en la matière : une meilleure complémentarité des profils serait souhaitable afin qu'une partie des juges soient dès le départ compétents en contentieux constitutionnel.

601. À ce propos, nous pouvons remarquer le caractère salutaire du renouvellement par tiers : en principe, une partie des juges siège depuis six ans et une autre depuis trois, ce qui garantit que les deux tiers des juges ont déjà une certaine expérience du métier de juge constitutionnel. Ainsi dans la composition actuelle, C. Bazy-Malaurie siège depuis dix ans en 2020, N. Maestracci depuis sept ans, L. Fabius, M. Pinault et C. Luquiens depuis quatre ans et D. Lottin depuis trois ans. F. Pillet, A. Juppé et J. Mézard sont arrivés au Conseil en 2019 et peuvent donc être considérés comme étant « en formation ». Le renouvellement par tiers permet donc de pallier le manque initial de compétence des juges. Ce mécanisme reste toutefois un palliatif, qui atténue les symptômes de la maladie sans la guérir.

602. L'apprentissage au sein du Conseil constitue une garantie insuffisante de compétence des juges, même si cet apprentissage est, dans une certaine mesure, nécessaire. Ce constat, qui n'est pas surprenant, est renforcé par le fait que le fonctionnement du Conseil s'est construit autour de ce manque de compétence des juges, combiné à des délais exigeants, et a conduit à un équilibre des pouvoirs particulier qui s'effectue au détriment des juges.

B. Les dangers d'une compétence reposant trop largement sur les « collaborateurs »

603. Le degré de participation des collaborateurs du Conseil constitutionnel à l'élaboration de la décision est fonction de plusieurs facteurs : le premier facteur est le fait que le Conseil est organisé pour fonctionner sous la direction du couple président – secrétaire général. Le second facteur, souvent mis en avant par les services du Conseil, est la contrainte des délais alliée à une charge de travail de plus en plus lourde : l' « *état d'urgence permanent* »[1340] dans lequel fonctionne le Conseil conduit nécessairement les

[1340] J.-É. SCHOETTL, « Ma cinquantaine rue de Montpensier », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 25, 2008/3, disponible sur : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/cahiers-du-conseil-constitutionnel-n-25-novembre-2008>. Voir aussi O. SCHRAMECK, « Les aspects procéduraux des saisines », *in Vingt ans de saisine parlementaire du Conseil*

juges à se reposer sur des collaborateurs. Enfin, le manque de compétence des juges contribue à une délégation subtile de leur pouvoir vers les détenteurs du savoir. L'ensemble de ces facteurs joue pour expliquer la place prépondérante qu'occupent aujourd'hui les services du Conseil dans l'élaboration de la décision, pouvant conduire à l'expression d'une partialité voilée (1). Pour cette raison venant s'ajouter à nos remarques précédentes, la professionnalisation de l'ensemble des juges apparaît comme une nécessité (2).

1. Une place laissée à l'expression d'une partialité voilée

604. L'organisation du Conseil constitutionnel est **centralisée**. Les collaborateurs des juges sont regroupés dans plusieurs services centraux qui sont placés sous l'autorité du secrétaire général, lui-même placé sous la direction du président du Conseil[1341]. Par comparaison, aux États-Unis le fonctionnement de la Cour suprême est décentralisé. Chaque juge bénéficie d'environ sept collaborateurs personnels dont quatre juristes[1342]. C'est une forme de collégialité très différente, beaucoup plus individualiste que celle que nous connaissons en France. Le même système existe en Allemagne et en Italie : les juges allemands sont assistés de quatre juristes chacun[1343], tandis que les juges italiens bénéficient du concours de trois assistants personnels[1344].

---

constitutionnel – journée d'études du 16 mars 1994, Economica : PUAM, 1995, p. 81 : « *Tout d'abord la procédure d'instruction des saisines est assurément très proche de la procédure administrative contentieuse telle qu'elle se déroule devant le Conseil d'État mais elle est enserrée dans un corset particulièrement étroit, celui du temps* ». M. Schrameck insiste fortement sur le poids de cette contrainte, une « *urgence à un degré tout à fait exceptionnel en matière juridictionnelle* » (*Ibid.*, p. 89).

[1341] Décret n° 59-1293 du 13 novembre 1959 *relatif à l'organisation du secrétariat général du Conseil constitutionnel*, *JORF* n° 265 du 15 novembre 1959, p. 10819, art. 2 : « *Sous l'autorité du président, le secrétaire général dirige les services administratifs du Conseil constitutionnel* » et 3 : « *Le secrétaire général prend les mesures nécessaires à la préparation et à l'organisation des travaux du Conseil* ».

[1342] Voir D. M. O'BRIEN, *Storm center : the Supreme Court in American politics*, *op. cit*, p. 131-132 : « Each chamber now averages about eight people : the justice, four law clerks, two secretaries, and a messenger » (traduction libre : « *Chaque chambre est aujourd'hui composée d'environ huit personnes : le juge, quatre juristes, deux secrétaires et un messager* »)

[1343] Voir le site internet du Tribunal constitutionnel fédéral.

[1344] Voir B. GENEVOIS, R. GRANATA, « Entretien avec M. Renato Granata, Président de la Cour constitutionnelle italienne », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 6, janvier 1999, disponible sur : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/entretien-avec-m-renato-granata-president-de-la-cour-constitutionnelle-italienne>. Le président bénéficie du concours de cinq assistants.

605. Alors qu'en Allemagne, en Italie et aux États-Unis le travail administratif et l'élaboration de la décision sont distingués, il existe en France un mélange des genres : le secrétaire général bénéficie du concours du service juridique

> *organisé principalement autour de cinq membres, issus de différents corps de la fonction publique (un administrateur de l'Assemblée nationale, un administrateur du Sénat, un magistrat administratif, un magistrat judiciaire et un enseignant-chercheur en droit*[1345].

Le service juridique est, en outre, composé de cinq chargés de mission affectés au traitement des QPC[1346] ainsi que d'un juriste spécialiste de droit européen et de droit comparé. J.-É. Schoettl explique que le service juridique est constitué d'individus « *recrutés pour leurs hautes compétences juridiques et après une sélection qui accorde beaucoup d'importance aux traits de caractère et à la disponibilité* »[1347]. Ils constituent la « *mémoire collective* » du Conseil couvrant « *le mieux les grandes branches du droit* » : les administrateurs de l'Assemblée nationale et du Sénat sont compétents en droit parlementaire, budgétaire et financier, le magistrat judiciaire en droit privé et droit pénal, le magistrat administratif « *fait don de ses compétences en droit administratif général et spécialisé* [...] *et de sa familiarité avec le droit public* »[1348]. Le fait que les membres du service juridique soient dotés des compétences que nous avons établies comme étant nécessaires à l'exercice de la justice constitutionnelle est en soi démonstratif de leur active participation à l'élaboration de la décision.

606. En pratique, le secrétaire général et le service juridique participent à l'élaboration de la décision **à tous les stades du processus**. La description qu'en fait J.-É. Schoettl est évocatrice[1349] : au début, le rapporteur, le secrétaire général et le service juridique effectuent un premier examen « *chacun de leur côté* » puis rédigent ensemble le questionnaire au Gouvernement. Ensuite, le service juridique procède, avec le service documentation, à la recherche documentaire nécessaire à l'élaboration de la décision et explore « *les réponses juridiques possibles aux questions de constitutionnalité posées*

[1345] Descriptif issu d'une fiche de poste disponible sur le site internet du Conseil constitutionnel pour le recrutement d'un chargé de mission pour les QPC au service juridique du Conseil constitutionnel (poste à pourvoir au 1er mars 2020, ouvert aux maîtres de conférence ou aux professeurs des universités en droit privé ou droit public).
[1346] *Ibid.* : « *deux fonctionnaires de catégorie A détachés à plein temps et trois enseignants-chercheurs à temps partiel* ».
[1347] J.-É. SCHOETTL, « Ma cinquantaine rue de Montpensier », *op. cit.*
[1348] *Ibid.*
[1349] *Ibid.*

par les requérants, ainsi que les griefs susceptibles d'être soulevés d'office » sous la conduite du rapporteur et du secrétaire général. Le secrétaire général établit par ailleurs une note envisageant les réponses possibles à la question de constitutionnalité. Une discussion s'ensuit avec le rapporteur et les autres juges s'ils le souhaitent. Cette réflexion collective aboutit à la rédaction d'un avant-projet par le secrétaire général et le service juridique « *à partir des directives données par le rapporteur* », ce qui est aussi souligné par O. Schrameck : « *Le projet de décision est élaboré sous la responsabilité directe du rapporteur* »[1350]. Le projet est ensuite lu au rapporteur qui peut « *s'assurer que ses vues ont été convenablement exprimées* ». M. Schoettl ajoute qu' *« Il est également fréquent que le secrétaire général prépare, à la demande du rapporteur lui-même ou d'autres membres, des rédactions alternatives* ». Selon B. Genevois, « *La désignation par le président, très en amont, d'un rapporteur permet, avec l'aide du service juridique, de créer l'équivalent d'une formation d'instruction au Conseil d'État* »[1351]. Ce parallélisme avec le Conseil d'État est aussi effectué par O. Schrameck, selon lequel le secrétaire général assure « *un rôle auxiliaire d'instruction* »[1352], parallélisme d'autant plus justifié que tous les secrétaires généraux du Conseil ont été eux-mêmes membres du Conseil d'État, à l'exception de B. Poullain qui était magistrat judiciaire.

607. Une comparaison avec le système italien est ici éclairante. Le juge désigné comme rapporteur par le président de la cour constitutionnelle prépare un dossier documentaire avec ses assistants. Ce dossier est soumis à l'ensemble des juges qui examinent le litige en chambre du conseil. Lors de cette réunion, le rapporteur présente son opinion sur la décision et les « *grandes lignes de la décision* »[1353] sont arrêtées. Le juge rapporteur devient, en principe, le juge-rédacteur et « *Le projet de décision élaboré par lui est examiné au cours d'une séance ultérieure et peut donner lieu à des amendements* »[1354].

[1350] O. SCHRAMECK, « Les aspects procéduraux des saisines », *op. cit.*, p. 88.
[1351] B. GENEVOIS, « Secrétaire général du Conseil constitutionnel : un témoignage », *op. cit.*, disponible sur : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/secretaire-general-du-conseil-constitutionnel-un-temoignage>. Voir aussi : B. GENEVOIS, « Table ronde : témoignages d'anciens du Conseil constitutionnel », in *Le Conseil constitutionnel a 40 ans...*, *op. cit.*, p. 52.
[1352] O. SCHRAMECK, « Les aspects procéduraux des saisines », *op. cit.,* p. 84.
[1353] B. GENEVOIS, R. GRANATA, « Entretien avec M. Renato Granata...», *op. cit.*
[1354] *Ibid.* Voir aussi F. MALHIERE (resp. sc.), « L'élaboration des décisions des cours constitutionnelles et européennes », Recherche réalisée avec le soutien de la Mission de recherche Droit et Justice, mai 2017, p. 194, disponible sur : <http://www.gip-recherche-justice.fr/wp-content/uploads/2017/07/15.05-RAPPORT-FINAL-définitif.pdf> : « *Une fois le travail du juge rapporteur finalisé, le rapport, qui*

608. Ce qui frappe est l'importante implication de l'ensemble des juges à tous les stades de l'instruction du dossier, excepté au stade préliminaire de la recherche documentaire. Le président Granata remarque à ce propos que *« La procédure suivie par la Cour est assez lourde. Mais elle présente un maximum de garanties. En ces matières, il convient de trouver un équilibre entre deux objectifs : le souci d'efficacité et la volonté d'approfondir au maximum le raisonnement juridique* »[1355].

609. Au contraire en France, le projet de décision n'est pas élaboré par un juge-rédacteur sous la direction du collège, mais **par le secrétaire général et le service juridique, sous la direction du rapporteur**. La dynamique est fort différente. Si les juges sont invités à participer à tous les stades du processus décisionnel, le couple rapporteur – secrétaire général garde la maîtrise de l'élaboration des documents écrits servant de base à la réflexion des juges. Au sein même de ce couple, le service juridique et le secrétaire général **rédigent effectivement le dossier documentaire, la note du secrétaire général et l'avant-projet de décision tandis que le rapporteur réalise son propre rapport**[1356]. S'il peut arriver que le rapporteur travaille de façon autonome[1357], il reste que dans la majorité des cas le secrétaire général et le service juridique participent largement à l'élaboration des raisonnements juridiques qui constitueront plus tard la motivation de la décision, d'autant plus que c'est le secrétaire général qui établit le texte définitif de la décision une fois le délibéré achevé[1358].

610. La question est ici celle de la liberté d'interprétation et d'appréciation[1359] des juges, question qui va plus loin que celle de leur impartialité. Lorsque des tiers

---

constitue une pré-décision, est transmis à l'ensemble des juges qui composent la Cour constitutionnelle. La décision finale se fera toujours lors de sessions où est garanti le principe de la collégialité. Des réunions entre assistants sont parfois organisées pour permettre aux autres juges de connaître et de comprendre le projet de décision qui sera proposé en formation plénière et ordinaire ».

[1355] B. GENEVOIS, R. GRANATA, « Entretien avec M. Renato Granata...», *op. cit.*

[1356] Le rapporteur rédige toujours lui-même son rapport depuis l'arrivée de M. Guillaume (information mentionnée par T. PERROUD, « La neutralité procédurale du Conseil constitutionnel », *op. cit.*, note 95).

[1357] Ce qui est notamment relevé par D. Rousseau : « *Sans doute cette maîtrise intellectuelle de la préparation des travaux du Conseil varie selon la personnalité du secrétaire général et celle de chacun des juges constitutionnels ; sans doute certains membres, par formation, aiment à travailler et préparer seuls leurs dossiers ; sans doute aucun n'accepterait de se voir imposer une solution. Mais, dans la discussion juridique qui s'instaure, les arguments du secrétaire général bénéficient toujours d'une autorité particulière* » (D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, p. 95).

[1358] Voir O. SCHRAMECK, « Les aspects procéduraux des saisines », *op. cit.*, p. 88.

[1359] B. Genevois effectue une remarque proche à propos des services juridiques des juridictions internationales : « *Le greffe d'une juridiction internationale, s'il allie la permanence de ses membres et leur compétence, peut exercer une influence déterminante* ». Au Conseil d'État au contraire « *À aucun stade de la procédure, le greffe ou les services documentaires ne peuvent avoir prise sur la liberté d'appréciation des membres du Conseil* » (B. GENEVOIS, « Remarques d'ensemble par des praticiens du

prennent des décisions à la place des juges, c'est l'acte même de « juger » qui est atteint. Juger consiste à **effectuer des choix** et si le juge ne peut effectuer une partie de ces choix parce qu'ils ont été effectués en amont, alors peu importe qu'il soit partial ou impartial, c'est la partialité et l'impartialité d'autrui qui s'exprime à sa place.

611. Comme le formule T. Perroud : « *La question qui se pose ici, à notre sens, est celle-ci : le service juridique a-t-il déjà pris des décisions et ces décisions ont-elles une influence sur la décision finale ?* »[1360]. Selon cet auteur, la réponse à cette question est positive. Se fondant sur des entretiens[1361] effectués avec plusieurs anciens juges, il évoque le rôle prééminent joué par le secrétaire général dans la prise de décision. Cette prééminence est en particulier assurée par la note du secrétaire général. Lorsque le rapporteur reçoit cette note, il découvre une « *solide analyse juridique* »[1362], fruit d'arbitrages antérieurs. Pour s'opposer à ce raisonnement déjà construit, la charge de la preuve repose sur le rapporteur qui doit « *solidement défendre sa position* »[1363] s'il souhaite s'écarter de la solution proposée. Cette active participation à l'élaboration de la décision ne cesse pas ensuite puisque le secrétaire général et le service juridique rédigent l'avant-projet de décision, certes sous la direction du rapporteur, mais ce dernier n'intervient encore une fois qu'*a posteriori* : l'avant-projet lui est soumis pour approbation. Il est vrai qu'il peut demander des modifications ou une rédaction alternative et il est toujours libre de refuser le raisonnement proposé, mais selon T. Perroud, la plupart du temps c'est le raisonnement proposé par le secrétaire général qui est adopté et le commentaire de la décision n'est autre que la reprise de la note du secrétaire général[1364]. Le commentaire constitue plus généralement l'une des preuves les plus évidentes de cette participation active du secrétariat général à l'élaboration de la décision car il est, dans de nombreux cas, un complément de motivation indispensable à la compréhension de la décision, comme nous l'avons déjà relevé[1365].

---

droit interne », *in* H. RUIZ FABRI, J.-M. SOREL (dir.), *Indépendance et impartialité des juges internationaux*, éd. A. Pedone, 2010, p. 250).

[1360] T. PERROUD, « La neutralité procédurale du Conseil constitutionnel », *op. cit.*, p. 15.

[1361] Il explique cependant les limites de sa recherche : *« Pour connaître la réalité du pouvoir de chaque acteur, il faudrait pouvoir comparer la note rédigée par le service juridique avec chaque décision finale (ici encore, ce document n'étant pas versé aux archives, nous n'y aurons jamais accès). Les conclusions que nous avons pu tirer des entretiens ne sont donc que limitées. Beaucoup de la réalité du pouvoir au Conseil dépend de la personnalité de chaque acteur, il y a donc un espace pour une modification des rapports de force* » (*Ibid.*, p. 14).

[1362] *Ibid.*, p. 16.

[1363] *Ibid.,* p. 15.

[1364] *Ibid.*

[1365] Voir *supra* §204 et s. Pour un exemple supplémentaire voir l'article consacré par P. Bachschmidt à la décision n° 2019-778 DC à propos du droit d'amendement. Il est tout à fait caractéristique que l'auteur se

612. Si le secrétaire général peut apparaître comme la « *mémoire* » et la « *conscience* »[1366] du Conseil, le « *gardien du droit* »[1367], il faut cependant rappeler que le droit n'est pas neutre et que l'organisation actuelle du Conseil donne la possibilité à des collaborateurs qui ne sont **ni juges ni choisis par les juges**[1368], de participer à l'élaboration de la décision. Ainsi que le relève L. Gay, « *il s'agit d'une catégorie de personnel appelée à collaborer intellectuellement à l'œuvre de justice sans devoir rendre eux-mêmes cette justice, au risque d'usurper la fonction juridictionnelle qui ne leur a pas été confiée* »[1369]. Cela signifie qu'il existe une place à l'expression de leur partialité. Ce risque est illustré par les propos de J.-L. Debré, rapportés par le professeur Perroud : « *Marc Guillaume arrivait à leur laisser l'impression que c'est eux* [les juges] *qui ont trouvé la solution. La note initiale étale la jurisprudence et donne les solutions possibles. La solution souhaitée est surestimée* »[1370]. Sous couvert de neutralité, le secrétaire général peut imposer de façon détournée la solution souhaitée par lui-même et/ou le président du Conseil. Cela constitue bel et bien un parti pris et si ce parti pris triomphe, c'est une partialité voilée qui s'impose. Le risque de partialité est donc déplacé. Le pouvoir est donné aux experts et les experts ne sont pas forcément neutres.

---

réfère exclusivement au commentaire et non à la décision pour évoquer les motivations de la jurisprudence du Conseil en la matière (P. BACHSCHMIDT, « Le Conseil constitutionnel explicite et justifie sa jurisprudence relative aux "cavaliers législatifs" », *Constitutions*, 2019, p. 197. L'article débute ainsi : « *Alors que la décision du Conseil constitutionnel n° 2019-778 DC du 21 mars 2019 sur la loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice est la plus longue jamais rendue, le Conseil a publié tardivement son commentaire autorisé. À la fin de celui-ci, pour la première fois, il a explicité et justifié sa jurisprudence relative à l'application du premier alinéa de l'article 45 de la Constitution* [...] »).

[1366] G. VEDEL, « Débats : témoignages d'anciens du Conseil constitutionnel », *in Le Conseil constitutionnel a 40 ans...*, *op. cit.*, p. 66 : « *Je crois que Bruno Genevois, qui est non seulement la mémoire du Conseil mais, dans une certaine mesure, sa conscience* [...] ».

[1367] A. CIAUDO, « Un acteur spécifique du procès constitutionnel : le secrétaire général du Conseil constitutionnel », *RFDC*, n° 73, 2008/1, p. 22 : « *Il fait à cet égard preuve de la plus grande prudence dans ses conseils juridiques, les conseillers ne devant pas se sentir influencés dans leur présentation du dossier. Expert juridique de tous les membres du Conseil quelle que soit l'origine de leur nomination, le secrétaire général semble constituer un véritable gardien du droit* ».

[1368] Selon la fiche de poste précitée, les lettres de candidature et CV sont à adresser au chef du service juridique. Le Secrétaire général lui-même est choisi par le Président du Conseil (décret n° 59-1293 du 13 novembre 1959 *relatif à l'organisation du secrétariat général du Conseil constitutionnel*, *JORF* n° 265 du 15 novembre 1959, p. 10819, art. 1 : « *Le secrétaire général du Conseil constitutionnel est nommé par décret du Président de la République, sur proposition du président du Conseil constitutionnel* »).

[1369] L. GAY, « De la "Cour suprême junior" au "dixième membre du Conseil constitutionnel". Le pouvoir des assistants juridiques des juridictions constitutionnelles en question », *Les cahiers de l'Institut Louis Favoreu,* n° 6, 2016, p. 45.

[1370] J.-L. Debré cité par T. PERROUD, « La neutralité procédurale du Conseil constitutionnel », *op. cit.*, p. 15.

Si le secrétaire général s'astreint au respect d'une déontologie[1371], il n'a pas la qualité de juge (comme le rapporteur public[1372]) et n'est pas soumis aux obligations de l'expert judiciaire, qui, non seulement « *ne doit jamais porter d'appréciations d'ordre juridique* »[1373], mais est encore soumis aux obligations d'indépendance et d'impartialité[1374] et peut être récusé[1375]. Le secrétaire général n'est pas indépendant puisqu'il est hiérarchiquement soumis au président du Conseil, tout comme le sont les membres du service juridique. Enfin il n'existe pas de garantie statutaire contre leur partialité. Tout repose dès lors sur leurs qualités personnelles.

613. Alors que les juges doivent se reposer sur la collaboration d'individus extérieurs pour se rendre compétents au fur et à mesure des décisions, cette collaboration devient dangereuse quand elle implique la participation directe de ces collaborateurs à la prise de décision. Face à cela, qu'est-il possible de faire ? De nombreuses pistes peuvent être explorées, allant de la mise en place d'un rapporteur public[1376] à celle d'assistants personnels pour les juges, ce qui modifierait l'équilibre des pouvoirs au sein du Conseil et signifierait la fin du service juridique ainsi que la fin de la primauté du couple président – secrétaire général[1377]. Pourraient aussi être envisagées une augmentation du nombre de juges et leur répartition en deux chambres. Un élément nous semble cependant plus fondamental que toute autre évolution : la professionnalisation des juges.

2. Une nécessaire professionnalisation des juges constitutionnels

614. Plusieurs facteurs jouent pour expliquer la délégation de leur pouvoir par les juges constitutionnels français. Parmi ces facteurs, certains sont structurels : délais,

---

[1371] B. GENEVOIS, « Secrétaire général du Conseil constitutionnel : un témoignage », *op. cit.* : « *Le fait que le secrétaire général soit un connaisseur de la jurisprudence du Conseil et puisse être conduit à la commenter, ne le transforme pas pour autant en membre. Tel est d'autant moins le cas s'il s'astreint à une déontologie stricte* ».
[1372] Voir sur ce point A. CIAUDO, « Un acteur spécifique du procès constitutionnel... », *op. cit.*, p. 17-26.
[1373] Art. 238 CPC.
[1374] Art. 237 CPC : « *Le technicien commis doit accomplir sa mission avec conscience, objectivité et impartialité* ».
[1375] Les experts judiciaires le peuvent : art. 234 et 235 CPC.
[1376] C'est une idée ancienne, voir G. BRAIBANT, « Débat : faut-il réformer le Conseil constitutionnel ? », *in Le Conseil constitutionnel a 40 ans...*, *op. cit.*, p. 201.
[1377] Voir entretien avec un juge rapporté par T. PERROUD, « La neutralité procédurale du Conseil constitutionnel », *op. cit.*, p. 16.

charge de travail[1378], organisation centralisée du Conseil autour du couple président – secrétaire général ; d'autres sont personnels : niveau de compétence des juges, personnalités en jeu[1379].

615. Parmi ces facteurs, la compétence est un moyen d'indépendance : si les juges ne dépendent pas entièrement de l'expertise du service juridique parce qu'ils disposent eux-mêmes des compétences nécessaires et savent manier les outils leur permettant de se rendre compétents pour l'examen de questions nouvelles, alors le risque de délégation de leur pouvoir est moins important et leur impartialité mieux protégée. C'est ce que note M. Perroud, rapportant le témoignage d'anciens juges : « *Les juges rapporteurs qui veulent se faire une opinion personnelle, indépendante, m'ont dit qu'ils avaient travaillé seuls, car ils maîtrisaient les bases de données juridiques* »[1380].

616. Néanmoins, parce que les juges ne peuvent en permanence travailler seuls, il est important d'assurer **une concordance**[1381] entre le niveau de qualification des juges et celui de leurs collaborateurs, afin que les juges gardent la maîtrise de l'élaboration de la réflexion, non seulement dans ses grandes orientations, mais aussi dans le choix des raisonnements juridiques venant soutenir la solution. Le système belge le montre : « *le travail effectué par les référendaires est en général beaucoup plus complet pour* [les juges anciens parlementaires] *que pour ceux des juges qui sont des juristes de profession* »[1382].

[1378] Comme le remarque L. Fontaine, la tâche est immense : « *C'est que la tâche n'est hélas pas, à sa décharge, à la portée du Conseil constitutionnel, du moins tel qu'encore pensé aujourd'hui. Qui a déjà lu une loi de finances ? Qui s'estimerait en mesure, en quelques minuscules semaines, d'en comprendre la totalité des enjeux juridiques et sociaux, notamment du point de vue des valeurs affichées au frontispice de la Constitution française ? C'est un travail monumental, que seuls les naïfs ou les prétentieux pensent pouvoir accomplir* » (L. FONTAINE, « Qui a peur d'une juridiction constitutionnelle ? », *L'ENA hors les murs*, octobre 2019, disponible sur : <https://www.ledroitdelafontaine.fr/qui-a-peur-du-conseil-constitutionnel/>).

[1379] Beaucoup repose sur la personnalité des individus. Si le secrétaire général est activiste et le rapporteur peu motivé, le risque de délégation est d'autant plus important (T. PERROUD, « La neutralité procédurale du Conseil constitutionnel », *op. cit.*, p. 14).

[1380] *Ibid.*, p. 16.

[1381] Comme le note M. Verdussen à propos des juges constitutionnels belges, le manque de compétence des juges entraîne des « distorsions » : « *L'on ajoutera que les référendaires, qui assistent les juges de la Cour d'arbitrage dans l'exercice de leur mission, sont d'autant plus influents lorsqu'ils sont attachés à un juge qui n'a pas de formation juridique, ce qui est de nature à créer quelques distorsions. En effet, à la différence des juges, les référendaires sont nommés au terme d'un concours très sélectif. Seuls les meilleurs accèdent à cette fonction d'excellence* » (M. VERDUSSEN, *Les douze juges...*, *op. cit.*, p. 55).

[1382] L. GAY, « De la "Cour suprême junior" au "dixième membre du Conseil constitutionnel"... », *op. cit.*, p. 57. Voir aussi M. VERDUSSEN, *Les douze juges...*, *op. cit.*, p. 55 : « *L'on ajoutera que les référendaires, qui assistent les juges de la Cour d'arbitrage dans l'exercice de leur mission, sont d'autant plus influents lorsqu'ils sont attachés à un juge qui n'a pas de formation juridique, ce qui est de nature à créer*

617. Ensuite, il faut que les juges soient **largement et directement impliqués** dans la rédaction de la décision, comme le remarque B. Genevois lui-même :

> *Sans nier la qualité des services du Conseil, on ne peut tabler exclusivement sur eux. Leur tendance naturelle est d'assurer la continuité de la jurisprudence. S'il s'agit d'infléchir celle-ci ou de dégager des solutions appropriées face à une problématique nouvelle, l'implication directe des conseillers est à nos yeux indispensable*[1383].

Nous pensons que cette implication ne doit pas se limiter aux « problématiques nouvelles » mais doit être la plus constante et la plus approfondie possible. C'est d'autant plus important que les juges constitutionnels français sont confrontés à une **charge de travail beaucoup plus dense depuis 2010**. En toute logique, cela les conduit à se reposer encore plus sur leurs collaborateurs, ce qui est attesté par le fait que les services du Conseil se sont étoffés pour faire face à cette charge de travail accrue. Du fait de cette évolution, il est devenu d'autant plus crucial que les juges soient **hautement compétents**, afin de conserver au maximum leur liberté d'interprétation et d'appréciation.

618. En outre, même lorsque les juges constitutionnels sont très compétents, le risque de délégation de leur pouvoir existe toujours. Par exemple en Italie, les juges ont dû, pendant un temps, déléguer une partie de leur pouvoir à des formations d'instruction en partie composées de fonctionnaires de la Cour pour « *résorber l'arriéré [d'affaires en cours] qui par son importance, grevait alors l'activité de la Cour* »[1384]. Cette situation ne dura cependant pas et la Cour retourna à son fonctionnement collégial décrit précédemment. Un exemple tout aussi probant est celui de la Cour suprême américaine, certains observateurs et anciens collaborateurs n'hésitant pas à affirmer qu'elle est *clerk driven*[1385]. Alors même que les juges américains sont hautement qualifiés en droit et bénéficient du concours d'assistants personnels, la surcharge de travail est si forte[1386] que les *clerks* sont mis en position d'exercer une influence sur le sens des *opinions* émises par les juges, ce qui a été démontré par des analyses

---

quelques distorsions. En effet, à la différence des juges, les référendaires sont nommés au terme d'un concours très sélectif. Seuls les meilleurs accèdent à cette fonction d'excellence ».

[1383] B. GENEVOIS, « La composition du Conseil constitutionnel », *op. cit.*, p. 94.

[1384] B. GENEVOIS, R. GRANATA, « Entretien avec M. Renato Granata... », *op. cit.*

[1385] Voir D. M. O'BRIEN, *Storm center...*, *op. cit.*, p. 132-144.

[1386] Les juges reçoivent entre 7000 et 8000 *petitions for a writ of certiorari* chaque année.

statistiques[1387]. Des questions similaires se posent pour la Cour constitutionnelle allemande, dont les collaborateurs ont pu être qualifiés de « *troisième chambre* »[1388].

619. Si la compétence juridique du juge ne suffit pas à assurer son impartialité, elle constitue néanmoins son pilier le plus élémentaire. Dès lors, la compétence des juges constitutionnels français doit être consolidée par le biais des textes, à la fois pour renforcer la capacité à l'impartialité des juges et pour limiter le risque de délégation de leur pouvoir, entraînant un déplacement de la question de l'impartialité vers des tiers. Cette « *professionnalisation* »[1389] est aujourd'hui nécessaire du fait de l'évolution du rôle du Conseil constitutionnel dans le système juridique français. Comme le remarque T. Perroud :

> *À l'aune de l'histoire des vingt dernières années qui ont vu tant l'impartialité de la Cour de cassation que du Conseil d'État mise en doute en raison du rôle respectif de l'Avocat général et du Commissaire du gouvernement, on ne peut qu'être étonné que le Conseil constitutionnel soit resté à l'écart des grandes évolutions du procès*[1390].

Nous savons cependant qu'une telle évolution reste difficile à envisager pour le pouvoir constituant dérivé : « *Les institutions, comme les hommes, sont marqués par leur enfance, par leurs premiers pas, les attentes de leurs auteurs* »[1391]. La peur du

---

[1387] *Ibid.*, p. 142.

[1388] Voir T. HOCHMANN, « La communication de la Cour constitutionnelle allemande, *Annuaire international de justice constitutionnelle*, n° 33-2017, 2018, p. 18 : « *Un autre thème sur lequel la communication est très restreinte concerne le rôle des collaborateurs des juges (*wissenschaftliche Mitarbeiter*), en dépit de leur très grande importance pratique. La soixantaine de collaborateurs que compte la Cour joue en effet un rôle prépondérant, en particulier dans le traitement des milliers de recours individuels, souvent insuffisamment fondés, qui parviennent chaque année à la Cour. La Cour ne mentionne guère, dans sa communication, cette "troisième chambre". Elle n'a en effet pas intérêt à laisser penser que la majorité des décisions de rejet sommaire des requêtes qui lui sont adressées sont essentiellement préparées par les "anonymes" qui assistent les juges* » (l'auteur se réfère à une contribution de U. KISCHEL, « Amt, Unbefangenheit und Wahl der Bundesverfassungsrichter », *in* J. ISENSEE, P. KIRCHHOF (dir.), *Handbuch des Staatsrechts*, Band III, 3e éd., Müller Verlag, 2005, §86). Voir aussi M. FROMONT, « La sélection des recours devant les Cours suprêmes : l'exemple de la Cour constitutionnelle fédérale », *in* CLUB DES JURISTES, « La régulation des contentieux devant les cours suprêmes », Rapport de la Commission Constitution et Institutions, octobre 2014, p. 17-19, disponible sur : <https://www.leclubdesjuristes.com/wp-content/uploads/2014/10/CDJ_Rapports-2014_Cours-suprêmes_Oct.2014_Web.pdf>.

[1389] P. JAN, « Le Conseil constitutionnel », *Pouvoirs*, n° 99, 2001/4, p. 83.

[1390] T. PERROUD, « La neutralité procédurale du Conseil constitutionnel », *op. cit.*, p. 14.

[1391] P. ARDANT, « Le Conseil constitutionnel d'hier à demain », *op. cit.*, p. 746 : « *Les institutions, comme les hommes, sont marqués par leur enfance, par leurs premiers pas, les attentes de leurs auteurs. Elles ont peu à gagner en général à vouloir s'émanciper trop vite, à forcer leur nature, rompre leurs attaches, renier leur passé, pour s'inventer de nouveaux destins. Le Conseil constitutionnel a trouvé sans heurt sa place dans la société française, il s'est fait un nom, il a su prouver son utilité ; dans les multiples projets de révision constitutionnelle formulés depuis quarante ans, il ne s'en est pas trouvé pour réclamer sa suppression. En même temps son évolution a suscité des appréhensions dans les milieux juridiques et*

gouvernement des juges est tenace[1392] et nombreux sont ceux qui ne souhaitent pas voir le Conseil constitutionnel évoluer vers une Cour suprême. Ces craintes reposent sur des préjugés infondés envers les professionnels du droit qui seraient des techniciens condamnant le Conseil à l'hermétisme, des abbés Cimourdain, connaissant tout de la science et rien de la vie[1393].

620. Ces préjugés ont été véhiculés par les juristes eux-mêmes. Ainsi, L. Favoreu citant M. Cappelletti, expliquait en substance que le juge ordinaire est incapable de juger de la constitutionnalité des lois :

> *L'interprétation même des normes constitutionnelles, et spécialement du noyau central de celles-ci qu'est la Déclaration des droits fondamentaux ou « Bill of rights », est normalement très différente de l'interprétation des lois ordinaires ; elle demande une approche qui se conjugue mal avec la traditionnelle « faiblesse et timidité » du juge de modèle continental*[1394].

G. Vedel estimait quant à lui en 1995 qu' « *un Conseil composé exclusivement de juristes professionnels (juges, avocats, professeurs, etc.) élevés dans la vénération des lois, infaillible expression de la volonté générale, aurait reculé parfois devant les audaces d'une censure du législateur* »[1395]. Ce raisonnement apparaît aujourd'hui inversé : les juristes seraient non pas trop timides, mais trop activistes, ce qui les rend tout aussi suspects. Ces préjugés ne sont pas spécifiquement français, comme en témoigne le professeur M. Verdussen à propos de la composition de la cour constitutionnelle belge :

> *Si l'on en croit les travaux parlementaires, l'objectif était de garantir qu'une partie significative de la Cour – la moitié – soit occupée par des personnes pouvant justifier d'une certaine expérience parlementaire, leur présence devant obvier au risque de "raisonnements étroitement juridiques" et permettre que l'interprétation de la Constitution soit menée "dans une optique dynamique". Cette rhétorique apaisante n'abuse*

---

politiques, avec le sentiment qu'il ne savait pas toujours rester à sa place. Son exceptionnelle montée en puissance a, en effet, bousculé des habitudes de pensée, troublé des certitudes anciennes. Mais elle a pu aussi faire perdre parfois au Conseil ses repères. Le moment n'est-il pas venu pour lui de marquer une pause et de réfléchir sur sa place dans les institutions ? ».

[1392] Voir pour une analyse récente : A. LEVADE, « Justice : le retour des vieux démons », *L'express*, 25 septembre 2019, p. 20.

[1393] « *Cimourdain était de ces hommes qui ont en eux une voix, et qui l'écoutent. Ces hommes-là semblent distraits ; point ; ils sont attentifs. Cimourdain savait tout et ignorait tout. Il savait tout de la science et ignorait tout de la vie. De là sa rigidité. Il avait les yeux bandés comme la Thémis d'Homère. Il avait la certitude aveugle de la flèche qui ne voit que le but et qui y va. En révolution rien de redoutable comme la ligne droite. Cimourdain allait devant lui, fatal* » (V. HUGO, *Quatrevingt-treize*, Gallimard, 1979, p. 153).

[1394] L. FAVOREU, « La légitimité du juge constitutionnel », *op. cit.*, p. 572.

[1395] G. VEDEL, « Réflexions sur les singularités de la procédure... », *op. cit.*, p. 539.

> *personne. En réalité, la règle imposant la présence d'anciens élus a été dictée par la crainte de voir émerger une Cour trop puissante et donc incommodante pour la classe politique.* [...] *Cela a-t-il empêché la Cour de rendre des arrêts dérangeants ? Assurément non. Pourtant, dans sa grande majorité, la classe politique persiste à s'accrocher à cette règle, qu'elle tient pour un gage de sûreté*[1396].

Ces préjugés, qui conduisent paradoxalement à donner le pouvoir à des techniciens qui ne sont ni protégés ni contraints par le statut de juge, doivent aujourd'hui être dépassés afin que l'impartialité des juges constitutionnels soit mieux protégée[1397].

[1396] M. VERDUSSEN, *Les douze juges...*, *op. cit.*, p. 54.

[1397] Ainsi que le remarque L. Gay, « *Le soupçon d'une trop grande part prise par eux dans le travail juridictionnel est de nature à ébranler un des éléments de légitimité essentiels de la justice constitutionnelle* », c'est-à-dire que la décision de justice doit « *émaner incontestablement de ceux ayant été désignés comme ayant qualité pour conduire ce raisonnement* » (L. GAY, « De la "Cour suprême junior" au "dixième membre du Conseil constitutionnel"... », *op. cit.*, p. 59).

Conclusion du Chapitre II

621. La compétence des juges réside non seulement dans leur formation et leur carrière antérieure, mais aussi dans la manière dont ils se rendent compétents pour chaque affaire jugée. De ces deux points de vue, **la professionnalisation des juges** apparaît comme une nécessité. D'une part, si les futurs juges sont majoritairement compétents en droit, plusieurs tendances problématiques peuvent être observées chez les autorités de nomination. Celles-ci nomment des juges dont l'expérience juridique est insuffisante. Ensuite, si ces autorités nomment des juges aux profils divers, elles nomment **très peu de spécialistes du contentieux constitutionnel**. Une réforme du mode de nomination des juges constitutionnels au profit de juristes d'expérience apparaît donc nécessaire pour une meilleure préservation de l'impartialité des juges.

622. D'autre part, l'organisation du Conseil est telle que les juges se rendent compétents sur la base d'un travail largement effectué par les collaborateurs du Conseil, ce qui peut conduire à l'expression d'une partialité voilée. Une professionnalisation accentuée des juges constitutionnels assurerait **un meilleur équilibre** des rôles au sein de l'institution. *In fine*, c'est la participation du Conseil constitutionnel au dialogue démocratique qui s'en trouverait approfondie[1398].

[1398] En particulier, une implication plus grande des juges dans l'élaboration des raisonnements juridiques venant soutenir la décision aurait pour conséquence probable un approfondissement de la motivation.

Conclusion du Titre I

623. S'interroger sur l'indépendance du Conseil constitutionnel suppose de considérer sa place au sein de l'équilibre des pouvoirs. Sa proximité avec les pouvoirs exécutif et législatif n'est pas seulement liée à l'incidence de ses décisions, mais aussi à la culture du Conseil en tant qu'organe et à la culture de ses membres. Si toute cour constitutionnelle entretient des liens avec le pouvoir, la jurisprudence du Conseil montre que ce dernier a tendance à se placer en situation de soumission à la volonté majoritaire sur certaines questions, ce qui porte atteinte à son impartialité. Cela pose plus généralement la question de la force de l'institution **comme garante de l'État de droit en période difficile ou concernant des questions déterminantes pour la société**.

624. Ensuite, les juges constitutionnels peuvent être, à titre individuel, trop proches du milieu politique. Cette proximité qui est, dans une certaine mesure, inévitable car liée à la place du Conseil au sein des institutions, peut cependant déboucher sur des pressions informelles inacceptables, ayant pour grave conséquence de rendre le Conseil constitutionnel partial. Face à cela, les mécanismes de prévention des conflits d'intérêts constituent des outils intéressants malgré leurs limites pratiques. En effet, la gestion de ces pressions informelles est, au-delà des mécanismes, une question de culture. Plus généralement, l'examen du risque de dépendance personnelle des juges constitutionnels français fait apparaître l'incompatibilité structurelle existant entre la composition du Conseil et l'exigence d'indépendance, ce qui pose la question de la professionnalisation des juges.

625. La compétence permet en effet au juge de dépasser son horizon personnel, c'est-à-dire ses propres préjugés. Une compétence insuffisante peut aussi le conduire à déléguer son pouvoir à ses collaborateurs. Selon nos estimations, 64% des juges constitutionnels français ont mené une carrière juridique durable avant leur entrée au Conseil. Cependant, trop peu de spécialistes du contentieux constitutionnel sont nommés, tandis que des juges dénués d'expérience juridique continuent d'être nommés. La compétence politique est certes utile, mais la compétence juridique est essentielle pour juger de la constitutionnalité de la loi, surtout depuis 2010. Il apparaît aujourd'hui nécessaire d'assurer une concordance entre le niveau de compétence des juges et celui de leurs collaborateurs afin de mieux protéger l'impartialité de ces neuf juges chargés de faire vivre la Constitution.

626. Le juge peut toujours être impartial s'il en a la volonté. Il apparaît cependant avec une certaine clarté que **les juges constitutionnels français sont des juges aux qualités fragiles**. Alors que les qualités du juge constitutionnel, bien que recherchées par le Conseil constitutionnel, restent insuffisamment protégées, certaines qualités du procès, notamment le contradictoire, ont fait l'objet d'une attention soutenue avec la mise en place de la QPC : le procès constitutionnel est en construction, au bénéfice de l'impartialité des juges. Nous verrons cependant que cette construction est inégalement avancée.

TITRE II. UN PROCÈS EN CONSTRUCTION

627. Le procès constitutionnel existe : le contrôle de la constitutionnalité est une activité constitutionnelle contentieuse, un conflit entre la loi et la Constitution autorisé à s'exprimer dans la forme juridictionnelle afin de contrer (initialement) la domination par le législateur du système institutionnel. Les qualités du procès constitutionnel sont au centre de nos préoccupations, car il ne suffit pas d'un procès pour assurer la paix sociale : il faut un « bon »[1399] procès, c'est-à-dire un procès présentant un certain nombre de qualités mettant le juge en capacité de résoudre impartialement le conflit porté à sa connaissance, ce qui signifie notamment que la procédure doit aménager la réflexion des juges et qu'elle ne doit pas favoriser excessivement un point de vue au détriment des autres.

628. Du point de vue des garanties procédurales, le procès constitutionnel reste en construction, c'est-à-dire que si le procès constitutionnel présente de nombreuses garanties d'impartialité, celles-ci n'ont pas atteint un seuil de maturité suffisant. Parmi ces qualités, la contradiction est l'élément central : elle est au fondement des autres qualités du procès. Elle se joue entre les parties grâce à l'égalité des armes, au bénéfice de l'impartialité des juges, mais aussi entre les juges grâce à la collégialité et au secret, et se trouve plus largement alimentée par les tiers grâce à certaines formes de publicité. Certaines de ces qualités du procès se sont développées avec la pratique et présentent, de ce fait, des caractéristiques intéressantes, mais des déséquilibres se sont créés et ont subsisté sans être corrigés dans le cadre du contrôle *a priori*. La QPC constitue alors un point de comparaison utile, notamment concernant la contradiction entre les parties. Nous commencerons ainsi par évoquer les avancées de la contradiction entre les parties (Chapitre I) puis nous nous intéresserons aux possibilités de renforcement des principes de collégialité et de publicité (Chapitre II).

[1399] Nous ne parlerons pas spécifiquement de procès équitable car ce terme renvoie trop directement à l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme. La jurisprudence de la Cour de Strasbourg sera largement utilisée dans ce chapitre, mais non exclusivement.

Chapitre I. Les avancées de la contradiction

629. Le contradictoire constitue le « *"noyau" logique du raisonnement judiciaire et du procès* »[1400]. Le cadre du contrôle de constitutionnalité des lois est idéal pour démontrer son importance : avant d'être un droit de la défense, le contradictoire est au service de la réflexion des juges, car il leur donne accès à une pluralité d'informations et de points de vue dont ils ont besoin pour juger. Ainsi, le contradictoire a une double dimension, objective et subjective, qui correspond à la double nature du procès.

630. Le contradictoire sert la dimension objective du procès « *dans la mesure où il remplit la fonction d'assurer une meilleure formation de la décision au nom de l'intérêt général à la réalisation de la justice* »[1401]. Non seulement le contradictoire « *vise à contrarier les préjugés du juge* »[1402], mais il est plus que cela. En permettant aux juges de prendre connaissance des informations et points de vue pertinents, le contradictoire donne aux juges la matière dont ils ont besoin pour résoudre le conflit porté à leur connaissance.

631. On touche ici à un aspect spécifique de l'impartialité, qui va au-delà du parti pris prématuré du juge. Le juge peut prendre sa décision à l'issue de la procédure et faire preuve d'une impartialité sans faille, mais son effort peut être faussé par l'organisation du procès. Pour que le juge soit impartial, il faut que **l'organisation du procès elle-même soit impartiale**, c'est-à-dire qu'elle ne favorise pas un point de vue particulier, car alors il y a un préjugé qui s'impose, même si ce n'est pas celui du juge. Nous suivons donc le même raisonnement que celui tenu pour les collaborateurs du Conseil[1403] : si un point de vue est excessivement favorisé par la procédure, la liberté de choix du juge est entamée et c'est la partialité d'autrui qui risque de s'exprimer à sa place.

[1400] M.-A. FRISON-ROCHE, *Généralités sur le principe du contradictoire*, *op. cit.*, f. 258-259 : « *Le contradictoire est donc le "noyau" logique du raisonnement judiciaire et du procès, en ce qu'il permet la découverte de la solution juste, et de son préalable, la vérité des faits* ».
[1401] A.-M. LECIS COCCU-ORTU, « QPC et intervention des tiers : le débat contradictoire entre garantie des droits de la défense et utilité des *amici curiae* », *RFDC*, 2015/4, p. 866.
[1402] M.-A. FRISON-ROCHE, *Généralités sur le principe du contradictoire*, *op. cit.*, f. 8-9.
[1403] Voir *supra* §610 et s.

632. Enfin, le contradictoire permet, plus généralement, d'étirer le temps de la réflexion du juge. G. Bolard a parfaitement su formuler cette idée :

> *En outre la décision du juge ne lui vient pas à l'esprit, évidente et soudaine, comme une illumination. Elle est le résultat d'une réflexion sur le litige. La réflexion est plus ou moins progressive, jalonnée d'appréciations provisoires que sauf à défier le bon sens l'impartialité ne saurait exclure. Elles sont à vérifier, grâce au débat contradictoire*[1404].

Dans sa dimension subjective, le contradictoire est un droit de la défense, c'est « *le droit de savoir et de discuter* »[1405], le droit d'être informé et de s'exprimer pour les parties à la procédure. On le perçoit, le contradictoire est inhérent au procès : il matérialise ce conflit que le juge a pour mission de résoudre, dans ses dimensions objective et subjective.

633. Par ailleurs, la contradiction est au cœur de la démocratie telle qu'elle est notamment conçue par J. Habermas, qui voit dans le « principe de la discussion »[1406] le fondement de la légitimité des décisions de justice. Dans la lignée de ce courant de pensée, le procès constitutionnel, en tant que dialogue organisé dans la forme processuelle, devient un lieu de démocratie[1407]. Cette conception n'est cependant pas sans poser de nombreuses questions, en particulier celle de savoir qui peut (doit ?) participer à cette discussion processuelle.

634. Ces questions dépassent celle de l'impartialité du juge car la préservation de son impartialité ne suppose pas, à notre sens, qu'il doive écouter l'ensemble des

---

[1404] G. BOLARD, « L'impartialité du juge au risque de la loi ? », *op. cit.*, p. 1845. Ce processus est décrit dans des termes tout aussi parlants par B. Latour, à travers le rôle joué par le rapporteur public au Conseil d'État : « *Nous le savons, il redonne à toute la formation l'occasion de bien douter, en évitant que l'on se précipite vers une solution, que le consensus se fasse au rabais. Il sert, en quelque sorte, de caisson étanche pour éviter des certitudes trop précipitées ; il exerce une sorte de force de rappel pour résister à l'accord ; il joue le rôle d'un obstacle volontairement dressé le long de la route du jugement, d'un grain de sable, d'un scandale parfois, en tout cas d'une gêne, d'un résistant - oui, décidément, le commissaire du gouvernement offre l'exemple le plus étrange d'un producteur d'objections, disons le mot, d'objectivité* » (B. LATOUR, *La fabrique du droit...*, *op. cit.*, p. 230-231).

[1405] L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, *op. cit.*, p. 647. Voir CEDH, 12952/87, 23 juin 1993, *Ruiz-Mateos c. Espagne*, §63 : « *Or le droit à une procédure contradictoire implique, pour une partie, la faculté de prendre connaissance des observations ou pièces produites par l'autre, ainsi que de les discuter* ».

[1406] Voir J. HABERMAS, *Droit et démocratie*, Gallimard, 1997, p. 251 (voir p. 244 et s.). J. Habermas critique ainsi la conception du juge de Dworkin qui est monologique, au sens où les différents interprètes n'interagissent pas directement entre eux (voir p. 246). Il lui oppose « *Une théorie de la discussion appliquée au droit qui fait dépendre l'acceptabilité rationnelle des jugements judiciaires non seulement de la qualité des arguments mais encore de la structure du processus argumentatif* […] » (p. 248). Cette critique a aussi pu être faite à l'encontre de C. Perelman (voir B. FRYDMAN, *Le sens des lois...*, *op. cit.*, p. 670).

[1407] Dans le cadre de sa théorie sur la démocratie continue, D. Rousseau désigne le Conseil comme un « *acteur d'un régime d'énonciation concurrentielle de la volonté générale* » (*Droit du contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, p. 993).

points de vue disponibles, malgré l'effet *erga omnes* de ses décisions. L'impartialité est une exigence plus relative que cela : elle signifie uniquement que le juge ne doit pas prendre parti de façon prématurée. Nous verrons néanmoins que la contradiction est autant alimentée par les parties (Section I) que par les tiers (Section II) dans le cadre du procès constitutionnel, au bénéfice de l'impartialité des juges.

Section I. Une contradiction se jouant entre les parties

635. Selon une conception classique, le caractère objectif du contrôle empêcherait toute reconnaissance du statut de partie aux acteurs du procès constitutionnel *a priori*. Pourtant, si ces acteurs ne sont pas dotés de droits subjectifs dont ils revendiquent le respect, ils n'en sont pas moins dotés d'intérêts subjectifs, ayant vocation à s'exprimer. La non-reconnaissance de ces intérêts dans le cadre du procès *a priori* crée des déséquilibres dans la contradiction qui sont nuisibles à l'impartialité des juges (§I). La manière dont la contradiction est organisée dans le cadre de la QPC offre un contraste frappant à cette situation et jette une lumière crue sur les insuffisances de la contradiction dans le cadre du contrôle *a priori* (§II).

§I. Les déséquilibres du contrôle *a priori*

636. G. Vedel expliquait que la contradiction est essentiellement mue par un « *impératif d'information* »[1408] devant le Conseil. Ce n'est cependant pas le seul moteur du contradictoire qui est aussi mis en mouvement par les participants à la procédure, même si ces participants ne sont pas dotés de véritables droits. La combinaison de ces deux aspects crée les conditions d'une contradiction étendue, propre à alimenter la réflexion des juges (§I). Néanmoins, il ne suffit pas que la contradiction soit étendue pour préserver l'impartialité des juges, il faut aussi qu'elle soit équilibrée, c'est-à-dire qu'elle ne favorise pas un point de vue particulier au détriment des autres (§II).

[1408] G. VEDEL, « Réflexions sur les singularités de la procédure... », *op. cit.*, p. 548 : « *Dès lors, son rôle n'est pas d'arbitrer entre deux parties, mais de découvrir les motifs de droit qui guideront sa décision et qui débordent souvent l'échange d'arguments entre les saisissants et le secrétariat général du gouvernement. Autrement dit, c'est un impératif d'information qui est à la base et la contradiction n'est qu'un corollaire de l'information* ».

A. Une contradiction étendue, au service de la réflexion des juges

637. Comme le rappelle D. de Béchillon, « *Le fait est, sans nuance, que l'annulation* erga omnes *d'une norme applicable* erga omnes *vaut* erga omnes. *C'est bien le droit applicable à l'ensemble du corps social qui se trouve modifié par la sentence constitutionnelle et pas seulement le sort des acteurs politiques* »[1409]. Ceci explique le caractère fondamentalement objectif de la contradiction : le dialogue dépasse le cadre posé par le demandeur et le défendeur. La procédure est mise au service de la réflexion des juges, qui sont actifs et libres dans la recherche de la solution. Ainsi les juges constitutionnels n'ont pas l'obligation, comme cela peut être le cas dans certains contentieux[1410], de se fonder uniquement sur les éléments apportés par les parties[1411].

638. Les débats débutent avant même la saisine, avec un « *pré-débat contradictoire sur les problèmes de constitutionnalité* »[1412] au sein du Parlement. Ce pré-débat permet aux services du Conseil de déterminer la probabilité d'une saisine et les moyens qui seront éventuellement soulevés. Le secrétariat général assure ainsi une « *veille constitutionnelle* »[1413], systématique pour les lois organiques et dépendante des probabilités de saisine pour les autres textes[1414].

639. Au-delà de cet aspect stratégique, la juridicisation des débats parlementaires alimente la contradiction sur les problèmes de constitutionnalité posés par la loi : « *Plus généralement, l'argumentation des motions de procédure, qui invoque de façon de plus en plus détaillée textes et jurisprudence constitutionnels, participe du phénomène de "juridicisation" du débat parlementaire mis en évidence par le doyen*

[1409] D. DE BECHILLON, « Réflexions sur le statut des "portes étroites" devant le Conseil constitutionnel », *Les notes du club des juristes*, janvier 2017, disponible sur : <https://hal-univ-pau.archives-ouvertes.fr/hal-02161541/document>.

[1410] Voir les développements sur le principe dispositif et son évolution dans le procès civil chez S. GUINCHARD *et al*., *Procédure civile*, *op. cit.*, p. 361 et s.

[1411] Le mot « partie » désigne le demandeur (les saisissants) et le défendeur (le Gouvernement) assisté lui-même d'un défenseur (l' « avocat » de la loi est le secrétariat général du Gouvernement). Voir les développements de T. Santolini sur ce point : T. SANTOLINI, *Les parties dans le procès constitutionnel*, *op. cit.*, p. 17 et s.

[1412] G. VEDEL, « Réflexions sur les singularités de la procédure... », *op. cit.*, p. 548.

[1413] J.-É. SCHOETTL, « Ma cinquantaine rue de Montpensier », *op. cit.*

[1414] *Ibid.* : « *Elle est plus aléatoire pour les autres textes, car la question qui se pose est de savoir s'il faut travailler sur un texte dont il n'est pas certain que le Conseil soit saisi. Comme le temps est compté, il faut évaluer les probabilités de saisine et faire des choix. Certains indices réduisent l'aléa* ».

Favoreu »[1415]. Comme le releva L. Favoreu à propos des décisions du 16 janvier et du 11 février 1982, cette juridicisation touche aussi les débats ayant lieu dans la presse :

> *Le débat contradictoire qui a précédé les décisions a été particulièrement animé et fourni. Il a tout d'abord duré près de six mois car les controverses ont pratiquement commencé dès l'été 1981. Il a donné lieu à un très grand nombre d'articles de presse (plus de 250 recensés en janvier 1982) dont beaucoup ont posé les problèmes institutionnels et juridiques. Par ailleurs, le débat au Parlement a, lors de chaque lecture devant chaque assemblée, porté d'abord sur les problèmes constitutionnels et juridiques, et exceptions d'irrecevabilité et questions préalables ont été systématiquement déposées par les parlementaires de l'opposition*[1416].

Ce pré-débat est ensuite alimenté par les avis du Conseil d'État[1417] et plus globalement par toute source d'information jugée utile : « *secrétariat des groupes de l'opposition, dépêches des agences de presse, groupes de pression, secrétariat général du Gouvernement...* »[1418]. Il peut même arriver que les juges organisent des auditions avant la saisine elle-même, par exemple pour la *Loi ouvrant le mariage aux couples de même sexe*[1419], ce qui montre toute la malléabilité de la procédure.

640. Une fois le Conseil saisi, les juges peuvent examiner d'office toute disposition de la loi déférée et soulever d'office tout moyen. Par ailleurs, une fois la procédure officiellement enclenchée, les services du Conseil continuent d'alimenter le dossier documentaire qui regroupe les jurisprudences pertinentes au niveau interne, européen et international, les travaux parlementaires et « *l'état du débat public à travers la presse* »[1420]. Le juge rapporteur peut enfin procéder à toute audition qu'il juge utile[1421].

[1415] *Ibid*.
[1416] L. FAVOREU (dir.), *Nationalisations et constitution*, *op. cit.,* p. 28.
[1417] J.-É. SCHOETTL, « Ma cinquantaine rue de Montpensier », *op. cit.* : « *La lecture des avis du Conseil d'État (auxquels le Conseil constitutionnel a le privilège d'avoir accès) est précieuse lorsque la question de constitutionnalité se tapissait déjà dans le projet de loi* ».
[1418] *Ibid.*
[1419] Entretien du 29 janvier 2020 avec J.-L. Debré. L'ancien président du Conseil nous a précisé que ces auditions n'avaient pas été publiques et qu'aucun procès-verbal n'avait été dressé de façon à préserver la liberté de parole et de réflexion des juges.
[1420] O. SCHRAMECK, « Les aspects procéduraux des saisines », *in Vingt ans de saisine parlementaire du Conseil constitutionnel – journée d'études du 16 mars 1994*, Economica ; PUAM, 1995, p. 84. M. Debré nous a aussi expliqué avoir placé en stage des personnels du Conseil dans des cours constitutionnelles étrangères pour que ces derniers puissent faire office de « correspondants » sur la jurisprudence de ces cours (entretien précité).
[1421] *Ibid*. Ce dossier documentaire n'est pas communiqué aux participants à la procédure, son seul objet est l'information des juges, ce qu'O. Schrameck justifie ainsi : « *Il a parfois été regretté que cet ensemble d'informations ne fasse pas l'objet d'une communication aux parties dans le cadre du caractère contradictoire de la procédure. On doit toutefois observer qu'il est assimilable à la documentation que réunit un rapporteur par exemple au Conseil d'État, et qu'il a été toujours considéré que, s'agissant de*

641. Le juge rapporteur rédige ensuite avec le service juridique le questionnaire destiné au secrétariat général du Gouvernement, auquel celui-ci répond au cours d'une réunion[1422]. Le caractère informel de la procédure permet à nouveau au dialogue de déborder le cadre de la réunion elle-même :

> *Elle est souvent préparée informellement par des contacts téléphoniques par lesquels le secrétariat général du Gouvernement sollicite quelques informations préalables sur les questions susceptibles d'être posées, les demandes de précisions factuelles envisagées, sur d'éventuelles préoccupations du rapporteur relatives à d'autres dispositions que celles qui ont été soumises explicitement à l'examen du Conseil constitutionnel*[1423].

Lors de cette réunion, le rapporteur peut interroger le secrétariat général du Gouvernement sur des problèmes qui n'ont pas été soulevés par les requérants. Y. Aguila explique que « *son objet est d'éclairer le Conseil constitutionnel sur la loi elle-même* »[1424]. O. Schrameck précise toutefois que

> *L'objet de la réunion est d'une part d'obtenir des éléments d'information qui n'apparaîtraient pas à travers les travaux parlementaires et qui expliqueraient la conception et la rédaction des dispositions législatives soumises au Conseil constitutionnel et d'autre part d'entreprendre un questionnement juridique qui peut se traduire par un premier échange d'argumentations*[1425].

Cette description montre que cette réunion n'a pas seulement un but informatif mais constitue bien un dialogue entre les juges et le secrétariat du Gouvernement. Au cours de cette réunion, le secrétariat renseigne aussi le rapporteur sur « *des éléments de fait, souvent d'ordre statistique* »[1426] sur lesquels le juge rapporteur peut demander des notes techniques[1427]. Enfin cette réunion de travail est organisée pour l'examen des lois organiques lorsque cela est estimé nécessaire[1428].

---

documentation de travail, celle-ci ne relevait, pas plus d'ailleurs que la note même du rapporteur, de la procédure contradictoire » (*Ibid.*).

[1422] Pour une description détaillée des acteurs et du déroulement de cette réunion, voir l'intervention de Y. AGUILA, « Table ronde : témoignages d'acteurs », in *Le Conseil constitutionnel a 40 ans...*, *op. cit.*, p. 101-105.

[1423] O. SCHRAMECK, « Les aspects procéduraux des saisines », *op. cit.*, p. 84.

[1424] Y. AGUILA, « Table ronde : témoignages d'acteurs », *in Le Conseil constitutionnel a 40 ans...*, *op. cit.*, p. 103.

[1425] *Ibid*.

[1426] *Ibid.*

[1427] Sur ce point J.-É. SCHOETTL, « Ma cinquantaine rue de Montpensier », *op. cit.* : « *La surprise de nos interlocuteurs est à son comble lorsque nous leur apprenons que le SGG est non seulement l'avocat*

642. Comme l'a énoncé la professeure Frison-Roche dans sa thèse, « *L'association ainsi permise entre l'inquisitoire et le contradictoire* [...] *permet au juge de mieux tendre vers la vérité* »[1429]. Une telle configuration est potentiellement favorable à l'impartialité des juges constitutionnels dans la mesure où la contradiction s'étend au-delà des limites habituelles, tant d'un point de vue temporel que matériel. Nous verrons cependant que cette organisation présente certains défauts du fait de la place particulière accordée au secrétariat général du Gouvernement.

643. La contradiction possède en outre une dimension subjective dans le cadre du contrôle *a priori* : elle fonctionne comme un droit à l'information et au dialogue pour un certain nombre d'acteurs. Certains intérêts sont ainsi pris en compte par la procédure, mais de façon informelle, parce qu'ils ne sont pas constitués en droits subjectifs. Comme l'explique F. Ost :

> *l'intérêt a toujours été, dans la pensée juridique traditionnelle, ou disqualifié (ramené au fait, rejeté dans le non-droit), ou surqualifié (assimilé au droit subjectif et ainsi "normalisé"). Comme s'il était impossible de reconnaître des effets juridiques spécifiques à l'intérêt entre droit et non-droit*[1430].

L'intérêt est une notion souple, qui contraste « *avec la relative rigidité du droit subjectif* »[1431]. Toutefois, l'intérêt ne doit pas être opposé au droit subjectif, car à la base du droit subjectif, il y a toujours un intérêt. On gagne alors à « *substituer une analyse gradualiste à un partage dichotomique* »[1432] et à voir un *continuum* entre les deux notions :

> *à une extrémité, les* intérêts illicites*, frappés d'un jugement de condamnation ; à l'autre extrémité*, les droits subjectifs, *intérêts bénéficiant d'un jugement de consécration juridique. Entre ces deux pôles les* intérêts purs et simples, *jugés indifférents à l'ordre juridique et les* intérêts

---

commis d'office de la loi, mais qu'il est souvent chargé par le Conseil, pour parfaire son information, de faire réaliser des expertises par l'administration ».

[1428] C'est ce qu'affirme M. HERONDART, « Le Gouvernement dans la procédure de contrôle de constitutionnalité a priori », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel,* 2016, n° 50, p. 7.

[1429] M.-A. FRISON-ROCHE, *Généralités sur le principe du contradictoire*, *op. cit.* , f. 301.

[1430] F. OST, « Préface », *in* P. GERARD (dir.), F. OST (dir.), M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *Droit et intérêt – vol. 2 : Entre droit et non-droit : l'intérêt*, Presses de l'Université Saint-Louis, 1990, nouvelle éd. 2019 [en ligne], p. 1, disponible sur : <https://books.openedition.org/pusl/5286>.

[1431] *Ibid.,* p. 5.

[1432] *Ibid.*, p. 18.

légitimes, *fruits d'un jugement de reconnaissance juridique positive sans pour autant s'élever au rang de droits*[1433].

Sur cette échelle, la situation procédurale du Conseil est spécifique : des prérogatives sont reconnues aux acteurs de la procédure, mais cette reconnaissance est informelle. Pour autant, ces prérogatives relèvent-elles du domaine du pur fait ? O. Schrameck parle de règles « *essentiellement coutumières* »[1434] pour décrire la procédure appliquée dans le cadre du contrôle *a priori*. Cependant le Conseil possède un guide de procédure interne donc un document écrit[1435]. Peut-on alors parler de droit souple ? C'est peu probable, les acteurs auxquels s'applique la procédure n'étant pas simplement invités à l'appliquer[1436]. Dans cette optique, cette procédure informelle pourrait simplement s'analyser comme un « *infra-droit* »[1437] procédural, un règlement intérieur officieux. L'étude du contradictoire permet d'observer comment fonctionne cet infra-droit, au service de l'information des juges, mais aussi des intérêts en cause : le secrétariat général du Gouvernement et les saisissants bénéficient de prérogatives leur permettant de participer au dialogue processuel.

644. L'ouverture de la saisine à soixante députés ou soixante sénateurs en 1974 a créé une voie d'expression nouvelle au conflit entre majorité et opposition. Comme le remarque T. Santolini, la saisine parlementaire est, certes, le « *moyen de sanctionner une transgression de la Constitution* » mais elle est aussi le « *stade ultime de l'hostilité politique* »[1438.] Le conflit de normes s'est donc doublé, avec l'ouverture de la saisine aux parlementaires et la mise en place d'un dialogue entre ces derniers et le secrétariat

---

[1433] *Ibid.,* p. 18-19.

[1434] O. SCHRAMECK, « Les aspects procéduraux des saisines », *op. cit.*, p. 82.

[1435] Voir le témoignage de R. Badinter : « *Il ne restait plus donc qu'à améliorer les règles internes au Conseil. Ce fut l'objet de l'excellent guide interne rédigé par le secrétaire général Bruno Genevois dont le contenu, accru au fil des présidences successives, demeure encore le fondement de la procédure en vigueur* » (R. BADINTER, « Une longue marche "du Conseil à la Cour constitutionnelle" », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel,* n° 25, août 2009, disponible sur : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/une-longue-marche-du-conseil-a-la-cour-constitutionnelle>).

[1436] Selon un rapport du Conseil d'État, le droit souple se définit par trois critères : avoir pour objet de modifier ou d'orienter les comportements des destinataires, en suscitant, dans la mesure du possible, leur adhésion ; ne pas créer en soi de droits ou d'obligations pour les destinataires et présenter un degré de formalisation et de structuration apparentant le droit souple aux règles de droit (Voir CONSEIL D'ÉTAT, *Étude annuelle – Le droit souple*, 2013, disponible sur : <https://www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/144000280.pdf>).

[1437] P. GERARD (dir.), F. OST (dir.), M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *Droit et intérêt – vol. 2...*, *op. cit.*, p. 9. Sur cette notion, les auteurs renvoient à l'ouvrage de A.-J. ARNAUD, *Critique de la raison juridique. 1, Où va la sociologie du droit ?*, LGDJ, 1981, p. 323 et s.

[1438] T. SANTOLINI, *Les parties dans le procès constitutionnel*, *op. cit.*, p. 92. Voir plus globalement les p. 82 à 104 de cet ouvrage.

général du Gouvernement, d'un conflit d'intérêts autorisé à s'exprimer dans la forme juridictionnelle.

645. Ce conflit s'exprime à travers la procédure : la saisine parlementaire s'accompagne ainsi d'un mémoire qui peut « *être ultérieurement complété sans condition particulière de délai, le Conseil constitutionnel faisant le cas échéant masse des griefs invoqués successivement par le mémoire initial et le mémoire complémentaire* »[1439]. Il est communiqué au secrétariat général du Gouvernement. Le secrétariat émet ensuite ses observations[1440], auxquelles les requérants ont le droit de répondre par un mémoire en réplique depuis 1986[1441]. On remarquera le caractère particulièrement tardif de la reconnaissance de cette dimension subjective du contradictoire. Comme le note P. Jan, « *L'absence de confrontation entre le mémoire des requérants et les observations du secrétariat général du Gouvernement faisait que les parlementaires plaidaient à l'aveugle* »[1442] jusqu'à cette date.

646. Ensuite, le mémoire des requérants peut éventuellement développer un moyen nouveau[1443] et il arrive que le secrétariat général du Gouvernement y réponde lui-même par une ultime note[1444]. Est donc bien organisé un dialogue entre les saisissants et le Gouvernement depuis 1986, permettant d'exprimer la dimension subjective du contradictoire.

647. Cette dimension subjective reste néanmoins à dimension variable. Par exemple, en cas de transmission obligatoire, il n'y a, en principe, pas d'échange de mémoires. Cependant, ce n'est pas toujours vrai. En effet, depuis 2009 le Conseil admet que les parlementaires présentent des « observations » concernant une loi organique et que le Gouvernement y réponde[1445]. Il peut aussi arriver que certains parlementaires choisissent de s'exprimer par le biais d'une « porte étroite »[1446] concernant les lois

---

[1439] O. SCHRAMECK, « Les aspects procéduraux des saisines », *op. cit.*, p. 83.
[1440] Qui sont communiquées aux requérants depuis 1986 sur l'initiative du président Badinter. Comme le souligne T. Santolini, « *à partir de cette date un débat contradictoire est organisé et se déroule devant le juge constitutionnel. Il consiste en un échange de conclusions écrites entre les requérants et le secrétariat général du Gouvernement* » (T. SANTOLINI, *Les parties dans le procès constitutionnel*, *op. cit.*, p. 268).
[1441] O. SCHRAMECK, « Les aspects procéduraux des saisines », *op. cit.*, p. 86.
[1442] P. JAN, *Le procès constitutionnel*, *op. cit.*, p. 157.
[1443] O. SCHRAMECK, « Les aspects procéduraux des saisines », *op. cit.*, p. 86 : « *Il a à cette occasion été d'ailleurs décidé de publier par extrait au Journal officiel le passage correspondant du mémoire en réplique de manière qu'une information complète soit donnée sur les griefs des saisissants, ce qui permettait de déterminer, malgré cette particularité de la procédure, la portée réelle de l'intervention et de l'appréciation du juge* ».
[1444] *Ibid.*
[1445] CC, 2009-579 DC, 9 avril 2009, *Loi organique relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution* et son commentaire p. 1.
[1446] Sur cette notion, voir *infra* §689 et s.

organiques et les règlements des assemblées[1447]. Ceci montre que, même en cas de transmission obligatoire, des conflits d'intérêts subjectifs ont vocation à s'exprimer dans le cadre du procès constitutionnel dès lors que la procédure le permet.

648. Des mécanismes originaux tels que le « pré-débat » ou la « réunion de travail » avec le secrétariat général du Gouvernement viennent alimenter une contradiction étendue dans le cadre du contrôle *a priori* des lois. Comme le remarqua G. Vedel « *précisément parce qu'aucun texte ne la met en forme, elle se déploie librement et dans certains cas plus largement que si elle obéissait à des règles formelles de procédure* »[1448]. Toutefois, cette absence de formalisation a créé puis laissé subsister des déséquilibres nuisibles à l'impartialité des juges.

B. L'inégalité des armes entre le Gouvernement et les saisissants

649. Le caractère informel de la procédure a permis l'émergence d'une pratique tournée vers l'information des juges. Néanmoins, cette organisation comporte des défauts. Les saisissants sont en particulier peu considérés dans le cadre des débats. Un tel défaut est traditionnellement expliqué par le caractère objectif du contentieux : les parlementaires ne sont pas dotés de droits subjectifs et ne bénéficient donc pas d'un « réel » droit à la contradiction et à l'égalité des armes. Cette vision est cependant défectueuse car l'effectivité de la contradiction et donc de l'information des juges est forcément liée à la capacité de savoir et de discuter des parties :

> *Même si le contradictoire n'est qu'indirectement au service des parties, le rôle des parties n'en est pas moins premier dans une finalité qui les dépasse. En effet, seule une partie peut, grâce au contradictoire qui lui en assure la possibilité concrète et la puissance, apporter la contradiction qui meut le procès*[1449].

Autrement dit, les insuffisances de la contradiction subjective impactent la qualité de la contradiction objective. Or, dans le cadre du contrôle *a priori*, l'inégalité des armes entre le Gouvernement et les saisissants affecte la qualité de la contradiction.

[1447] Voir par exemple les « observations » de M. Le Fur et P. Gosselin pour la décision n° 2019-785 DC du 4 juillet 2019, *Résolution modifiant le règlement de l'Assemblée nationale.*
[1448] G. VEDEL, « Réflexions sur les singularités de la procédure... », *op. cit.*, p. 548.
[1449] M.-A. FRISON-ROCHE, *Généralités sur le principe du contradictoire*, *op. cit.*, f. 343.

L'inégalité des armes existant entre le Gouvernement et les saisissants se constate facilement (1) et se trouve liée à une multitude de facteurs que l'on retrouve dans de nombreux systèmes de justice constitutionnelle où « l'avocat » du Gouvernement joue un rôle privilégié. Face à cela, des ajustements sont possibles (2).

1. La position privilégiée du secrétariat général du Gouvernement

650. L'égalité des armes ne se confond pas avec le contradictoire. La Cour de Strasbourg définit l'égalité des armes comme « *un "juste équilibre" entre les parties : chacune doit se voir offrir une possibilité raisonnable de présenter sa cause dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son ou ses adversaires* »[1450].

651. Le rôle des acteurs du procès constitutionnel n'est pas clairement délimité. En particulier, le secrétariat général du Gouvernement joue apparemment deux rôles : celui d'expert de la loi et celui de défenseur. En effet, alors qu'il agit systématiquement en défense de la loi, il est aussi censé éclairer le Conseil sur celle-ci, ce qui se traduit par des échanges privilégiés avec l'institution, en particulier la réunion de travail et les contacts informels entretenus avec les services du Conseil évoqués précédemment. Le vocabulaire utilisé pour désigner ses interventions est le reflet de l'ambiguïté de cette position : il émet des « observations » au nom du Gouvernement, à l'issue desquelles il est systématiquement « d'avis » que les griefs invoqués par les demandeurs ne remettent pas en cause la constitutionnalité de la loi.

652. Pourtant, si l'on en croit M. Schoettl, « *La vérité est que le SGG s'acquitte de cette double tâche – à première vue contradictoire – avec autant de talent que de scrupule. La déontologie qui est la sienne, et qui doit beaucoup à son caractère apolitique, permet à cette schizophrénie de fonctionner harmonieusement* »[1451]. On pourrait ainsi estimer que les caractéristiques du secrétariat général du Gouvernement lui assurent une forme de neutralité : organe apolitique, expert juridique par sa fonction, ne choisissant pas ses causes, il est un avocat commis d'office, désintéressé à tous points de vue. Il serait partisan sans l'être vraiment. Néanmoins, la pratique montre que le secrétariat choisit bien ses causes puisqu'il ne défend pas toutes les lois avec la même

[1450] CEDH, Gr. Ch., 35289, 19 septembre 2017, *Regner c. République Tchèque*, §146. Voir aussi à propos des liens entre l'impartialité de la procédure et l'impartialité des juges CEDH, Gr. Ch., 73797/01, 15 décembre 2005, *Kyprianou c. Chypre*.
[1451] J.-É. SCHOETTL, « Ma cinquantaine rue de Montpensier », *op. cit.*

vigueur[1452]. Bien que cet organe soit apolitique, il est au service du Gouvernement et possède des intérêts propres[1453]. Sa position privilégiée ne peut donc être justifiée par cet argument.

653. Un autre argument serait que le secrétariat joue d'abord le rôle d'expert lors de la réunion avec le rapporteur, puis qu'il endosse un rôle véritablement partisan en délivrant ses observations écrites. C'est ce que semble indiquer Y. Aguila à propos de la réunion de travail : « *Il n'y a pas de débat constitutionnel qui s'engage, il ne s'agit pas pour le Gouvernement de présenter déjà oralement une argumentation qu'il reprendrait, par la suite, dans ses observations. Il s'agit seulement de répondre aux questions que pose le rapporteur sur la loi* »[1454]. Une telle distinction est artificielle : en fournissant les informations demandées par le juge et certaines analyses juridiques, le secrétariat a, de fait, la possibilité de défendre efficacement la loi dès ce stade. Même si le secrétariat assure son rôle avec déontologie, la situation reste périlleuse. Comme le remarque J. Brau,

> *Ces éléments de fait peuvent se révéler, pour le Secrétariat général du Gouvernement, d'une aide précieuse dans la défense des dispositions en cause car ils vont l'aider à démontrer au rapporteur la constitutionnalité des dispositions en cause dans leur application, notamment des mesures envisagées par le Gouvernement pour la mise en application de la loi*[1455].

Il est donné au secrétariat la possibilité d'esquisser le champ des possibles de la loi, au-delà de ses termes mêmes et ainsi de convaincre les juges de sa constitutionnalité, en se référant notamment à ses objectifs et aux mesures qui seront hypothétiquement prises par le Gouvernement pour les atteindre. C'est aussi, comme le note le professeur

---

[1452] Voir par exemple O. SCHRAMECK, « Les aspects procéduraux des saisines », *op. cit.*, p. 86-87 : « *La seconde réserve tient à la position ambiguë, souvent relevée, du secrétariat général du Gouvernement, qui est conduit à défendre des dispositions d'une loi dont le Gouvernement n'est pas toujours à l'origine ou plus souvent d'amendements parlementaires qui ont pu même ne pas recueillir son assentiment. On peut d'ailleurs relever qu'il arrive que le secrétariat général du Gouvernement s'en remette sur certaines de ces dispositions à la sagesse du Conseil constitutionnel, et il peut même s'abstenir de produire s'agissant d'une disposition évoquée oralement mais non contestée par les saisissants dès lors que sa défense pourrait lui paraître le mettre en contradiction avec des positions prises antérieurement* ».

[1453] Voir T. PERROUD, « La neutralité procédurale du Conseil constitutionnel », *op. cit.*, p. 3-6.

[1454] Y. AGUILA, « Table ronde : témoignages d'acteurs », *in Le Conseil constitutionnel a 40 ans...*, *op. cit.*, p. 103. O. Schrameck effectue une description différente, précitée au §641 méritant d'être à nouveau mentionnée pour comparaison : « *L'objet de la réunion est d'une part d'obtenir des éléments d'information qui n'apparaîtraient pas à travers les travaux parlementaires et qui expliqueraient la conception et la rédaction des dispositions législatives soumises au Conseil constitutionnel et d'autre part d'entreprendre un questionnement juridique qui peut se traduire par un premier échange d'argumentations* » (O. SCHRAMECK, « Les aspects procéduraux des saisines », *op. cit.*, p. 85).

[1455] J. BRAU, *L'instruction dans le « procès constitutionnel » français...*, *op. cit.*, p. 173.

Verpeaux, l'occasion de suggérer des réserves d'interprétation[1456]. C'est enfin pour le secrétariat l'occasion de prendre connaissance des moyens et questions soulevés d'office, ce qui « *est une façon d'appliquer le décret du 22 janvier 1992, mais au bénéfice d'une seule des parties* »[1457].

654. Un dernier argument justifiant la position privilégiée occupée par le secrétariat pourrait reposer sur le caractère objectif de la contradiction, qui permet aux juges de voir au-delà des arguments avancés par le secrétariat général du Gouvernement et tempère donc son influence. Concrètement, selon G. Vedel, les juges veillent eux-mêmes à ne pas se laisser enfermer dans une seule vision, en particulier le rapporteur :

> *Le tout est que la règle du jeu soit loyale et que tous les sons de cloche soient entendus, mais le rapporteur et le Président du Conseil constitutionnel y veillent, quitte, le cas échéant, à provoquer notamment de la part du Secrétariat général du gouvernement une réponse à des points sur lesquels l'information risquerait d'être unilatérale*[1458].

Néanmoins, et cette citation le montre, si le juge peut provoquer des explications sur toute question qu'il estime pertinente, son interlocuteur privilégié reste le secrétariat général du Gouvernement, véritable « œil du juge »[1459].

655. Alors que les acteurs du procès constitutionnel *a priori* ne peuvent revendiquer un droit à l'égalité des armes, l'enjeu dépasse la question des droits de la défense puisque l'inégalité des armes fausse la contradiction objectivement conçue. Lorsqu'un point de vue est favorisé de façon excessive, cela peut nuire à l'impartialité des juges[1460]. Des ajustements sont cependant possibles.

[1456] M. VERPEAUX, « La procédure contradictoire et le juge constitutionnel », *RFDA*, 2001, p. 339-352.

[1457] *Ibid*. Le décret n° 92-77 du 22 janvier 1992 *portant dispositions diverses relatives à la procédure administrative contentieuse* (*JORF* n° 2 du 24 janvier 1992, p. 1180) énonce à son article 2 : « *Il est ajouté au décret du 30 juillet 1963 susvisé un article 54-1 ainsi rédigé: "Art. 54-1. - Sauf dans les cas mentionnés à l'article 52 de l'ordonnance du 31 juillet 1945 susvisée lorsque la décision lui paraît susceptible d'être fondée sur un moyen relevé d'office, la sous-section chargée de l'instruction en informe les parties avant la séance de jugement et les invite à présenter leurs observations."* ».

[1458] G. VEDEL, « L'accès des citoyens au juge constitutionnel. La porte étroite », *op. cit.*, p. 13.

[1459] Expression désignant traditionnellement l'expert dont l'action est encadrée par des règles strictes et qui, nous l'avons précédemment remarqué, ne doit pas porter d'appréciation juridique, contrairement au secrétariat général du Gouvernement. Voir *supra* §612.

[1460] Ainsi que le formulait J. Moreau « *Le rôle de l'avocat se justifie, bien que son argumentation soit essentiellement partiale, par le rôle réciproque de l'avocat de la partie adverse, de sorte qu'ayant plaidé respectivement le pour et le contre, développé les arguments de chacune des parties, ils ont éclairé la décision du juge ; leur partialité a servi la justice. C'est que la rhétorique s'est exercée dans un procès en règle, devant un juge qui incarne l'exigence de vérité* » (J. MOREAU, « Rhétorique, dialectique et

2. Des ajustements possibles

S'il est complexe de retirer le rôle de défenseur de la loi au secrétariat général du Gouvernement (a), il est possible de rehausser le rôle du demandeur (b).

a. Les difficultés relatives au rôle du défendeur

656. La condamnation du rôle joué par le secrétariat général du Gouvernement doit être envisagée au regard du fait que les parlementaires sont peu intéressés par le rôle de défenseur de la loi. En effet, une solution au problème de l'égalité des armes pourrait être de retirer ce rôle au secrétariat général du Gouvernement pour le confier directement aux parlementaires ayant voté la loi. Toutefois en pratique la question de la représentation n'est pas évidente[1461]. Ensuite, dans les années 1980, lorsque le président Badinter demanda aux assemblées à ce que le rapporteur du Conseil « *puisse entrer en contact avec les rapporteurs du texte lors de son examen par les assemblées* »[1462], les présidents des assemblées lui répondirent que le rôle des rapporteurs s'achevait avec le vote de la loi et que devait être respecté le principe de séparation des pouvoirs. Le premier argument n'est plus valable depuis la révision constitutionnelle de 2008 alors que les parlementaires doivent contrôler l'application des lois en vertu de l'article 24 de la Constitution[1463]. En revanche, l'argument de la séparation des pouvoirs reste fort dans

---

exigence première », *Logique & Analyse*, vol. 6, n° 21-24, 1963, p. 206, disponible sur : <http://virthost.vub.ac.be/lnaweb/ojs/index.php/LogiqueEtAnalyse/article/view/190>).

[1461] Voir G. VEDEL, « Réflexions sur les singularités de la procédure...», *op. cit.*, p. 547 : « *Le "défendeur" naturel serait le législateur lui-même. Mais procéduralement il est introuvable* ».

[1462] J.-É. SCHOETTL, « Ma cinquantaine rue de Montpensier », *op. cit.*

[1463] C'est ce que note J.-C. Colliard : *« À ce propos, je continue à trouver impensable que les parlementaires qui ont voté la loi ne viennent pas la défendre lorsqu'elle est contestée ; même si ses membres le font avec autant de talent que de loyauté, y compris pour les rares amendements adoptés contre l'avis du ministre, il est tout de même étrange que ce soit le secrétariat général du Gouvernement qui vienne défendre ce qui est réputé avoir été fait par le Parlement. Il me paraîtrait naturel que, par exemple, les rapporteurs des assemblées viennent défendre le texte sur lequel ils ont mené les débats ; on m'a objecté pendant longtemps que leur rôle se terminait avec le vote, ce n'est plus vrai puisqu'ils sont depuis quelques années chargés de suivre la mise en œuvre des décrets d'application. Et les parlementaires ne peuvent pas, lorsqu'ils sont drapés de la majesté du Constituant, demander plus au Conseil constitutionnel et refuser de le reconnaître lorsqu'ils sont législateurs ! La révision de l'été 2008, en disposant que le texte examiné en séance publique sera désormais celui réécrit par la commission, qu'il s'agisse d'un projet ou d'une proposition, va, me semble-t-il, rendre cette présence encore plus indispensable, ce qui ne veut pas dire qu'il faille écarter le secrétariat général du Gouvernement, d'autant que la subtilité juridique de ses représentants, y compris sur les causes les plus fragiles, m'a toujours paru remarquable* » (J.-C. COLLIARD, « Neuf ans de bonheur », *Les Nouveaux Cahiers du*

un système où l'on considère que le législateur n'a pas à s'expliquer devant le juge. Par ailleurs, et peut-être surtout, la configuration majoritaire du régime joue en faveur d'une défense assurée par les services du Gouvernement. Notons cependant que des parlementaires ont été auditionnés en 2001[1464], « *ce qui peut se justifier par le fait que cette réforme était d'abord d'initiative parlementaire* »[1465].

657. La situation française n'est pas isolée : dans les régimes majoritaires européens, si certains acteurs institutionnels sont invités à participer au débat contradictoire, *« [la participation] du Gouvernement apparaît systématiquement* »[1466]. Aux États-Unis, le Bureau du Procureur Général dont le rôle est de représenter le gouvernement fédéral auprès de la Cour, est aussi un acteur privilégié, amenant L. Caplan à qualifier le *Solicitor General* de *Tenth Justice*[1467]. Composé de juristes « d'élite », ce bureau jouit de la confiance des juges et a, en conséquence, plus de chances de faire valoir ses vues auprès d'eux[1468].

658. Ainsi, malgré les différences existant entre les systèmes de justice constitutionnelle, nous ne pouvons que constater ce point commun : il existe toujours derrière les juges une galaxie d'acteurs dont le rôle dans l'élaboration de la décision ne doit pas être sous-estimé. Comme le soulignent A. Orr Larsen et N. Devins, dans le système américain cette place privilégiée est liée à la capacité du bureau à fournir des **argumentations et informations fiables** aux juges[1469]. C'est aussi le cas en France : les

---

Conseil constitutionnel, n° 25, août 2009, disponible sur : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/neuf-ans-de-bonheur>).

[1464] Pour la décision CC, 2001-448 DC, 25 juillet 2001, *Loi organique relative aux lois de finances.*

[1465] G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, 3e éd., *op. cit.*, p. 368.

[1466] T. SANTOLINI, *Les parties dans le procès constitutionnel*, *op. cit.*, p. 313.

[1467] L. CAPLAN, *The Tenth Justice : the Solicitor General and the rule of law*, Knopf, 1987, 340 p.

[1468] Voir A. ORR LARSEN, N. DEVINS, « The Amicus Machine », *Virginia Law Review*, 2016, vol. 102, p. 1941-1942 : « Chief among those repeat players with a vested interest in reputation are the lawyers who serve in the Office of Solicitor General, an office that supervises and conducts all federal litigation in the U.S. Supreme Court. A long line of scholars has observed what they call the SG advantage at the Court. Attorneys from the SG's office—who typically come to the SG with sterling resumes—are more likely than others similarly situated to win cases at the Court, to have cert petitions granted, and to have briefs cited by the Justices with approval » (traduction libre : *« Parmi les joueurs habitués qui ont intérêt à sauvegarder leur réputation, on trouve à titre principal les avocats au service du Bureau du Procureur Général, un bureau qui supervise et conduit tous les procès fédéraux portés à la connaissance de la Cour suprême. Une longue lignée d'universitaires a observé ce qu'ils appellent l'avantage du PG auprès de la Cour. Les avocats du bureau du PG – qui typiquement arrivent au PG avec de solides CV – ont plus de chances que d'autres dans la même situation de gagner leurs affaires à la Cour, d'obtenir un accord pour leur demande de* certiorari*, et de voir leurs conclusions citées par les juges à la Cour suprême avec approbation* »).

[1469] *Ibid.,* p. 1943 : « This credibility advantage takes one of several forms. First, OSG lawyers are trusted by the Justices to supplement the record with "valuable (and often otherwise unattainable) information about the practical consequences of a potential decision." » (traduction libre : « *Cet avantage en*

acteurs susceptibles d'avoir une influence sur la décision sont aussi ceux qui peuvent fournir des informations ainsi que des analyses juridiques de qualité aux juges : les collaborateurs et le secrétariat général du Gouvernement en particulier, soit un microcosme restreint[1470].

659. Il apparaît alors avec clarté à quel point cette inégalité des armes impacte le rôle du juge dans la résolution du conflit entre la loi et la Constitution. Face à cette inégalité nuisible à la contradiction et à l'impartialité des juges, il est possible de rehausser le rôle joué par le demandeur.

b. La nécessité de rehausser le rôle joué par le demandeur

660. Dans les années 1970, les parlementaires ayant saisi le Conseil avaient mandaté un avocat pour les représenter, mais cette demande avait été rejetée par R. Frey au motif que le Conseil n'exerçait pas une activité juridictionnelle et donc que la représentation n'était pas possible[1471]. La pratique procédurale a timidement évolué : depuis les années 2000, il arrive que des parlementaires de l'opposition soient auditionnés par le Conseil. La première occurrence de cela eut lieu à l'occasion de l'examen de la loi « Perben II » en 2004[1472]. Néanmoins J. Brau rappelle que les parlementaires et le secrétariat général du Gouvernement ont été reçus séparément, « *ce qui ne leur a pas permis de confronter leurs arguments* »[1473]. Les parlementaires ont été aussi reçus à propos du « contrat première embauche » en 2006, de la loi relative à l'immigration en 2007 et de la loi OGM en 2008[1474].

661. Ces avancées ne suffisent cependant pas à compenser le déséquilibre existant. *In fine,* comme le note M. Schrameck, « *la difficulté essentielle provient du fait que la notion de partie n'a aujourd'hui en matière de contrôle de constitutionnalité des*

---

crédibilité prend une forme parmi plusieurs autres. En premier lieu, les Juges font confiance aux avocats du bureau du PG pour enrichir le dossier avec des "informations de qualité (souvent inaccessibles autrement) concernant les conséquence pratiques d'une potentielle décision" »).

[1470] Nous verrons cependant dans la section II que les *amici curiae* sont aussi susceptibles de jouer ce rôle, ce qui permet d'élargir le cercle.

[1471] Voir D. ROUSSEAU, P.-Y. GAHDOUN, J. BONNET, « Présentation de la période 1974-1980 », *in* J. BONNET *et al*., *Les grandes délibérations...*, *op. cit.*, p. 236.

[1472] Voir L. VAN EECKHOUT, « Une délégation du PS contre la loi Perben 2 reçue par le Conseil constitutionnel », *Le Monde*, 14 février 2004.

[1473] J. BRAU, *L'instruction dans le procès constitutionnel français...* », *op. cit.,* p. 170.

[1474] Voir G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, 3e éd., *op. cit.,* p. 368. Ces auditions n'étant pas rendues publiques, il est fort probable que la liste ici proposée soit incomplète.

lois qu'un sens relatif »[1475]. La dimension objective du contrôle *a priori*, bien qu'étant un puissant moteur de la contradiction, constitue ici un frein à une contradiction mieux équilibrée. Le recours pour excès de pouvoir montre pourtant que les dimensions objective et subjective peuvent aisément cohabiter afin que soient pris en compte les intérêts subjectifs en cause en même temps que l'intérêt du droit[1476]. Même si le contrôle de constitutionnalité *a priori* n'a pas vocation à devenir une sorte de REP puisque les intérêts subjectifs en jeu ne sont pas de même nature, il reste possible de s'en inspirer, car le renforcement de la contradiction subjective améliore aussi la contradiction conçue objectivement.

662. Plusieurs modifications procédurales ont été suggérées par la doctrine[1477]. Le premier pas nous semble être de faire accéder l'infra-droit actuel au statut de véritable droit par le biais de l'édiction d'un règlement de procédure, « *aussi simple soit-il* »[1478]. L'édiction d'un tel règlement obligerait non seulement le Conseil, mais aussi les parlementaires et le Gouvernement à considérer les aspects subjectifs de la contradiction dans le cadre du contrôle *a priori* et à assumer plus complètement leur rôle partisan dans le cadre du procès constitutionnel. À notre sens, les saisissants devraient, en particulier, être présents ou représentés lors de la réunion avec le secrétariat général du Gouvernement. Cela leur permettrait, par conséquent, de dialoguer oralement avec ce dernier et de prendre connaissance des moyens et questions soulevés d'office. Cette réunion pourrait être ainsi transformée en véritable audience, permettant de combler l'écart existant entre le contrôle *a priori* et la QPC en matière procédurale.

663. Les défenseurs du *statu quo* pourraient soulever ici le risque de politisation de la discussion. Ce risque nous semble en réalité très faible aujourd'hui : les acteurs du procès constitutionnel ont conscience du caractère juridique de la question de

---

[1475] O. SCHRAMECK, « Les aspects procéduraux des saisines », *op. cit.*, p. 82.
[1476] C'est-à-dire que si le recours n'a pas pour objet de reconnaître l'existence d'un droit subjectif au profit d'une personne, les intérêts subjectifs des parties à la procédure sont pris en compte, notamment en matière d'urbanisme avec la possibilité de présenter des conclusions reconventionnelles à caractère indemnitaire depuis 2013 (art. L. 600-7 code de l'urbanisme). Voir not. E. CARPENTIER, « Les évolutions récentes du recours pour excès de pouvoir en matière d'autorisation d'urbanisme », *Droit et ville*, 2015/1, n° 79, p. 11-28.
[1477] Voir par exemple G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, 5e éd., *op. cit.*, p. 422, évoquant notamment l'idée d'un « procureur de la Constitution ».
[1478] *Ibid.,* p. 378.

constitutionnalité et ont intérêt, en tant que *repeat players*[1479], à se conformer aux standards posés par les juges s'ils souhaitent être écoutés.

664. Toutefois, encore faut-il que le Gouvernement accepte ce rééquilibrage et que les parlementaires se saisissent effectivement de leur rôle, ce qui est incertain si l'on en croit O. Schrameck : « *le Conseil constitutionnel, quels que puissent être ses souhaits, ne peut pas passer outre aux réticences de ses interlocuteurs, que ce soient les assemblées ou le secrétariat général du Gouvernement, s'agissant de donner plus de consistance à un débat public et contradictoire* »[1480]. Il nous semble néanmoins étrange aujourd'hui, encore plus qu'hier, que la procédure applicable soit dictée par le bon vouloir des parties[1481]. La procédure gagnerait à venir contrarier la pratique actuelle, afin de se constituer en moteur d'une meilleure égalité des armes.

665. Une telle réforme apparaît d'autant plus nécessaire et réalisable que la contradiction est arrivée à maturité dans le cadre de la QPC : l'organisation de la contradiction dans ce cadre constitue un modèle ayant vocation à être transposé, dans son esprit, au contrôle *a priori.*

[1479] Les *repeat players* sont aux États-Unis les « joueurs réguliers » de la Cour, en particulier les avocats du bureau du Procureur Général et les avocats du barreau de la Cour suprême. Ces joueurs réguliers ont intérêt à entretenir leur réputation auprès de la Cour, ce qui les pousse à produire des informations et des argumentations juridiques de qualité, comme le soulignent A. ORR LARSEN, N. DEVINS, « The Amicus Machine », *op. cit.,* p. 1940 et s. Voir sur cette notion de *repeat player* l'article fondateur de M. Galanter, qui a été traduit en français : M. GALANTER, « "Pourquoi c'est toujours les mêmes qui s'en sortent bien ?" : réflexions sur les limites de la transformation par le droit », traduction par L. Umubyeyi et L. Israël de l'article « Why the "Haves" Come Out Ahead : Speculations on the Limits of Legal Change », *Droit et société*, 2013/3, n° 85, p. 575-640.

[1480] O. SCHRAMECK, « Les aspects procéduraux des saisines », *op. cit.*, p. 82.

[1481] Cette remarque rejoint le sentiment exprimé par G. Drago dans son manuel : « *L'absence de véritable contradiction procédurale organisée en contentieux* a priori *des lois ne nous semble pas saine, dans la mesure où la contradiction, telle qu'elle existe actuellement, concerne trop peu de "partenaires" du Conseil. Ces différents intervenants sont trop proches les uns des autres, à tous points de vue, pour conserver au* contentieux a priori *des lois son caractère objectif, au sens juridique du terme. Les membres du service juridique du Conseil, le secrétaire général lui-même, les représentants du SGG, les membres mêmes du Conseil souvent, sont issus de milieux juridiques et juridictionnels trop proches, issus très souvent de la juridiction administrative, qui ne font pas douter, qu'on nous comprenne bien, de leur objectivité juridique et de leurs compétences – bien au contraire on retrouve souvent dans ces fonctions les meilleurs représentants de ces corps prestigieux – mais font évoluer le débat constitutionnel dans un cercle trop restreint, qui se connaît trop pour ne pas se comprendre à demi-mot, à demi-considérant, laissant l'observateur de la procédure perplexe sur le degré de désinvestissement, involontaire et de fait, des parlementaires alors qu'ils sont à l'origine de la saisine et donc du contentieux et qu'ils sont les acteurs constitutionnels majeurs de la loi et du débat constitutionnel* » (G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, 5e éd., *op. cit.,* p. 420).

§II. Une contradiction arrivée à maturité dans le cadre de la QPC

666. La mise en place de la QPC constitue un tournant dans l'histoire de la justice constitutionnelle française, en permettant au citoyen engagé dans un litige, le justiciable, de poser une question de constitutionnalité au Conseil. Le président L. Fabius appelle « *familièrement* »[1482] la QPC la « question citoyenne » pour souligner ce lien établi entre le juge constitutionnel et le peuple, ou du moins certaines de ses figures.

667. Comme on le sait cet accès lui fut longtemps refusé : le projet de révision porté par R. Badinter et F. Mitterrand échoua en 1990 devant le Sénat. Repris par la Commission Vedel, il échoua à nouveau en 1993. L'accès du citoyen à la justice constitutionnelle n'est cependant pas un accès direct : outre le filtrage effectué par les juges ordinaires, la situation concrète et individuelle du requérant reste au second plan. Néanmoins l'existence de ce lien avec le citoyen a bouleversé le procès constitutionnel. Il a en particulier entraîné la soumission de la QPC aux exigences de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme en matière de contradiction[1483]. En conséquence, l'ordonnance du 7 novembre 1958 a été modifiée et le règlement intérieur du 4 février 2010 a été adopté, clarifiant le statut des parties, leur octroyant un certain nombre de droits et créant ainsi les conditions d'une procédure entièrement contradictoire.

668. La QPC se situe ensuite dans la continuité du contrôle *a priori* en laissant la possibilité aux juges d'aller chercher eux-mêmes les informations qu'ils jugent pertinentes pour la formation de la décision. Ainsi, comme dans le cadre du contrôle *a priori*, le Conseil peut décider d'auditionner des personnalités qualifiées[1484]. Par ailleurs, depuis 2016[1485] les juges peuvent poser des questions spontanées lors de l'audience, ce qui peut aussi donner l'occasion aux juges de suggérer la production

[1482] L. FABIUS, Discours des vœux du 16 janvier 2020, disponible sur le site internet du Conseil constitutionnel.
[1483] Voir *supra* §71 et §632 (CEDH, 12952/87, 23 juin 1993, *Ruiz-Mateos c. Espagne*, §63 précité).
[1484] Règlement intérieur du 4 février 2010, art. 6 al. 1.
[1485] CC, 2016-544 QPC, 3 juin 2016, *M. Mohamadi C. [Règles de formation, de composition et de délibération de la cour d'assises de Mayotte]*.

d'une note en délibéré[1486]. En outre, les juges conservent la possibilité de demander des informations statistiques au Premier ministre[1487] et continuent bien entendu de bénéficier de l'aide des services du Conseil. Ils peuvent, de plus, suggérer à un tiers d'intervenir, ce qui fut le cas pour l'intervention de l'AFPA dans la décision n° 2010-67/86[1488].

669. Toutefois, c'est l'organisation d'une contradiction **conçue comme un droit des participants à la procédure** qui donne à celle-ci sa profondeur et à l'égalité des armes ses lettres de noblesse. L'octroi de droits procéduraux aux participants permet en particulier de mettre fin au rôle prépondérant joué par le secrétariat général du Gouvernement.

670. Le règlement intérieur prévoit trois statuts distincts : les parties à l'instance initiale, les autorités mentionnées à l'alinéa 2 de l'article 1er du règlement[1489] et les personnes admises à présenter des observations en intervention. Les « autorités » ne sont pas qualifiées de « parties » par le règlement intérieur mais bénéficient exactement des mêmes droits que les parties à l'instance et sont donc de véritables parties dès lors qu'elles décident d'assurer la défense de la loi.

671. Le contradictoire débute avec le transfert de la question au Conseil constitutionnel. Le secrétariat général du Conseil avise les parties à l'instance (ou leurs représentants)[1490] et les autorités[1491] de la saisine. Dans cet avis, les services du Conseil mentionnent la date avant laquelle les parties et autorités peuvent produire des observations écrites et des pièces au soutien de leurs observations, vingt jours environ en pratique, ce délai pouvant être réduit[1492]. Dans un souci d'efficacité, cette production

---

[1486] *Ibid.*, voir audience.

[1487] M. Guillaume relève qu'il en a notamment été ainsi pour la décision n° 2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010, *M. Daniel W. et autres [Garde à vue]*. Voir M. GUILLAUME, « Question prioritaire de constitutionnalité », *Répertoire de contentieux administratif,* avril 2019, 326.

[1488] *Ibid.,* 333. Cette personne morale était « *à l'évidence directement intéressée par la QPC* ».

[1489] Le Président de la République, le Premier ministre, les présidents de l'Assemblée nationale et du Sénat et les autorités néo-calédoniennes : le président du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie, le président du congrès et les présidents des assemblées de province.

[1490] Règlement intérieur du 4 février 2010, art. 1er, al. 1. La représentation n'est pas obligatoire pour la phase écrite de la procédure, mais elle est obligatoire pour la phase orale.

[1491] Sont systématiquement informés le Président, le Premier ministre et les présidents des assemblées. Sont informées, s'il y a lieu, les autorités néo-calédoniennes (Règlement intérieur du 4 février 2010, art. 1 al. 2).

[1492] M. Guillaume cite l'exemple de la décision n° 2012-233 QPC du 21 février 2012, *Mme Marine LE PEN [Publication du nom et de la qualité des citoyens élus habilités à présenter un candidat à l'élection présidentielle]*, pour laquelle le Conseil avait reçu la QPC le 2 février, fixé le délai des

est réalisée par voie électronique[1493], mais le secrétariat général du Conseil peut recourir *« à tout autre moyen de communication »*[1494] pour assurer le caractère contradictoire de la procédure. Les praticiens ont salué cette dématérialisation des échanges qui « *facilite grandement la procédure* » et est « *un moteur de la contradiction* »[1495]. Dans le même souci d'efficacité, les pièces versées postérieurement à la date indiquée par l'avis ne sont pas versées à la procédure[1496] : la contrainte de temps reste une limite incontournable dans le cadre de la QPC.

672. En pratique, le secrétariat général du Gouvernement assure presque systématiquement la défense de la loi, dans la continuité du contrôle *a priori*. Il lui arrive cependant parfois de ne pas produire[1497]. Les autres autorités s'expriment rarement[1498]. La grande différence est bien entendu que le secrétariat général du Gouvernement n'est plus l'interlocuteur privilégié du Conseil : il n'est plus l'expert unique de la loi, qui est désormais la loi « concrète » et la loi « ancienne », détachée de son créateur. En conséquence, il n'est plus le seul à être informé des moyens soulevés d'office et il ne se réunit plus de façon privilégiée avec les juges.

673. Les parties et autorités sont ensuite informées des observations produites par les autres parties et un second délai est fixé pour qu'elles puissent produire leurs secondes observations qui « *ne peuvent avoir d'autre objet que de répondre aux*

---

premières observations au 9 février et celui des secondes observations au 14 février (M. GUILLAUME, « Question prioritaire de constitutionnalité », *Répertoire de contentieux administratif,* avril 2019, 323).

[1493] Règlement intérieur du 4 février 2010, art. 3 al. 1.

[1494] *Ibid.*, art. 3 al. 2.

[1495] A. ROBLOT-TROIZIER, M.-C. ARRETO (resp. sc.), « Vers l'émergence d'un droit processuel constitutionnel ? », *Titre VII* [en ligne], hors-série, octobre 2020.

[1496] *Ibid.,* art. 1er, al. 3.

[1497] Cela concerne les demandes en rectification d'erreur matérielle, les cas de non lieu à statuer et les lois concernant la Nouvelle-Calédonie. Ainsi pour les décisions n° 2013-308 QPC et n° 2019-819 QPC, ce furent le Congrès et le Gouvernement de la Nouvelle-Calédonie, directement concernés, qui s'exprimèrent à la place des services du Premier ministre (CC, 2019-819 QPC, 7 janvier 2020, *Société Casden Banque populaire [Plafonnement de la déductibilité fiscale des frais généraux des entreprises ayant leur siège social ou leur direction effective en dehors de la Nouvelle-Calédonie]* ; CC, 2013-308 QPC, 26 avril 2013, *Association « Ensemble pour la planète » [Nouvelle-Calédonie - Autorisations de travaux de recherches minières]*).

[1498] M. Guillaume cite une production venant du président du Sénat à l'occasion de la décision 2015-521/528 QPC du 19 février 2016*, Commune d'Éguilles et autre [Répartition des sièges de conseillers communautaires entre les communes membres de la métropole d'Aix-Marseille-Provence]*. Il cite aussi plusieurs productions venant du président de l'Assemblée nationale à l'occasion des décisions 2010-1 QPC du 28 mai 2010, *Consorts L. [Cristallisation des pensions]* ; 2010-3 QPC du 28 mai 2010, Union des familles en Europe [Associations familiales] ; 2010-5 QPC du 18 juin 2010, *SNC KIMBERLY CLARK [Incompétence négative en matière fiscale]*. Une production a par ailleurs été envoyée « pour le Sénat » à l'occasion de la décision 2011-129 QPC du 13 mai 2011, *Syndicat des fonctionnaires du Sénat [Actes internes des Assemblées parlementaires]* (voir M. GUILLAUME, « Question prioritaire de constitutionnalité », *Répertoire de contentieux administratif,* avril 2019, 320).

premières »[1499], ce qui répond à un souci d'éviter que les parties gardent leurs meilleurs arguments pour la fin de la procédure[1500]. Ce second délai est de dix à quinze jours en principe. Sur ce point, la doctrine a entrevu des possibilités d'amélioration en interrogeant les praticiens : « *certains avocats regrettent que l'échange des pièces se fasse "en parallèle" et non sous la forme d'un mémoire ampliatif suivi d'un mémoire en défense permettant de croiser les réponses aux moyens soulevés* »[1501]. Par ailleurs, les griefs susceptibles d'être relevés d'office sont communiqués aux parties et autorités et un délai leur est imparti pour présenter leurs observations[1502].

674. Lorsque les juges décident de procéder à des auditions, les parties et autorités sont invitées à y assister et peuvent formuler des observations[1503]. La lourdeur de la procédure, particulièrement la nécessité d'aménager un délai pour permettre aux parties de présenter des observations, peut toutefois décourager les juges. Cette remarque est confirmée puisqu'à notre connaissance aucune audition d'expert n'a été réalisée à ce jour dans le cadre de la QPC. Cela peut aussi être dû au fait que les juges se reposent désormais plus directement sur les parties et autorités pour obtenir les informations qu'ils souhaitent. Il est ainsi arrivé que le Conseil demande des informations complémentaires aux services du Premier ministre, dans la continuité du contrôle *a priori*[1504] mais aussi aux parties[1505]. Ces informations sont communiquées à l'ensemble des parties et autorités[1506].

[1499] Règlement intérieur du 4 février 2010, art. 1er, al. 4.

[1500] Voir M. GUILLAUME, « Le règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité », *Petites affiches*, n° 38, 23 février 2010, p. 3. : « *Afin de décourager la tentation procédurière d'une partie de conserver ses meilleurs arguments pour la toute fin de la procédure, les secondes observations ne pourront avoir d'autres objets que de répondre aux premières* ».

[1501] A. ROBLOT-TROIZIER, M.-C. ARRETO (resp. sc.), « Vers l'émergence d'un droit processuel constitutionnel ? », *op. cit.*

[1502] Règlement intérieur du 4 février 2010, art. 7.

[1503] *Ibid.,* art. 6 al. 1.

[1504] Cette demande apparaît dans les visas de la décision sous la formule suivante : « *Vu les observations complémentaires produites par le Premier ministre à la demande du Conseil constitutionnel pour les besoins de l'instruction* ». Le Conseil a eu recours à ce mécanisme à dix reprises entre 2010 et juillet 2020 : CC, 2010-14/22 QPC, 30 juillet 2010, *M. Daniel W. et autres [Garde à vue]* ; CC, 2010-71 QPC, 26 novembre 2010, *Mlle Danielle S. [Hospitalisation sans consentement]* ; CC, 2011-192 QPC, 10 novembre 2011, *Mme Ekaterina B., épouse D., et autres [Secret défense]* ; CC, 2012-227 QPC, 30 mars 2012, M. Omar S. *[Conditions de contestation par le procureur de la République de l'acquisition de la nationalité par mariage]* ; CC, 2013-366 QPC, 14 février 2014, *SELARL PJA, ès qualités de liquidateur de la société Maflow France [Validation législative des délibérations des syndicats mixtes instituant le « versement transport »]* ; CC, 2014-375 QPC, 21 mars 2014, *M. Bertrand L. et autres [Régime de saisie des navires utilisés pour commettre des infractions en matière de pêche maritime]* ; CC, 2018-731 QPC, 14 septembre 2018, *Mme Juliet I. [Peine minimale d'emprisonnement pour le délit de blanchiment douanier]* ; CC, 2018-741 QPC, 19 octobre 2018, *M. Belkacem B. [Délai de recours contre les arrêtés préfectoraux de reconduite à la frontière]* ; CC, 2020-837 QPC, 7 mai 2020, *Société*

675. Les parties et autorités sont aussi informées de la date à laquelle l'audience publique aura lieu[1507]. L'audience est devenue une facette incontournable de la contradiction, permettant aux parties de présenter publiquement des observations orales à travers leurs représentants ou leurs agents[1508]. Cette audience est devenue « interactive »[1509] en 2016, les juges pouvant poser spontanément des questions aux représentants des parties, ce qui rend assurément le contradictoire plus vivant et permet de soulever d'ultimes zones d'ombre. C'est ainsi que lors de l'audience de la décision n° 2019-819 QPC, les juges ont demandé, suite à des questions, la production par les divers participants d'une note en délibéré afin d'éclaircir un point important[1510]. J.-L. Debré a souligné l'importance de ces audiences lors d'un entretien[1511] : elles permettent aux juges de voir au-delà du conflit de normes et de véritablement saisir les aspects concrets de la question de constitutionnalité qui leur est posée.

676. La possibilité d'émettre une note en délibéré fut admise à partir de la décision n° 2011-200 QPC[1512]. Hypothétiquement, une note en délibéré pourrait inciter les juges à rouvrir l'instruction. Cependant, alors que devant le juge administratif, une note en délibéré peut conduire à la réouverture de l'instruction sur le fondement d'une nouvelle circonstance de fait ou de droit[1513], seule une circonstance de droit pourrait conduire le Conseil à rouvrir l'instruction. Étant donné que le Conseil a déjà, en principe, soulevé d'office les questions qui devaient l'être sur le fondement de l'article 7 du règlement intérieur et doit statuer dans de brefs délais, il est peu probable qu'une telle situation se produise[1514].

A.D-Trezel [Conditions de revalorisation des loyers de certains baux commerciaux] ; CC, 2020-843 QPC, 28 mai 2020, *Force 5 [Autorisation d'exploiter une installation de production d'électricité]*.

[1505] Voir décisions précitées n° 2020-837 QPC et 2020-843 QPC.

[1506] M. GUILLAUME, « Question prioritaire de constitutionnalité », *Répertoire de contentieux administratif,* avril 2019, 326.

[1507] Règlement intérieur du 4 février 2010, art. 5.

[1508] *Ibid.,* art. 10.

[1509] M. DISANT, « L'audience interactive devant le Conseil constitutionnel », *La semaine juridique éd. générale*, n° 26, juin 2016, p. 1298. Voir CC, 2016-544 QPC, 3 juin 2016, *M. Mohamadi C. [Règles de formation, de composition et de délibération de la cour d'assises de Mayotte]*.

[1510] Voir l'audience de la décision n° 2019-819 QPC du 7 janvier 2020, *Société Casden Banque populaire [Plafonnement de la déductibilité fiscale des frais généraux des entreprises ayant leur siège social ou leur direction effective en dehors de la Nouvelle-Calédonie]*.

[1511] Entretien du 29 janvier 2020.

[1512] CC, 2011-200 QPC, 2 décembre 2011, *Banque populaire Côte d'Azur [Pouvoir disciplinaire de la Commission bancaire]*.

[1513] CE, 236125, 12 juillet 2002, *Leniau*.

[1514] M. GUILLAUME, « Question prioritaire de constitutionnalité », *Répertoire de contentieux administratif,* avril 2019, 373.

677. C'est une contradiction élargie qui se joue dans le cadre de la QPC, sans commune mesure avec celle existant dans le cadre du contrôle *a priori*. Ensuite la contradiction n'est pas seulement mue par les parties mais aussi par certains acteurs qui ont acquis le droit de faire entendre leur point de vue auprès du Conseil.

Section II. Une contradiction renforcée par les tiers

678. La question de la participation des tiers au procès constitutionnel est un enjeu de taille pour toute cour constitutionnelle. Le degré de participation des tiers est un indicateur de l'ouverture de la cour à la société. À nouveau, se pose la question de savoir qui peut s'exprimer auprès du Conseil et si certains acteurs bénéficient d'une position privilégiée, ce qui serait nuisible à l'impartialité des juges. Un aperçu de la pratique américaine nous permettra de saisir, à grande échelle, les enjeux de la contribution des tiers pour l'accomplissement de la justice constitutionnelle (§I). Nous pourrons ensuite constater l'impact positif de la contribution des tiers dans le cadre du procès constitutionnel français (§II).

§I. Les enjeux de la contribution des tiers

679. S. Menétray définit l'*amicus curiae* comme « *un mécanisme procédural par lequel un tribunal invite ou autorise une personne ou une entité à participer à une instance existante entre des parties afin qu'elle lui fournisse des informations susceptibles d'éclairer son raisonnement* »[1515]. L'*amicus curiae* présente deux traits spécifiques : ce n'est pas une intervention puisque l'ami de la cour ne devient pas partie à l'instance et l'*amicus curiae* se distingue de l'expert puisqu'il peut faire valoir son point de vue sur une question de droit[1516]. Le mécanisme présente par ailleurs une double nature : il est à la fois un moyen pour les juges de s'informer sur la question posée et un moyen pour les tiers de faire valoir leurs intérêts auprès des juges.

680. Ce mécanisme s'est développé en même temps qu'évoluaient la perception et la réalité du rôle des juges dans la société : qu'ils soient judiciaires, administratifs,

[1515] S. MENETREY, *L'*amicus curiae*, vers un principe commun de droit procédural ?*, Dalloz, 2010, p. 4.
[1516] *Ibid.*

internationaux ou constitutionnels, les juges répondent à des questions dont les enjeux dépassent les parties directement impliquées. Dans le contentieux privé, le procès n'est plus considéré comme la chose des parties[1517].

681. Comme l'a souligné P. M. Collins, « It is well established that, no matter how sophisticated the justices on the Supreme Court may be, they operate in an environment of incomplete information »[1518]. La professeure Menétray l'a développé dans sa thèse, ce manque d'information des juges est autant juridique que factuel[1519] : les juges ne maîtrisent pas le droit dans son ensemble, en particulier les droits techniques comme le droit fiscal, et ils n'ont pas directement accès aux données factuelles relatives à une question précise.

682. Le développement généralisé de l'*amicus curiae* répond donc à un besoin d'information des juges. Le système américain joue le rôle de miroir grossissant sur les effets potentiels de ce mécanisme. Devant la Cour suprême américaine, ces acteurs sont devenus indispensables : une *petition for a writ of certiorari* dénuée d'*amicus curiae* a très peu de chances d'aboutir[1520]. Mais cela va plus loin car ce système constitue une véritable « *amicus* machine »[1521] maîtrisée par une centaine d'avocats[1522] : « a

---

[1517] Voir S. GUINCHARD *et al.*, *Procédure civile*, *op. cit.*, p. 488 et s.

[1518] P. M. COLLINS JR., « Friends of the Court : Examining the Influence of *Amicus Curiae* Participation in U.S. Supreme Court Litigation », *Law & Society Review*, vol. 38, n° 4, 2004, p. 809 (traduction libre : *« Il est bien établi, que peu importe le degré de sophistication des juges à la Cour suprême, ils évoluent dans un environnement d'information incomplète* »).

[1519] Voir S. MENETREY, *L'*amicus curiae*, vers un principe commun de droit procédural ?*, *op. cit.*, p. 98 et s.

[1520] A. ORR LARSEN, N. DEVINS, « The Amicus Machine », *op. cit.,* p. 1946 : « The conventional wisdom now is that amicus support at the cert stage is a necessity, not a luxury » (traduction libre : « *L'opinion communément admise aujourd'hui est que le soutien des* amici *au stade de la demande de* certiorari *est une nécessité, non un luxe* »).

[1521] *Ibid.,* p. 1903-1904 : « Even though the rise of amicus filings is partially linked to interest-group activity, the real story in the growth and especially the influence of amicus filings is the dramatic spike in activity by the so-called Supreme Court Bar. Today, elite, top-notch lawyers help shape the Court's docket by asking other elite lawyers to file amicus briefs requesting that the Court hear their case. When the Court grants certiorari (or "cert"), these very lawyers strategize about which voices the Court should hear / and they pair these groups with other Supreme Court specialists to improve their chances with the Court. The end result is orchestrated and intentional. Skilled advocates find the arguments that matter, the clients that matter, and the lawyers that matter—and then they match them up and package them for the Justices. A successful venture at the Supreme Court, in other words, requires a sophisticated "amicus strategy." » (traduction libre : *« Bien que l'augmentation du nombre de dossiers d'*amicus *envoyés soit partiellement liée à l'activité des groupes d'intérêt, la vraie raison de cette augmentation et plus particulièrement de l'influence des* amici *est la montée en flèche de l'activité de ce que l'on appelle le barreau de la Cour suprême. Aujourd'hui, une élite composée des meilleurs avocats contribue à tracer les contours du rôle de la Cour en sollicitant d'autres avocats d'élite afin qu'ils déposent un dossier d'*amicus *demandant à ce que la Cour écoute leur affaire. Quand la Cour accorde le* certiorari *(ou "cert"), ces mêmes avocats élaborent des stratégies pour déterminer quelles voix la Cour doit entendre et ils regroupent ces voix avec d'autres spécialistes de la Cour suprême pour augmenter leurs chances de succès. Le résultat final est orchestré et intentionnel. Des avocats expérimentés trouvent les arguments qui comptent, les clients qui comptent, et les avocats qui comptent – et ils les regroupent et les packagent*

systematic, choreographed engine designed by people in the know to get the Justices the information they crave, packaged by lawyers they trust »[1523]. Ces avocats vont rechercher les personnes et organisations susceptibles d'envoyer un *amicus curiae* (*amicus wrangler*[1524]) et les coordonner (*amicus whisperer*[1525]) afin de maximiser les chances de succès de leur affaire.

683. Un tel système emporte de lourdes conséquences : les intérêts économiques sont mieux représentés, même si les intérêts non économiques sont aussi défendus par ces acteurs[1526]. Plus généralement, ce système aboutit à ce qu'une poignée d'avocats choisisse les affaires et les informations qui seront portées à la connaissance de la Cour[1527]. Bien que l'influence du *Solicitor General*, l'équivalent de notre secrétariat général du Gouvernement, s'en trouve diminuée au profit d'un plus grand nombre d'acteurs[1528], l'accès aux juges constitutionnels reste réservé à un nombre d'acteurs limité. Cette situation est la conséquence logique d'un système réclamant à neuf juges de traiter environ 8.000 demandes par an portant sur des questions par définition complexes.

684. Nous arrivons ici à la question de la légitimité de la justice constitutionnelle comme lieu de démocratie, à partir du moment où le pouvoir de juger est **trop largement** délégué à des techniciens qui ne sont pas juges et à des tiers porteurs

---

*pour les Juges. En d'autres termes, le succès d'une affaire à la Cour suprême, requiert une "stratégie d'*amicus*" sophistiquée* ».

[1522] *Ibid.,* p. 1916.

[1523] *Ibid.*, p. 1906 (traduction libre : « *Un engin systématisé, chorégraphié conçu par des personnes bien informées visant à apporter aux Juges les informations qu'ils désirent, packagées par des avocats en qui ils ont confiance* »).

[1524] *Ibid.,* p. 1919 : « every Supreme Court team needs an "amicus wrangler"—someone who has the job of recruiting the "right" amici » (traduction libre : « *À la Cour suprême, chaque équipe a besoin d'un "rabatteur d'*amicus*" – quelqu'un dont le travail est de recruter les "bons"* amici »).

[1525] *Ibid.,* p. 1924 : « The coordination of amici does not stop with recruitment, however. If the "amicus wrangler" finds willing amici, it is the job of the "amicus whisperer" to keep those amici in line » (traduction libre : « *Cependant, la coordination des* amici *ne s'arrête pas avec le recrutement. Si le "rabatteur d'*amicus*" trouve les* amici *disposés à suivre, c'est le travail du "chuchoteur d'*amicus*" de les diriger* »).

[1526] *Ibid*., p. 1958 : « Second, we think that the resource advantage of business interests relative to individual interests is real but significantly overstated—particularly at the merits stage. Excellent Supreme Court specialists can be found on both sides of the dispute. The amicus machine, in other words, serves both business and nonbusiness interests. » (traduction libre : « *En second lieu, nous pensons que l'avantage dont bénéficient les intérêts économiques en termes de ressources par rapport aux intérêts individuels est réel mais surévalué de façon significative – particulièrement au stade de l'examen au fond. D'excellents spécialistes de la Cour suprême peuvent être trouvés dans les deux camps du conflit. La machine de l'*amicus*, en d'autres termes, sert autant les intérêts économiques que non économiques* »).

[1527] *Ibid*., p. 1940 : « Why should something as important as the Justices' information resource be filtered through a club of elites ? » (traduction libre : « *Pourquoi quelque chose d'aussi important que l'information des Juges devrait-elle être filtrée par un club d'élites ?* »).

[1528] *Ibid.,* not. p. 1946.

d'intérêts plus privés que publics. La question centrale reste ici de savoir qui peut concourir concrètement à la formation de la loi. L'examen du fonctionnement pratique de la justice constitutionnelle montre à quel point cette question est fondamentale et peut gagner en acuité, en particulier en fonction du degré de compétence des juges, de l'encombrement de leur prétoire et du temps dont ils disposent pour juger[1529]. Le risque est que les citoyens dépossédés de leur pouvoir créateur au profit de représentants élus[1530], restent privés de ce pouvoir au profit d'un cercle restreint de « joueurs réguliers » agissant dans l'ombre des juges.

685. L'idée de démocratie « continue » est attrayante, mais les interrogations que soulève la justice constitutionnelle en tant que lieu de démocratie sont très sérieuses. Il ne suffit pas de voir dans le Conseil constitutionnel une instance du « *peuple-principe* »[1531], existant à côté du « *peuple-suffrage* »[1532]. Il ne suffit pas non plus que le justiciable puisse saisir le Conseil pour que les voix du peuple soient entendues en son sein. Si les *amici curiae* sont en principe un moyen d'ouverture vers la société et si le travail des techniciens est nécessaire au bon exercice de la justice constitutionnelle, ils ne doivent pas aboutir à déposséder les juges d'une partie de leur pouvoir.

686. Cette problématique dépasse la question de l'impartialité des juges. Les enjeux se rejoignent cependant : si les contributions extérieures sont au service de l'information des juges et leur permettent de se rendre compétents sur les questions qui leur sont posées, elles peuvent aussi être instrumentalisées au service d'intérêts tiers. En particulier, si certains acteurs disposent d'un avantage important pour faire valoir leur point de vue auprès de la cour, il existe un déséquilibre dans l'égalité des armes potentiellement nuisible au contradictoire et à l'impartialité des juges. La question est

---

[1529] L. Fontaine nous ramène à la réalité sur ce point : « *C'est que la tâche n'est hélas pas, à sa décharge, à la portée du Conseil constitutionnel, du moins tel qu'encore pensé aujourd'hui. Qui a déjà lu une loi de finances ? Qui s'estimerait en mesure, en quelques minuscules semaines, d'en comprendre la totalité des enjeux juridiques et sociaux, notamment du point de vue des valeurs affichées au frontispice de la Constitution française ? C'est un travail monumental, que seuls les naïfs ou les prétentieux pensent pouvoir accomplir, et que, par magie, on pense pouvoir être fait par un ou deux membres du Conseil constitutionnel chaque année* [...] » (L. FONTAINE, « Qui a peur d'une juridiction constitutionnelle ? », *op. cit.*).

[1530] Comme a pu le rappeler D. Rousseau : « *Puisque le peuple est toujours ignorant de ce qui est bon pour lui, puisque les citoyens sont toujours prisonniers de leurs humeurs, de leurs peurs, de leurs superstitions et incapables d'appréhender rationnellement les affaires de la cité, il est « naturel » d'en confier la gestion aux experts, à ceux qui, par leurs connaissances et leurs compétences, possèdent les instruments de la raison leur permettant de déterminer les règles droites* » (D. ROUSSEAU, « La démocratie continue... », *op. cit.,* p. 73).

[1531] P. ROSANVALLON, *La légitimité démocratique : impartialité, réflexivité, proximité*, *op. cit.*, p. 223.

[1532] *Ibid.*

donc de savoir quels sont effectivement les intérêts représentés devant le Conseil par le biais de ce mécanisme procédural.

§II. L'apport positif de la contribution des tiers dans le cadre du procès constitutionnel français

687. Il existe une réelle ouverture du Conseil à la société dans le cadre du contrôle *a priori*. Néanmoins la procédure gagnerait à mieux organiser la participation des tiers dans ce cadre, afin que l'égalité des armes soit mieux assurée (A). La QPC constitue, ici aussi, un exemple à suivre : la participation des tiers y est largement admise et ces derniers bénéficient d'un statut très avantageux (B).

A. Une égalité des armes perfectible dans le cadre du contrôle *a priori*

688. La petite échelle à laquelle se joue le contrôle *a priori* est un avantage important : tous types d'intérêts sont susceptibles de s'exprimer par la voie de la porte étroite, qui n'est donc pas une porte dérobée mais permet une réelle ouverture du Conseil à la société (1). Un défaut mériterait pourtant d'être corrigé : ces contributions doivent entrer dans le cadre de la procédure afin d'assurer une meilleure égalité des armes, tant au bénéfice des *amici curiae* que des parties (2).

1. Un mécanisme permettant une réelle ouverture

689. La « porte étroite » est une voie d'accès au Conseil qui fut longtemps méconnue : « *Ignorée du grand public et peut-être d'un certain nombre de juristes, il existe cependant une porte étroite par laquelle les simples citoyens ou leurs groupements peuvent se faufiler (qu'on nous passe l'expression) dans le prétoire du juge constitutionnel* »[1533]. Nous ne savons pas quelle fut la première contribution extérieure à être lue par les juges constitutionnels, mais elles prolifèrent, selon les auteurs des *Grandes délibérations*, à partir de 1975[1534]. Ces contributions extérieures

[1533] G. VEDEL, « L'accès des citoyens au juge constitutionnel. La porte étroite », *op. cit.*, p. 1.
[1534] B. MATHIEU, « Introduction », *in* J. BONNET *et al.*, *Les grandes délibérations...*, *op. cit.*, p. 13.

sont diffusées aux juges sur décision du rapporteur et du président[1535], mais les saisissants et le secrétariat général du Gouvernement n'y ont pas accès, cette prérogative ne leur étant pas reconnue. Ainsi ces contributions « *n'appartiennent pas par nature au débat contentieux proprement dit* »[1536], « *elles n'ont pas d'existence juridique dans le contentieux* »[1537].

690. Les auteurs de la porte étroite ont donc potentiellement accès aux juges, sans pour autant bénéficier du droit d'accéder au dossier, c'est-à-dire qu'ils ont le droit de « parler », mais pas de « savoir », ni de « discuter ». Ils possèdent une prérogative mais leur statut est très inférieur à celui des parties. Ces contributions sont néanmoins une source d'information importante pour le Conseil et alimentent la contradiction objective :

> *Compte tenu des contraintes, notamment temporelles, mises à l'exercice du contrôle de constitutionnalité a priori,* [...] *les "portes étroites" sont susceptibles d'apporter un éclairage supplémentaire, d'enrichir le débat et de contribuer à la réflexion du juge*[1538].

Cette pratique a récemment été rendue publique par le biais de deux communiqués de presse[1539], ce qui constitue une reconnaissance officielle du mécanisme mais non une véritable consécration par le droit[1540].

691. Il ne faut cependant pas s'y tromper, cette prérogative constitue aussi un moyen puissant d'influencer les juges. Si en théorie toute personne peut envoyer une contribution au Conseil, nous retrouvons sans surprise une bonne représentation des intérêts économiques par le biais de la porte étroite. L'analyse effectuée par M. Guillaume des contributions rédigées par G. Carcassonne permettait de le pressentir[1541]. O. Schrameck l'avait, lui aussi, souligné « *avec quelque malice* »[1542]. La

---

[1535] J.-C. COLLIARD, « Un nouveau Conseil Constitutionnel ? », *Pouvoirs*, 2011/2, n° 137, p. 162.
[1536] O. SCHRAMECK, « Les aspects procéduraux des saisines », *op. cit.*, p. 88.
[1537] A.-C. BEZZINA, *Les questions et les moyens soulevés d'office...*, *op. cit.*, p. 528.
[1538] D. DE BECHILLON, « Réflexions sur le statut des "portes étroites"... », *op. cit.*, p. 22.
[1539] Communiqués de presse du 23 février 2017 et du 24 mai 2019, disponibles sur le site internet du Conseil constitutionnel.
[1540] Voir A. MBENGUE, « Propos sur l'empirisme procédural dans le contrôle de constitutionnalité *a priori.* Le cas des "portes étroites" », *Jus Politicum* [en ligne], n° 22, p. 185-210.
[1541] Alors que M. Guillaume classe les acteurs pour lesquels G. Carcassonne a travaillé en quatre catégories : acteurs économiques, sportifs, culturels et « alcoolisés », tous ces acteurs représentent en réalité des intérêts économiques. Voir M. GUILLAUME, « Guy Carcassonne et le Conseil constitutionnel », intervention lors d'un colloque en hommage à Guy Carcassonne au Conseil constitutionnel le 10 avril 2014, disponible sur le site internet du Conseil constitutionnel. Les acteurs cités sont par exemple la

publication depuis le 23 février 2017 des contributions extérieures le montre : les entreprises sont bien représentées auprès du Conseil, que ce soit directement ou par le biais d'acteurs intermédiaires comme les syndicats patronaux[1543] ou les organisations professionnelles[1544].

692. Plus précisément, en 2017, sur 54 contributions envoyées, 23 l'ont été par des acteurs économiques, soit **43%.** En 2018, sur 31 contributions, 14 provenaient des entreprises ou d'organismes les représentant, soit **45%.** Enfin nous avons comptabilisé pour 2019, 20 contributions sur 48 provenant d'acteurs économiques, soit **42%.** Les acteurs « citoyens »[1545] ont envoyé quant à eux neuf contributions en 2017 (**17%**), six en 2018 (**19%**) et six en 2019 (**12,5%**). Les autres contributions se répartissent entre les syndicats de salariés (qui envoient entre une et cinq contributions par an), les universitaires (entre une et sept contributions par an), les parlementaires (entre trois et cinq contributions par an), le Défenseur des droits qui a envoyé une contribution en 2018 et une en 2019[1546] et d'autres acteurs divers (corps de métier, association des départements de France, Direction générale du service juridique de la Commission européenne...[1547]).

693. Ces statistiques ne rendent cependant pas totalement compte de la pratique[1548]. Si les entreprises s'expriment souvent auprès du Conseil, typiquement par

---

Fédération française de football, la Fédération française des spiritueux, la Fédération française des sociétés d'assurance ou le Syndicat national de l'édition phonographique.

[1542] Il note concernant ce type d'intérêt : « *Il y a d'ailleurs, pourrait-on dire avec quelque malice, une corrélation plus étroite entre l'importance des intérêts économiques et financiers mis en cause et la multiplicité des documents parvenant au Conseil par cette voie dite étroite* » (O. SCHRAMECK, « Les aspects procéduraux des saisines », *op. cit.*, p. 87).

[1543] Voir par exemple la présence de contributions du MEDEF et de l'AFEP pour la décision n° 2017-750 DC du 23 mars 2017, *Loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*.

[1544] Par exemple, l'organisation professionnelle TECH IN France, qui se définit comme la voix des entreprises technologiques (« *The voice of tech companies* »). Voir CC, 2018-773 DC, 20 décembre 2018, *Loi relative à la lutte contre la manipulation de l'information* ; CC, 2019-794 DC, 20 décembre 2019, *Loi d'orientation des mobilités*.

[1545] Nous désignons par ce mot les associations de défense des droits de l'homme (Ligue des Droits de l'Homme, Amnesty International, Association de Défense des Libertés Constitutionnelles, Ligue Internationale Contre le Racisme et l'Antisémitisme), de l'environnement (Les Amis de la Terre, Greenpeace, France Nature Environnement, Notre Affaire à Tous), des droits des consommateurs (Foodwatch)... Ces acteurs se distinguent de ceux défendant des intérêts catégoriels, liés notamment à une profession.

[1546] Voir : CC, 2018-762 DC, 15 mars 2018, *Loi permettant une bonne application du régime d'asile européen* ; CC, 2019-780 DC, 4 avril 2019, *Loi visant à renforcer et garantir le maintien de l'ordre public lors des manifestations*.

[1547] Voir CC, 2017-749 DC, 31 juillet 2017, *Accord économique et commercial global entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses États membres, d'autre part*.

[1548] Le fait que le contenu des contributions n'ait été publié qu'à partir de mai 2019 peut fausser notre analyse. Par exemple, une contribution annoncée comme provenant d'un professeur de droit ou d'un cabinet d'avocat peut en réalité représenter un intérêt économique (voir par exemple la contribution

l'intermédiaire de cabinets d'avocats ou de professeurs de droit auréolés d'un certain prestige, les acteurs « citoyens » se réunissent souvent derrière une contribution commune, ce qui constitue une excellente stratégie[1549]. Ensuite, à côté des acteurs pouvant être labellisés « citoyens » comme les associations de défense de l'environnement, il existe une véritable diversité d'acteurs, avec une forte représentation des corps de métiers, que ce soit à travers les syndicats, fédérations, ordres... Il peut aussi arriver qu'un professeur de droit s'exprime en tant qu'expert d'une question spécifique[1550]. Enfin, l'envoi en 2019 d'une contribution « citoyenne » regroupant plus de 35 000 signatures[1551] est peut-être le signe de l'ouverture du mécanisme à un public plus large grâce à la médiation d'acteurs faisant usage d'outils de participation massive comme les pétitions en ligne. Dès lors si les intérêts économiques sont incontestablement bien représentés auprès du Conseil dans le cadre du contrôle *a priori*[1552], les autres acteurs peuvent aussi faire entendre leur voix.

694. Il est cependant probable que les juges ne lisent pas l'ensemble des contributions car ils n'en ont pas le temps[1553]. Il est alors possible que les juges privilégient la lecture de contributions rédigées par certains auteurs plus connus ou plus prestigieux[1554]. Le temps est une contrainte très lourde dans le cadre du contrôle *a priori*

---

simplement intitulée « CMS Bureau Francis Lefebvre » pour la décision n°2017-758 DC du 28 décembre 2017, *Loi de finances pour 2018*, sans doute commandée par un acteur économique).

[1549] Nous retrouvons ici la stratégie de l'*amicus wrangler* consistant à regrouper plusieurs acteurs autour d'une même argumentation afin de renforcer son poids. Voir par exemple les contributions pour les décisions n° 2017-750 DC du 23 mars 2017, *Loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre* ; CC, 2017-749 DC, 31 juillet 2017, *Accord économique et commercial global entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses États membres, d'autre part*. ; CC, 2018-770 DC, 6 septembre 2018, *Loi pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie* ; CC, 2019-778 DC, 21 mars 2019, *Loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice*.

[1550] Voir la contribution de T. Hochmann pour la décision n° 2020-801 DC du 18 juin 2020, *Loi visant à lutter contre les contenus haineux sur internet*.

[1551] Voir la liste des contributions pour la décision n° 2019-781 DC du 16 mars 2019*, Loi relative à la croissance et la transformation des entreprises*.

[1552] Il sera intéressant de noter qu'à l'inverse les acteurs représentants une cause (intérêt général ou conviction) sont nettement plus actifs dans le cadre de la QPC, voir §707.

[1553] Ce qu'a notamment pu noter D. Schnapper : « *Il est difficile d'organiser un débat contradictoire prolongé, ou même, parfois, d'étudier de manière suffisamment approfondie certains passages de la loi. Comment juger, par exemple, de l'ensemble des articles en un mois quand le Conseil est saisi sur la réécriture (la "recodification") du code du travail (DC 2007-561) ?* » (D. SCHNAPPER, Une sociologue au Conseil constitutionnel, *op. cit.*, p. 297). J.-L. Debré le reconnaît concernant les lois de finances : « *En fait, il s'agit pour nous d'examiner en quelques jours, ce qui est déjà absurde, un océan de dispositions dont le but évident est d'augmenter la pression fiscale. Il nous faut déceler celles qui portent atteinte aux droits et libertés sans nous substituer au législateur sur l'opportunité de ces mesures* » (J.-L. DEBRE, *Ce que je ne pouvais pas dire...*, *op. cit.*, p. 219).

[1554] M. Guillaume le reconnaît concernant les contributions rédigées par G. Carcassonne : « *D'une part, c'est sûrement l'acteur qui a déposé le plus d'interventions et la renommée de sa plume les parait d'une aura particulière* » (M. GUILLAUME, « Guy Carcassonne et le Conseil constitutionnel »*, op. cit.*). La

alors que l'impartialité du juge et la contradiction ont justement besoin de temps pour se réaliser[1555]. Serait-il envisageable d'allonger le délai du contrôle *a priori* ? Celui-ci est lié au temps politique, un temps bien plus court que celui de la « réflexivité », sur lequel il est difficile d'agir, bien que des ajustements restent possibles[1556]. Cette spécificité a pourtant des avantages puisque le contrôle se fait forcément à « petite » échelle. Le délai d'un mois limite le nombre de contributions envoyées[1557] et le caractère *a priori* du contrôle limite le nombre d'autorités susceptibles de saisir le juge. Si le Conseil subit la contrainte des délais, les spécificités du contrôle *a priori* le protègent aussi d'autres pressions. Toujours est-il que la place de ces contributions pourrait être revalorisée, ce qui serait facteur d'égalité des armes, tant au bénéfice des *amici curiae* que des parties.

2. La nécessité d'inclure les contributions extérieures dans la procédure

695. Actuellement les contributions extérieures n'entrent pas dans la procédure : le secrétariat général du Gouvernement et les saisissants n'y ont pas accès[1558]. Si leur liste et leur contenu sont désormais publiés sur le site du Conseil, ce n'est qu'*a*

---

doctrine américaine a émis l'hypothèse selon laquelle le prestige de l'*amicus curiae* est vital pour le succès d'une affaire. Voir P. M. COLLINS JR., « Friends of the Court... », *op. cit.*, p. 827.

[1555] J.-C. Colliard rêvait ainsi d'une modification substantielle de la procédure : « *il faudra cependant inventer une procédure plus contradictoire, sans doute publique, et il n'est pas sûr que cela puisse rester sans conséquences sur le contentieux a priori, la Cour de Strasbourg pourrait s'en mêler… Il lui faudra aussi sans doute penser à étaler sa décision dans le temps, une seconde séance pour une rédaction définitive, ce qui pourrait se faire aussi, quand le calendrier le permet, pour le contentieux traditionnel, nous avons tous fait l'expérience, quelques jours après, d'un remords rédactionnel qu'une seconde séance, sans que bien sûr le sens de la décision en soit changé, aurait permis d'éviter* » (J.-C. COLLIARD, « Neuf ans de bonheur », *op. cit.*).

[1556] À ce propos, L. Fabius formula un vœu dans son discours du 16 janvier 2020, souhaitant que le calendrier parlementaire prenne en compte le temps nécessaire à l'exercice du contrôle de constitutionnalité concernant les lois de finances : « *A propos du fonctionnement du Conseil, j'émettrai toutefois un vœu. La dernière loi de finances comportait 280 articles. Elle a fait l'objet de 3 saisines, dont la dernière nous est parvenue le 20 décembre. Nous avons fait en sorte de rendre notre décision avant le 31. Devoir examiner ainsi, en si peu de jours et autant de nuits, une matière aussi ample et complexe n'est, on en conviendra, pas satisfaisant. Aussi ai-je saisi Monsieur le Premier ministre et Messieurs les Présidents des deux Assemblées en leur demandant si le calendrier parlementaire effectif pourrait être dans l'avenir légèrement adapté afin d'améliorer cette situation* » (L. FABIUS, Discours des vœux du 16 janvier 2020, disponible sur le site du Conseil constitutionnel). Pour des développements complémentaires sur cette question, voir *infra* §734 et s.

[1557] Le maximum entre 2017 et 2019 est de 16 contributions pour les décisions n° 2017-749 DC du 31 juillet 2017, *Accord économique et commercial global entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses États membres, d'autre part* ; CC, 2017-758 DC, 28 décembre 2017, *Loi de finances pour 2018*. On passe ensuite à 12 contributions pour la décision n° 2019-781 DC du 16 mai 2019, *Loi relative à la croissance et la transformation des entreprises.*

[1558] D. DE BECHILLON, « Réflexions sur le statut des "portes étroites"... », *op. cit.* p. 32 : *« Pour autant qu'on sache, les "portes étroite" ne sont pas, sauf cas très exceptionnel, communiquées comme telles au Secrétariat général du Gouvernement. Elles n'apparaissent qu'indirectement et sur un mode dépersonnalisé dans le cadre de l'instruction, via le questionnaire et la réunion de travail* ».

posteriori. Cet état de fait est problématique au regard du rôle que peuvent jouer ces contributions.

696. M. Guillaume explique qu'elles sont secondaires par rapport aux arguments contenus dans la saisine : « *Le Conseil constitutionnel fonde son action sur les saisines qui lui sont adressées.* [...] *Les interventions ne trouvent véritablement une place que lorsqu'elles sont en cohérence avec ces saisines* »[1559]. Néanmoins, l'étude effectuée par A.-C. Bezzina sur les questions et moyens soulevés d'office par le Conseil nuance cette affirmation. Madame Bezzina montre leur importance en cas de saisine non motivée. Elle relève ainsi l'influence vraisemblable des observations déposées par L. Fabius, alors député, à propos d'une modification du règlement de l'Assemblée nationale en 1995[1560] ainsi que l'influence possible d'une contribution déposée par l'association GISTI pour la décision n° 92-307 DC[1561]. Elle évoque aussi les contributions envoyées par un nombre insuffisant de parlementaires pour saisir le Conseil[1562]. Le Conseil a ainsi examiné d'office un moyen tiré d'un mémoire présenté par un sénateur dans sa décision du 11 juillet 2001 comme en atteste le commentaire de la décision :

> *L'article 14 était contesté dans un mémoire présenté par un seul sénateur. Un tel mémoire est irrecevable car il n'est pas revêtu de la signature de cinquante-neuf autres au moins de ses collègues* [...]. *Mais rien n'interdisait au Conseil d'examiner d'office l'article contesté, qui soulevait des questions délicates et fortement débattues au Parlement*[1563].

Alors que l'influence de ces contributions a été prise en compte dans le cadre de la QPC, « *il devient paradoxal de continuer à lui contester une quelconque valeur dans le cadre du contrôle* a priori »[1564]. Qu'elles soient efficaces à l'appui de la saisine ou en dehors de celle-ci, leur place est au sein de la procédure. Cela permettrait d'assurer une meilleure égalité des armes entre les parties et les *amici curiae*, mais aussi entre les contributions extérieures elles-mêmes alors officiellement placées à égalité par la procédure et devant être considérées ainsi par les juges.

[1559] M. GUILLAUME, « Guy Carcassonne et le Conseil constitutionnel », *op. cit.*
[1560] CC, 95-366 DC, 8 novembre 1995, *Résolution modifiant le règlement de l'Assemblée nationale*. Voir A.-C. BEZZINA, *Les questions et les moyens soulevés d'office...*, *op. cit.*, p. 536 et P. JAN, *La saisine du Conseil constitutionnel*, LGDJ, 1999, p. 587-588 pour lire la porte étroite.
[1561] *Ibid.,* CC, 92-307 DC, 25 février 1992, *Loi portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 modifiée relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France*.
[1562] Voir A.-C. BEZZINA, *Les questions et les moyens soulevés d'office par le Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p 538-540.
[1563] CC, 2001-450 DC, 11 juillet 2001, *Loi portant diverses dispositions d'ordre social, éducatif et culturel*, commentaire, p. 4.
[1564] A.-C. BEZZINA, *Les questions et les moyens soulevés d'office...*, *op. cit.*, p. 543.

B. Une ouverture de la contradiction aux parties intervenantes dans le cadre de la QPC

697. M. Disant résume ainsi les enjeux de la participation des tiers au procès constitutionnel :

> *Dans le cadre de la QPC, les interventions présentent un enjeu juridique à la fois plus restreint et plus significatif. Plus restreint parce que le Conseil constitutionnel ne saurait se saisir d'office d'une autre disposition législative que celle pour laquelle il est saisi, ce qui rend inopérante toute intervention en ce sens. Plus significatif car il existe un réel intérêt pour les parties à d'autres instances en cours ou pour toute personne, association, syndicat ou fédération potentiellement intéressée de rechercher l'effet* erga omnes *des décisions du Conseil constitutionnel*[1565].

Le statut des intervenants n'était initialement pas prévu par les textes afin de laisser la pratique s'exprimer. Ce statut s'est donc dessiné progressivement : les interventions sont versées à la procédure à partir de la décision n° 2010-42 QPC[1566] puis les intervenants sont autorisés à présenter des observations orales à partir de la décision n° 2010-71 QPC[1567]. Le règlement intérieur a été complété en 2011[1568] et 2013[1569] afin d'institutionnaliser la pratique. Ainsi, depuis le 1er juillet 2011, une personne doit, pour intervenir, justifier d'un intérêt spécial[1570]. Elle adresse ses observations avant la date fixée pour les premières observations, cette date étant mentionnée sur le site internet du Conseil[1571]. Le Conseil informe la personne intéressée lorsque ses observations n'ont pas été admises[1572].

698. À partir du moment où l'intervention est acceptée par le Conseil, l'ensemble des pièces de la procédure lui sont transmises[1573]. L'intervention est transmise aux autres parties qui disposent d'un délai pour y répondre[1574], ce qui « *peut*

[1565] M. DISANT, *Droit de la question prioritaire de constitutionnalité*, Lamy, 2011, p. 276.
[1566] CC, 2010-42 QPC, 7 octobre 2010, *CGT-FO et autres [Représentativité des syndicats]*.
[1567] CC, 2010-71 QPC, 26 novembre 2010, *Mlle Danielle S. [Hospitalisation sans consentement]*.
[1568] CC, 2011-120 ORGA, 21 juin 2011, *Décision modifiant le règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité*.
[1569] CC, 2013-128 ORGA, 22 novembre 2013, *Décision modifiant le règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité*.
[1570] Règlement intérieur du 4 février 2010, art. 6. al. 2.
[1571] *Ibid.*
[1572] *Ibid.,* art. 6. al. 5.
[1573] *Ibid.*, art. 6 al. 2.
[1574] *Ibid.*

constituer, de fait, des "troisièmes observations" »[1575]. Les observations des parties intervenantes peuvent contenir des griefs nouveaux[1576], leur transmission aux parties tenant lieu de communication au sens de l'article 7 du règlement, c'est-à-dire en tant que ces griefs sont susceptibles d'être relevés d'office[1577]. Si les observations en intervention proviennent d'une personne ayant posé une QPC mettant en cause la même disposition législative, mais dont la question n'a pas été renvoyée car cette disposition avait déjà été transmise, le délai imparti aux premières observations ne lui est pas opposable[1578]. Les intervenants peuvent présenter, comme les autres parties, des observations orales lors de l'audience publique[1579].

699. Le statut accordé aux tiers est ainsi très valorisé dans le cadre de la QPC : non seulement les tiers peuvent produire des observations tant écrites qu'orales, mais ils ont aussi accès à l'ensemble des pièces de la procédure, ont la possibilité de répondre aux questions des juges lors de l'audience et peuvent produire une note en délibéré. Les intervenants « entrent » véritablement dans le procès.

700. En pratique, le rapporteur sélectionne lui-même les interventions qu'il estime admissibles et les présente aux autres juges qui décident collégialement de leur admission[1580]. Le Conseil mentionne à partir de la décision n° 2012-298 QPC son refus d'admettre une intervention[1581]. Le Conseil a publié en 2014 une étude[1582] comptabilisant un total de 389 demandes dans 101 dossiers, soit 24% des dossiers enregistrés. Sur ces 389 demandes, 59 ont été jugées irrecevables soit 18% des demandes, permettant à cette étude de conclure que les demandes sont largement admises.

701. La décision mentionne le refus d'admettre une intervention, qui est accompagné d'une motivation plus ou moins développée, se limitant parfois à constater

---

[1575] *Ibid.* M. DISANT, *Droit de la question prioritaire de constitutionnalité*, *op. cit.*, p. 278.
[1576] Règlement intérieur du 4 février 2010, art. 6. al. 4.
[1577] *Ibid.*
[1578] *Ibid.,* art. 6. al. 3.
[1579] *Ibid.,* art. 10 al. 2.
[1580] M. DISANT, *Droit de la question prioritaire de constitutionnalité*, *op. cit.*, p. 278.
[1581] CC, 2012-298 QPC, 28 mars 2013, *SARL Majestic Champagne [Taxe additionnelle à la contribution sur la valeur ajoutée des entreprises - Modalités de recouvrement]*. Avant cela, il faut se référer au commentaire, voir la p. 1 du commentaire de la décision n° 2011-192 QPC du 10 novembre 2011, *Mme Ekaterina B., épouse D., et autres [Secret défense]* : « *L'Union syndicale des magistrats avait demandé à intervenir dans cette QPC. Estimant qu'elle ne justifiait pas d'un « intérêt spécial » au sens du deuxième alinéa de l'article 6 du règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité, le Conseil n'a pas accédé à cette demande* ».
[1582] « Les interventions en QPC de 2010 au 31 août 2014 », disponible sur le site internet du Conseil constitutionnel.

l'absence d'intérêt spécial du candidat[1583]. La jurisprudence du Conseil s'est cependant étoffée au cours du temps et plusieurs motifs de refus apparaissent aujourd'hui avec netteté : le défaut d'intérêt spécial, le fait que la demande ne vise pas les dispositions examinées par le Conseil, le dépassement du délai pour intervenir et l'absence d'observations sur le bien-fondé de la question.

702. Concernant le défaut d'intérêt spécial, le Conseil a pu refuser l'intervention de l'Union confédérale des ingénieurs et cadres CFDT dans la décision n° 2019-809 QPC « *au regard de son objet social* »[1584]. Il a aussi pu estimer que l'intervenant contestait la constitutionnalité d'un régime d'exclusion fiscal qui ne résultait pas des dispositions contestées[1585]. Il a aussi considéré que la « *qualité d'auteurs ou de rapporteurs de la proposition de loi ne confère pas un intérêt spécial à intervenir* »[1586]. De même, il ne suffit pas d'avoir été partie à une instance pour justifier d'un intérêt spécial[1587]. Il ne suffit pas non plus d'être appelé, en qualité de maire, à appliquer les dispositions en cause pour justifier d'un tel intérêt[1588].

703. Ce critère laisse une large marge d'appréciation aux juges comme en témoigne la décision n° 2013-346 QPC pour laquelle les juges ont rejeté plusieurs demandes d'intervention, au motif probable que certaines associations étaient moins « représentatives » que d'autres : si les demandes du *Mouvement national de lutte pour l'environnement* et de l'association *Bien vivre dans le Gers* ont été rejetées, celles des associations *Greenpeace* et *France nature environnement* ont été acceptées. Comme le note madame Lecis Coccu Ortu, certaines associations étaient locales, d'autres nationales mais de renommée limitée, ce qui a pu conduire le Conseil, face à de

[1583] Voir par exemple la décision n° 2014-453/454 QPC du 18 mars 2015, *M. John L. et autres [Cumul des poursuites pour délit d'initié et des poursuites pour manquement d'initié]*, §2 : « *que l'Agence française de lutte contre le dopage ne justifie pas d'un intérêt spécial à intervenir dans la procédure des présentes questions prioritaires de constitutionnalité* ».
[1584] CC, 2019-809 QPC, 11 octobre 2019, *Union nationale des étudiants en droit, gestion, AES, sciences économiques, politiques et sociales et autres [Droits d'inscription pour l'accès aux établissements publics d'enseignement supérieur]*.
[1585] CC, 2018-752 QPC, 7 décembre 2018, *Fondation Ildys [Exonération de taxe d'habitation en faveur de certains établissements publics]*, §6.
[1586] CC, 2017-632 QPC, 2 juin 2017, *Union nationale des associations de familles de traumatisés crâniens et de cérébro-lésés [Procédure collégiale préalable à la décision de limitation ou d'arrêt des traitements d'une personne hors d'état d'exprimer sa volonté]*.
[1587] CC, 2016-566 QPC, 16 septembre 2016, *Mme Marie-Lou B. et autre [Communication des réquisitions du ministère public devant la chambre de l'instruction]*, §6 : « *le seul fait d'être ou d'avoir été partie à une instance devant une chambre de l'instruction ne saurait constituer, en l'espèce, un intérêt spécial* ».
[1588] CC, 2013-353 QPC, 18 octobre 2013, *M. Franck M. et autres [Célébration du mariage - Absence de « clause de conscience » de l'officier de l'état civil]*.

nombreuses demandes, à effectuer une sélection. Elle pointe alors le risque d'arbitraire lié au manque de transparence des critères utilisés[1589].

704. Cette décision sélective est néanmoins restée isolée à notre connaissance. Le Conseil semble plutôt faire le choix d'une large ouverture, en particulier pour les questions de société. Par exemple, dans la décision n° 2018-761 QPC qui concernait la pénalisation de clients de personnes se livrant à la prostitution[1590], le Conseil a accepté l'ensemble des nombreuses demandes en intervention, dont certaines émanaient de personnes privées et d'autres d'associations très diverses (association *SOS homophobie*, association *Agir Conseiller Travailler Unifier Protéger Sud-Ouest*, *association européenne contre les violences faites aux femmes au travail*, association *Sidaction*...). Dans cette hypothèse, le Conseil s'est véritablement constitué en lieu de démocratie. Le débat s'en est trouvé très largement enrichi, comme en témoigne l'audience de cette décision. Comme le note E. Cartier, cette décision

> *confirme la fonction de forum de la QPC compte tenu du nombre d'acteurs sociaux parties requérantes ou tiers admis à intervenir devant le Conseil constitutionnel, confirmant la dimension démocratique de cette procédure qui permet de rediscuter, « en droit », les options déterminées par les représentants de la nation*[1591].

Cette logique d'ouverture à la société n'était pas forcément évidente :

> *Tandis que de nombreuses juridictions constitutionnelles étrangères, et notamment la Cour constitutionnelle italienne, n'admettent que les interventions des tiers au nom de la garantie des droits de la défense, le Conseil constitutionnel a donc ouvert ses portes à plusieurs catégories d'intervenants, même en dehors de cette hypothèse*[1592].

[1589] Voir A.-M. LECIS COCCU-ORTU, « QPC et intervention des tiers...», *op. cit.*, p. 883.

[1590] CC, 2018-761 QPC, 1er février 2019, *Association Médecins du monde et autres [Pénalisation des clients de personnes se livrant à la prostitution]*.

[1591] E. CARTIER, J.-P. DEROZIER, « Chronique de droits fondamentaux et libertés publiques », *Titre VII* [en ligne], n° 3, octobre 2019. Il ajoute : « *Beaucoup des acteurs en présence sont en effet les mêmes que ceux sollicités durant les travaux préparatoires et un grand nombre d'arguments avancés devant le Conseil furent aussi déclinés devant les deux chambres, tant par ces acteurs auditionnés que par les parlementaires. L'option abolitionniste « prohibitionniste » choisie par le législateur dans la loi du 13 avril 2016, retranscrite au premier alinéa de l'article 225-12-1 et à l'article 611-1 du Code pénal, fit l'objet de divisions profondes au sein de chaque groupe politique et fut à l'origine de l'opposition du Sénat qui conduisit à donner le dernier mot à l'Assemblée nationale, suite à un long parcours commencé en décembre 2013. Cette ouverture de la QPC à la société civile tient en grande partie au caractère objectif de la procédure et aux conditions libérales posées à l'intervention des tiers* ».

[1592] A.-M. LECIS COCCU-ORTU, « QPC et intervention des tiers... », *op. cit.,* p. 864. Elle précise que « *L'admission des tiers dans de telles circonstances répond à l'exigence de garantir les droits de la défense en assurant qu'une personne puisse toujours prendre partie à un procès qui peut porter une atteinte directe à sa sphère juridique* » (p. 875).

Un risque doit cependant être souligné : cette conception peut aboutir à un système difficilement gérable et à des inégalités de fait, puisque les neuf juges n'ont pas le temps de lire l'ensemble des contributions lorsqu'elles sont trop nombreuses. Une acceptation de principe de l'ensemble des interventions peut « banaliser »[1593] celles-ci aux yeux des juges et ne plus servir alors qu'à légitimer la justice constitutionnelle aux yeux du public. Néanmoins, comme la doctrine américaine l'a démontré, le bon fonctionnement du mécanisme repose autant sur les intervenants que sur les juges[1594]. Dans le cadre de la QPC comme dans le cadre du contrôle *a priori* les tiers adoptent ainsi des stratégies leur permettant de se faire entendre, notamment en se regroupant derrière une intervention commune[1595], ce qui permet d'éviter ou du moins de limiter la cacophonie.

705. À côté du défaut d'intérêt spécial, le Conseil rejette les demandes qui ne portent pas les dispositions examinées par le Conseil[1596], sachant que « *la recevabilité d'une intervention doit s'apprécier au regard de l'objet de la QPC tel qu'il l'a délimitée et non tel qu'il résulte de la décision de renvoi* »[1597]. Par ailleurs, le Conseil rejette les demandes « blanches », dénuées d'argumentaire, comme ce fut le cas dans la décision n° 2013-322 QPC. Dans cette décision, si les demandes en intervention justifiaient d'un intérêt spécial, elles précisaient qu'elles n'entendaient pas produire d'observations « *à ce stade* »[1598] mais se réservaient le droit d'en produire « *au vu des mémoires déposés par les parties au litige* »[1599]. M. Guillaume explique cette restriction par le souci de l'égalité des armes : « *Si le Conseil avait admis que les parties intervenantes ne produisent leurs argumentations qu'au stade des secondes*

[1593] Voir les remarques de S. MENETREY, *L'*amicus curiae*, vers un principe commun de droit procédural ?*, *op. cit.*, p. 122 et s.
[1594] Voir à nouveau l'étude d'A. ORR LARSEN, N. DEVINS, « The Amicus Machine », *op. cit.*
[1595] Voir par exemple les observations en intervention déposées par la Cimade et 11 autres parties intervenantes dans la décision n° 2018-717/718 QPC du 6 juillet 2018, *M. Cédric H. et autre [Délit d'aide à l'entrée, à la circulation ou au séjour irréguliers d'un étranger]* ; les observations orales présentées par Me Gardères pour 24 parties intervenantes pour la décision n° 2018-761 QPC du 1er février 2019, *Association Médecins du monde et autres [Pénalisation des clients de personnes se livrant à la prostitution]*.
[1596] Voir : CC, 2016-566 QPC, 16 septembre 2016, *Mme Marie-Lou B. et autre [Communication des réquisitions du ministère public devant la chambre de l'instruction]* ; CC, 2020-851/852 QPC, 3 juillet 2020, *M. Sofiane A. et autre [Habilitation à prolonger la durée des détentions provisoires dans un contexte d'urgence sanitaire]*.
[1597] CC, 2016-555 QPC, 22 juillet 2016, *M. Karim B. [Subordination de la mise en mouvement de l'action publique en matière d'infractions fiscales à une plainte de l'administration]*. Le commentaire ajoute en p. 8 : « *s'il est loisible à un intervenant de développer des moyens différents du requérant, il ne peut étendre le champ de la question à d'autres dispositions que celles contestées* ».
[1598] CC, 2013-322 QPC, 14 juin 2013, *M. Philippe W. [Statut des maîtres des établissements d'enseignement privés]*, §3.
[1599] *Ibid.*

observations, les parties au litige se seraient trouvées privées de la possibilité d'y répliquer au stade de l'instruction écrite »[1600]. De même, le Conseil rejette les interventions demandant uniquement que « *prospèrent* »[1601] les prétentions d'une partie. Enfin, l'intervention ne saurait être acceptée au-delà des délais impartis[1602].

706. Cette jurisprudence montre que le Conseil entend conserver la maîtrise de la procédure, tout en ouvrant largement ses portes aux tiers. Contrairement aux contributions extérieures dans le cadre du contrôle *a priori*, qui peuvent être envoyées par toute personne à tout moment mais ne sont pas versées à la procédure, l'intervention est un statut privilégié dans le cadre de la QPC, qui ne peut être accordé qu'à certaines conditions.

707. La doctrine identifie ensuite deux grands types d'interventions admises : les interventions de personnes dont les intérêts sont directement affectés par la question et les interventions du type *amicus curiae* qui seraient très majoritaires[1603]. M. Guillaume distingue quant à lui trois types d'intervenants : l'intervenant qui a posé une question identique devant le juge *a quo*, l'intervenant à qui la disposition contestée s'applique directement[1604] et l'intervenant doté d'un intérêt spécifique, souvent au niveau national, au maintien ou à l'abrogation de la décision[1605]. En 2014, le Conseil publia une étude montrant que les intervenants représentent des intérêts très divers : « *Sur* [...] *296 intervenants, 134 sont des particuliers, 47 des sociétés, 43 des associations, 36 des collectivités territoriales, 11 des syndicats et 25 autres intervenants de diverse nature (EPCI, fédération, ordre professionnel...)* »[1606]. Ce constat n'est pas surprenant au regard des observations que nous avons effectuées à propos du contrôle *a priori* : une variété d'acteurs a aujourd'hui connaissance des voies d'accès au Conseil et certains représentants d'intérêts sont devenus des « habitués » du contentieux de la constitutionnalité des lois, comme l'association *France nature environnement* ou le

---

[1600] M. GUILLAUME, « Question prioritaire de constitutionnalité », *Répertoire de contentieux administratif,* avril 2019, 348.
[1601] CC, 2018-705 QPC, 18 mai 2018, *Mme Arlette R. et autres [Possibilité de clôturer l'instruction en dépit d'un appel pendant devant la chambre de l'instruction]*, §5.
[1602] *Ibid.*
[1603] A.-M. LECIS COCCU-ORTU, « QPC et intervention des tiers... », *op. cit.*, p. 877.
[1604] M. GUILLAUME, « Question prioritaire de constitutionnalité », *Répertoire de contentieux administratif,* avril 2019, 334.
[1605] *Ibid.*, 334 et suiv. Il évoque enfin l'intervenant qui est partie à l'instance à l'occasion de laquelle la QPC a été posée mais qui n'a pas lui-même posé la question, ce qui constitue un cas spécifique.
[1606] « Les interventions en QPC de 2010 au 31 août 2014 », disponible sur le site internet du Conseil constitutionnel.

Conseil national des barreaux[1607]. Les recherches réalisées à l'occasion des dix ans de la QPC montrent quant à elles l'existence d'une forte représentation des personnes morales au sein des intervenants : environ 63% des interventions[1608]. Il apparaît aussi que les représentants d'intérêt privilégient ce mode d'action, par rapport à d'autres formes de mobilisation dans le cadre de la QPC[1609]. Enfin 28% des mémoires en intervention sont déposés par une association défendant une « cause », 15,6% par une collectivité territoriale, 4,6% par une profession juridique, 4% par un groupe d'intérêts économiques, 2,2% par un établissement public et 2,1% par un syndicat[1610]. Ceci montre donc que, dans le cadre de la QPC, l'arme juridique qu'est l'intervention est « *privilégiée par les groupes de cause* »[1611]. De façon générale, alors que « *Le rôle des associations dans la défense des libertés par la voie contentieuse est depuis longtemps reconnu et consacré* », elles sont devenues « *des acteurs majeurs de la QPC lorsqu'elles défendent des droits et libertés constitutionnels* »[1612].

708. Au regard de ces éléments, il apparaît que l'intervention est un mécanisme concourant efficacement à la contradiction et à la réflexion des juges dans le cadre de la QPC. La contradiction, à la fois étendue et équilibrée, permet aux juges d'accéder à un « *troisième aperçu* »[1613] par le « *contact avec le penser des autres* »[1614].

709. Nous avons souligné les risques qui accompagnent la contribution des tiers au procès constitutionnel. Les *amici curiae* font partie d'une galaxie d'acteurs fournissant aux juges les informations dont ils ont besoin pour juger. Si ce système est

---

[1607] *Ibid.*

[1608] Voir M. CHRISTELLE, B.-L. COMBRADE, C.-É. SENAC (resp. sc.), « La QPC et les représentants d'intérêts : techniques d'influence et influences sur la technique », *Titre VII* [en ligne], hors-série, octobre 2020, note n° 7.

[1609] M. MILLET (resp. sc.), « Groupes d'intérêt et contrôle de constitutionnalité en France depuis 2010. Conditions de "mobilisations constitutionnelles" et usages du recours à la QPC », *Titre VII* [en ligne], hors-série, octobre 2020.

[1610] Voir *ibid.*

[1611] *Ibid.* Ces groupes sont définis par l'étude comme ceux « *qui privilégient* [...] *la promotion d'une conviction ou d'un intérêt général, telles les associations de défense de l'environnement ou des droits humains* ».

[1612] E. CARTIER (resp. sc.), « Les justiciables de la QPC. Identification et mobilisation d'un outil processuel sui generis », *op. cit*. Les auteurs notent que les entreprises ont, elles aussi, un « *potentiel de mobilisation important au titre de tierces intervenantes, et majoritairement au bénéfice de leurs pairs, c'est-à-dire au soutien d'autres entreprises. À l'occasion de seulement quelques décisions QPC, plusieurs centaines d'entreprises ont ainsi pu agir à ce titre* ».

[1613] Voir H. ARENDT, *Juger : sur la philosophie politique de Kant*, *op. cit.*, p. 71-72, not. : « *Penser de manière critique ne s'applique pas seulement aux doctrines et aux concepts que l'on reçoit des autres, aux préjugés et aux traditions dont on hérite ; c'est précisément en appliquant les normes critiques à sa propre pensée que l'on apprend l'art de la pensée critique. Et on ne peut l'acquérir sans la publicité, sans l'épreuve qui résulte du contact avec le penser des autres* [...] ».

[1614] *Ibid.*

nécessaire du fait du nombre d'affaires devant être traitées, de leur complexité et de la contrainte des délais, il peut entraîner des déséquilibres nuisibles à l'impartialité des juges, en particulier lorsqu'un cercle restreint d'acteurs maîtrise les informations portées à la connaissance de la cour.

710. Or le tableau est loin d'être négatif pour le Conseil constitutionnel : l'analyse des contributions extérieures montre que les tiers sont largement admis à faire valoir leurs arguments auprès des juges constitutionnels. S'il existe certains déséquilibres dans le cadre du contrôle *a* priori, l'examen des garanties procédurales relatives au contentieux *a posteriori* met en lumière ces insuffisances et permet d'envisager des solutions pour résorber les déséquilibres constatés.

Conclusion du chapitre I

711. Étudier la contradiction dans le cadre du contrôle *a priori* et dans le cadre de la QPC nous a permis de faire ressortir le contraste existant entre les deux mécanismes procéduraux. Une **mise à niveau** du contrôle *a priori* s'impose malgré les qualités reconnues à ce procès. Par ailleurs, si la contradiction est arrivée à maturité dans le cadre de la QPC, notre regard doit aussi être tourné vers l'avenir. L'ouverture du Conseil à la société reste perfectible, comme le montrent les recherches réalisées à l'occasion des dix ans de la QPC. Ces recherchent suggèrent notamment de *« valoriser la dimension subjective de la QPC* », afin que la QPC ne soit pas uniquement un instrument au service de l'évolution du droit, mais aussi un outil de protection directement efficace pour les plus fragiles[1615]. Ensuite, la place aujourd'hui accordée aux justiciables et aux tiers dans le procès constitutionnel pourra-t-elle perdurer ? Si le Conseil constitutionnel élargit ses compétences en incluant par exemple le contrôle de conventionnalité, l'équilibre entre célérité et contradiction pourrait être mis en danger[1616].

712. D'autres cours comme la cour constitutionnelle italienne[1617] ont fermé leurs portes aux intervenants après une phase d'ouverture et que dire du système américain ? Il semble que plus la place du juge constitutionnel au sein de la société est importante, plus les risques de déséquilibre se multiplient. L'engorgement est une problématique qui amène les juges à céder leur pouvoir aux techniciens, à choisir leurs affaires et à fermer leurs portes à la société. *In fine*, c'est la légitimité de ces cours en tant que

[1615] Voir A. ROBLOT-TROIZIER, M.-C. ARRETO (resp. sc.), « Vers l'émergence d'un droit processuel constitutionnel ? », *op. cit.* : « *la recherche a mis en évidence, d'une part, que, dans une certaine mesure, la QPC ne parvient pas à assurer la protection des droits des personnes les plus fragiles et, d'autre part, que, par le biais d'une forme de détournement de la procédure par les justiciables et leur conseil, la QPC ne vise pas tant à préserver les droits d'une personne dans une situation subjective particulière, mais à obtenir une évolution du droit plus protectrice des droits fondamentaux. La dimension objective de la QPC semble ainsi exacerbée par rapport à sa dimension subjective dans certains domaines* ».

[1616] Nous avons évoqué ce point lors de notre entretien du 29 janvier 2020 avec J.-L. Debré qui estime qu'une telle ouverture ne serait pas problématique à partir du moment où les textes de référence se limiteraient aux droits et libertés. Il évoqua par ailleurs lors de cet entretien la possibilité d'ouvrir la saisine au Défenseur des droits, ce qui effectivement n'aurait pas un impact fort sur le nombre de décisions rendues.

[1617] Voir A.-M. LECIS COCCU-ORTU, « QPC et intervention des tiers... », *op. cit.,* p. 873 : « *après une phase d'ouverture au cours des années quatre-vingt-dix, la Cour constitutionnelle italienne a de nouveau adopté une approche restrictive vis-à-vis des interventions* ».

rouages de la démocratie et de l'État de droit qui est en jeu, questions auxquelles la problématique de l'impartialité des juges constitutionnels est étroitement liée[1618].

713. Alors que nous avons constaté les avancées de la contradiction favorables à l'impartialité des juges dans le cadre de la QPC et remarqué les avancées possibles de celle-ci dans le cadre du contrôle *a priori*, trois autres qualités du procès ont une incidence positive sur l'impartialité des juges constitutionnels français : la collégialité, le secret et la publicité.

[1618] Les reproches de partialité, d'arbitraire et la critique du gouvernement des juges accompagnent les questionnements sur la place du juge constitutionnel dans la démocratie.

Chapitre II. Les évolutions de la collégialité, du secret et de la publicité

714. La contradiction est le moteur du procès constitutionnel et possède plusieurs visages. Elle existe entre les parties et se trouve renforcée par les tiers, mais se joue aussi entre les juges grâce à la collégialité et au secret, et entre les juges et la société grâce à la publicité. La discussion est, nous l'avons souligné, au cœur d'une certaine idée de la démocratie, telle que défendue notamment par J. Habermas. Le principe du contradictoire peut ainsi être vu, pour le juge constitutionnel, comme un principe concourant à la mise en œuvre d'une discussion élargie entre plusieurs types d'acteurs : les juges constitutionnels, les parties, les tiers, la société dans son ensemble.

715. Les discussions entre ces différents acteurs s'entrecroisent dans le cadre du procès constitutionnel, au bénéfice potentiel de l'impartialité des juges dont la réflexion est alimentée. Ces discussions doivent cependant être menées d'une certaine manière pour atteindre cet objectif. Il ne suffit pas, en effet, que la collégialité existe, pour que soit renforcée l'impartialité du Conseil constitutionnel. Il nous faut donc nous interroger sur la manière dont se déroule la discussion collégiale au sein du Conseil.

716. Ainsi, bien que les principes du procès que sont la collégialité, le secret et la publicité soient mis en œuvre dans le cadre du procès constitutionnel, les mécanismes permettant d'assurer leur fonctionnement restent perfectibles, au bénéfice de l'impartialité des juges. Il existe d'abord au Conseil constitutionnel un authentique esprit collégial, permettant un réel dialogue entre les juges, propice à leur impartialité. Force est cependant de constater que l'organisation collégiale du Conseil présente certaines failles (Section I). Ensuite, si le secret donne au collège la possibilité de s'exprimer librement, une publicité accrue permet aujourd'hui un dialogue renforcé entre les juges et la société. Il ne faut toutefois pas surestimer les vertus de la publicité pour l'impartialité des juges (Section II).

Section I. Des failles dans la collégialité

717. La collégialité s'entend selon J. Delvallée, comme un « *principe d'organisation en vertu duquel plusieurs personnes collaborent à égalité, par voie de concertation en délibération, à la réalisation d'un projet commun ou d'une fonction*

commune »[1619]. La collégialité permet, par la confrontation des points de vue, d'alimenter la réflexion des juges et d'entretenir le doute dans leur esprit. Ainsi la collégialité est une forme de contradiction bénéfique à l'impartialité des juges. E. Jouannet l'explique à propos des juridictions internationales où « *Tout juge international arrive sur la scène internationale avec sa propre culture, son système de pensée et son modèle du procès* »[1620]. La collégialité y « *conduit à assimiler en partie les valeurs de l'autre et à modérer ses propres préjugés et partis pris* »[1621]. C'est aussi ce que remarque H. Edwards, *circuit judge* américain ayant travaillé sur la collégialité tout au long de sa carrière. Il estime que la collégialité « mitigates judges' ideological preferences and enables us to find common ground and reach better decisions »[1622]. Cet auteur avance que le débat n'est pas de savoir si les juges ont des préférences idéologiques, mais si ces préférences conduisent les juges à préjuger, rejoignant notre définition de l'impartialité :

> What is at issue in the ongoing collegiality-ideology debate is not whether judges have well-defined political beliefs or other strongly held views about particular legal subjects ; surely they do, and this, in and of itself, is not a bad thing. Instead, the real issue is the degree to which those views ordain the outcomes of the cases that come before the appellate courts. Collegiality helps ensure that results are not preordained[1623].

La collégialité agit ensuite comme un « filet de sauvetage » pour surmonter une minorité partiale et peut même être regardée comme le moyen d'assurer un équilibre des partialités dans le cadre de certaines juridictions[1624]. Au Conseil, la collégialité se réalise autant au stade de l'instruction (§I) que du délibéré (§II) et peut être renforcée à ces deux stades au bénéfice de l'impartialité des juges.

[1619] J. DELVALLEE, *La collégialité en droit des sociétés*, Dalloz, 2019, p. 693.
[1620] E. JOUANNET, « Actualité des questions d'indépendance et d'impartialité des juridictions internationales... », *op. cit.*, p. 301.
[1621] *Ibid.*
[1622] H. T. EDWARDS, « The Effects of Collegiality on Judicial Decision Making », *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 151, n° 5, mai 2003, p. 1641 (traduction libre : la collégialité « *mitige les préférences idéologiques des juges et nous permet de trouver un terrain d'entente et de prendre de meilleures décisions* »).
[1623] *Ibid.,* p. 1645 (traduction libre : « *Ce qui est en jeu dans le débat en cours sur les liens entre collégialité et idéologie n'est pas la question de savoir si les juges ont des croyances politiques bien définies ou des avis marqués sur certains sujets de droit ; assurément, ils en ont, et cela, en tant que tel, n'est pas une mauvaise chose. À la place, le vrai problème est de savoir à quel degré ces avis ont une incidence sur l'issue des affaires portées à la connaissance des cours d'appel. La collégialité contribue à ce que les résultats ne soient pas prédéterminés* »).
[1624] Voir E. JOUANNET, « Actualité des questions d'indépendance et d'impartialité des juridictions internationales... », *op. cit.*, p. 300 ; P. LEJARD, « Pourquoi les juge prud'homaux doivent rester des juges de "parti-pris" », *Petites affiches*, n° 15, 21 janvier 2015, p. 6-8.

§I. Les renforcements possibles au stade de l'instruction

718. A. Lancelot évoque la « *sagesse éminemment dialectique* »[1625] du Conseil. Néanmoins, lors de l'instruction, la collégialité se joue essentiellement entre le rapporteur, le secrétaire général et le service juridique, bien que la pratique du « pré-délibéré » permette aux autres juges de participer au dialogue (A). Plusieurs pistes de réflexion peuvent être explorées pour approfondir la collégialité entre les juges à ce stade (B).

A. Une collégialité se jouant essentiellement entre le rapporteur et le secrétariat général

719. En principe, la collégialité s'entend entre les magistrats seuls, comme en témoigne la définition proposée par le dictionnaire Cornu : « *système d'organisation judiciaire selon lequel les décisions de justice sont en principe prises après délibération en commun par plusieurs magistrats, par opposition au système du juge unique* »[1626]. Pour autant, la place accordée aux collaborateurs des juges constitutionnels ne saurait être niée. Nous l'avons souligné, au Conseil le secrétaire général et le service juridique participent activement à l'élaboration de la décision[1627].

720. Les anciens secrétaires généraux et les juges eux-mêmes expliquent comment cette collégialité *sui generis* fonctionne. A. Lancelot expose ainsi que la collégialité existe

> *dès la phase préparatoire, dans le débat contradictoire du rapporteur avec des interlocuteurs de qualité exceptionnelle (secrétaire général du Conseil, membres du (petit) service juridique, représentants du secrétariat général du Gouvernement, etc.)*[1628]

[1625] A. LANCELOT, « Éloge de la sagesse », 27 mai 2001, disponible en ligne : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-membres/eloge-de-la-sagesse>.
[1626] « Collégialité », G. CORNU (dir.), ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*
[1627] Voir *supra* §604 et s.
[1628] A. LANCELOT, « Éloge de la sagesse », *op. cit.*

et se trouve « *enrichie en plénière par le débat très animé entre les membres autour du rapport présenté par l'un d'entre eux* »[1629]. B. Genevois et O. Schrameck identifient dans le couple rapporteur – secrétariat général une forme de « sous-section d'instruction »[1630].

721. Certes, le rôle du rapporteur est pivot dans l'organisation du dialogue : « *C'est à lui de construire dialectiquement la ou les controverses qui commandent l'examen de la constitutionnalité de la loi* »[1631]. Toutefois, si le rapporteur fixe les grandes orientations à suivre et révise le travail effectué par le secrétariat général, rappelons que le juge rapporteur choisit en principe une solution parmi celles proposées par les collaborateurs du Conseil[1632], tandis que la rédaction de l'avant-projet de décision revient aussi à ces derniers.

722. J.-É. Schoettl ne manque alors pas de souligner la collégialité de ce travail de rédaction effectué par les collaborateurs : « *L'élaboration de l'avant-projet se fait par approximations successives : chaque partie est soumise par son rédacteur aux autres membres du service juridique et au secrétaire général, retravaillée à la suite de leurs observations, soumise à nouveau à la collégialité, etc.* »[1633]. Le caractère collégial de ce travail ressort aussi de la consultation d'une fiche de poste publiée sur le site internet du Conseil. La fiche explique ainsi que le chargé de mission doit, pour chacune des QPC dont il a la charge : *« instruire le dossier QPC afin de le présenter oralement aux autres membres du service juridique lors des réunions organisées en vue de déterminer les orientations à proposer dans la note d'analyse juridique du Secrétariat*

[1629] *Ibid.*

[1630] B. GENEVOIS, « Table ronde : témoignage d'anciens du Conseil constitutionnel », *in Le Conseil constitutionnel a 40 ans...*, *op. cit.*, p. 52. Il poursuit : « *Bien entendu, chaque membre du Conseil a ses habitudes de travail et le Secrétaire général adapte sa pratique aux souhaits des membres. Certains peuvent préférer discuter d'un dossier ou d'une question en tête à tête avec le Secrétaire général. D'autres ont au contraire marqué une préférence pour des réunions avec le Secrétaire général et l'ensemble de ses collaborateurs. Et c'est dans ce cadre que le rapporteur soit affermit une conviction qu'il avait initialement, soit se forge une opinion dans le cadre d'un débat largement ouvert. Parallèlement, le Secrétaire général rend compte au Président de l'état d'avancement du dossier et il peut se produire que le rapporteur s'entretienne lui-même directement du dossier avec le Président avant la séance. Tout cela est propice à une maturation progressive de la réflexion avant la séance de jugement* ». O. SCHRAMECK, « Les aspects procéduraux des saisines », *op. cit.*, p. 84 : « *on peut observer aussi que le rapporteur réunit autour de lui souvent dès cette phase préalable les collaborateurs juridiques du secrétariat général pour des séances de réflexion et de travail collectifs qui ne sont pas sans analogie avec celles des sous-sections d'instruction du Conseil d'État* ».

[1631] G. VEDEL, « Réflexions sur les singularités de la procédure...», *op. cit.*, p. 550.

[1632] Voir nos développements *supra* §609.

[1633] J.-É. SCHOETTL, « Ma cinquantaine rue de Montpensier », *op. cit.*

général destinée aux membres »[1634] et liste dans les compétences requises le « *sens de la collégialité* »[1635].

723. Nous avons soulevé les risques pour l'impartialité du Conseil d'une telle configuration qui brouille largement les frontières entre travail technique et prise de décision. Ce brouillage des frontières perce dans les propos tenus par J.-É. Schoettl :

> *Le secrétariat général est principalement au service du rapporteur. Il bénéficie toutefois d'une certaine indépendance tant que le rapporteur n'a pas arrêté sa position, c'est-à-dire qu'il peut essayer de le convaincre que telle ou telle solution n'est pas la plus conforme à l'état de la jurisprudence, à l'opinion majoritaire de la doctrine ou aux solutions apportées par les autres Cours*[1636].

Il souligne encore ce risque lorsqu'il explique que le secrétariat général doit apporter son aide technique à tout juge qui le souhaite, notamment lorsqu'un juge souhaite apporter un amendement contraire au projet du rapporteur :

> *Il s'agit certes d'un exercice difficile, mais qui rappelle au secrétariat général qu'il est au service d'un collège : son rôle est d'apporter une aide à la décision, non de participer à la prise de décision. Seul décide* in fine *le collège des membres du Conseil constitutionnel, même s'il trouve dans ses collaborateurs un concours indispensable*[1637].

Ensuite, l'avant-projet de décision et le dossier documentaire constituent la base de travail du collège et vont donc influencer la manière dont l'échange des points de vue se réalisera entre les juges. De façon générale, le rapporteur occupe une place prépondérante dans l'instruction et maîtrise les sources d'information des juges[1638]. L'instruction est donc le moment d'une discussion collégiale réduite, centrée sur le rapporteur et incluant les collaborateurs. Cette organisation n'est pas sans poser des questions au regard de l'exigence d'impartialité, déjà évoquées à propos de la

---

[1634] Descriptif issu d'une fiche de poste disponible sur le site internet du Conseil constitutionnel pour le recrutement d'un chargé de mission pour les QPC au service juridique du Conseil constitutionnel (poste à pourvoir au 1er mars 2020, ouvert aux maîtres de conférence ou aux professeurs des universités en droit privé ou droit public).

[1635] *Ibid.*

[1636] J.-É. SCHOETTL, « Ma cinquantaine rue de Montpensier », *op. cit.*

[1637] *Ibid.*

[1638] Voir F. LUCHAIRE, *Le Conseil constitutionnel. Tome I...*, *op. cit.*, p. 91 : « *ce dernier réunit la documentation nécessaire en recourant à toutes les sources publiques d'information et en convoquant toute personne pouvant l'informer ; certes, les autres membres du Conseil peuvent aussi s'informer mais il leur est difficile de consulter des fonctionnaires autrement qu'en utilisant les relations personnelles ; de plus le rapporteur prépare un projet de décision qui constitue, au minimum, le point de départ de la discussion* ».

compétence des juges[1639]. Ces interrogations se sont renforcées avec la mise en place de la QPC, qui rend le travail des collaborateurs encore plus central.

724. Cette critique peut cependant être tempérée par l'examen de la pratique du « pré-délibéré », qui se joue tout au long de l'instruction à travers les discussions informelles entre les juges et leur information en temps réel :

> *C'est là une caractéristique assez remarquable du Conseil constitutionnel que je n'ai rencontrée dans aucune autre juridiction : le collège est informé en temps réel d'à peu près tout (écritures, réunions, notes, avant−projets) et n'attend pas la séance de jugement pour débattre du fond de l'affaire et même de la forme future de la décision. Ce « pré−délibéré » (qui s'intensifie à la veille de la séance) est informel et très vivant*[1640].

Si l'organisation centralisée du Conseil peut être vue comme un défaut, elle peut aussi inciter les juges à collaborer plus étroitement : « *Ainsi peut se construire utilement une approche déjà collective en début d'instruction et dégager tôt les axes de convergence et de divergence* »[1641]. Par comparaison, il est souvent affirmé que la Cour suprême américaine est composée de *nine little law firms*[1642]. Les juges travaillent chacun de leur côté avec leurs collaborateurs personnels et un temps limité est consacré à la délibération collective, ce qui accentue les différences idéologiques et personnelles entre les juges :

> The result of devoting less time to collective deliberation and consensus building contributes to more divided decisions. Because the justices no longer have the time or inclination to agree on opinions for the Court, they

---

[1639] Voir *supra* §610 et s.

[1640] J.-É. SCHOETTL, « Ma cinquantaine rue de Montpensier », *op. cit.* Il ajoute : « *Mais il répond surtout à une nécessité fonctionnelle : dissiper les malentendus, prévenir les divergences sur des points secondaires et rapprocher, si possible, les points de vue avant la séance, de manière à consacrer la plénière aux confrontations essentielles. Une juridiction qui tranche sur le siège de sujets aussi importants que le Conseil ne peut perdre son temps en plénière à débattre de questions subalternes. Ses membres ne peuvent se permettre de découvrir le sujet en séance. La rédaction « sur le siège » est une épreuve redoutable qu'il faut, si possible, éviter* ».

[1641] G. ABADIE, « Satisfaction, non sans questions », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 25, 2008/3, disponible sur : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/satisfaction-non-sans-questions>.

[1642] Expression créée par le juge Robert H. Jackson pour expliquer le fonctionnement de la Cour : « The fact is that the Court functions less as one deliberative body than as nine, each Justice working largely in isolation except as he chooses to seek consultation with others. These working methods tend to cultivate a highly individualistic rather than a group viewpoint » (traduction libre : « *Le fait est que la Cour fonctionne moins comme un corps délibératif que comme neuf, chaque juge travaillant largement seul sauf lorsqu'il choisit de consulter les autres. Ces méthodes de travail tendent à cultiver une approche hautement individualiste plutôt que collective* » (R. H. JACKSON, *The Supreme Court in the American System of Government*, Evanston ; Harper & Row, 1963, at. 16)).

> file a great number of separate opinions. The reality of more cases and less collective deliberation in turn discourages the reaching of compromises necessary for institutional opinions. Ideological and personal differences among the justices remain and perhaps are reinforced[1643].

L'organisation actuelle du Conseil permet une discussion collégiale potentiellement plus authentique, qui se noue directement entre les juges. Cette collégialité a été renforcée au cours du temps : par exemple, si au départ seul le rapporteur procédait aux auditions du secrétariat général du Gouvernement, à partir des années 2000, d'autres juges ont commencé à assister à ces auditions[1644].

725. Néanmoins, cette collégialité est fonction de la volonté des juges. Si les juges sont insuffisamment compétents ou ne désirent pas s'impliquer, la discussion collégiale entre les juges s'en trouve réduite, alors que la discussion entre les collaborateurs du Conseil et le rapporteur est systématiquement organisée[1645].

726. Plus précisément, le succès de la collégialité est étroitement lié à la compétence des juges : c'est leur premier outil pour participer à la discussion. Nous avons évoqué précédemment la nécessité d'assurer une **concordance** entre le niveau de qualification des juges et celui de leurs collaborateurs[1646]. Ceci est aussi vrai pour les juges entre eux : les délibérations montrent que les juges les plus compétents peuvent

---

[1643] D. M. O'BRIEN, *Storm center...*, *op. cit*, p. 249 (traduction libre : « *Le fait de consacrer moins de temps à la délibération collective et à la construction du consensus contribue à des décisions plus divisées. Parce que les juges n'ont plus le temps ou l'envie de s'entendre sur des opinions communes pour la Cour, ils déposent un grand nombre d'opinions séparées. La réalité d'un nombre accru d'affaires et d'une délibération collective amoindrie décourage à son tour la recherche du compromis nécessaire à l'édiction d'opinions pour l'institution. Les différences personnelles et idéologiques entre les juges perdurent et sont, peut-être, renforcées* »). Voir pour l'évolution du fonctionnement collégial de la Cour suprême le même ouvrage p. 103-163.

[1644] Voir J.-C. COLLIARD, « Neuf ans de bonheur »*, op. cit.* : « *Lorsque je suis arrivé, la tradition voulait que le rapporteur, désigné par le président, soit le propriétaire quasi exclusif de son dossier. Il procédait seul aux auditions du secrétariat général du Gouvernement ou des experts qu'il décidait de convoquer, les autres membres étant réduits à se faire leur propre opinion dans leur coin, comme ils le pouvaient. C'est Michel Ameller qui a fait bouger les choses en me demandant un jour s'il pouvait assister à l'une de ces réunions, il me promettait d'y être muet ce que je ne lui demandais pas mais il s'y tint, demande que j'acceptais d'autant plus volontiers qu'il y avait entre nous une vieille amitié, née du temps qu'il était secrétaire général de l'Assemblée nationale. Son exemple fut suivi et s'est généralisé, dans la dernière année que j'ai connue il n'était pas rare que quatre ou cinq membres viennent participer à ces réunions et, avec la bénédiction du rapporteur bien entendu, y interviennent. Cela va certainement dans le bon sens puisque cela permet à chacun, non seulement d'être mieux éclairé lors du débat en plénière, mais aussi d'avoir de plus solides raisons de proposer des modifications au projet de décision* ».

[1645] A.-L. Cassard-Valembois parle à juste titre d'une « *hyper-collégialité* » des services du Conseil permettant d'assurer la célérité du contrôle (A.-L. CASSARD-VALEMBOIS, « Conseil constitutionnel français », *in* F. MALHIERE, « L'élaboration des décisions des cours constitutionnelles et européennes », Recherche réalisée avec le soutien de la Mission de recherche Droit et Justice, mai 2017, p. 162, disponible sur : <http://www.gip-recherche-justice.fr/wp-content/uploads/2017/07/15.05-RAPPORT-FINAL-définitif.pdf>.

[1646] Voir *supra* §616.

dominer la discussion[1647], ce qui peut conduire d'autres juges à se placer en retrait[1648]. Cette remarque reste cependant relative car la compétence n'est pas le seul facteur à prendre en compte dans la manière dont se déroule la discussion entre les juges. Assurément, la personnalité de chacun est aussi un facteur déterminant, tout comme le sujet traité[1649]. D'autres pistes, relatives à l'organisation du travail au sein du Conseil, peuvent aussi être explorées pour approfondir la collégialité entre les juges au stade de l'instruction.

B. Des pistes pour approfondir la collégialité entre les juges au stade de l'instruction

727. L'examen du déroulement de l'instruction permet de constater l'existence d'une réelle discussion collégiale entre les juges, qui se joue dans les bureaux et les couloirs et non par l'entremise d'assistants personnels : « *Le Conseil constitutionnel est une micro-société dont les neuf membres forment un tout* »[1650]. Cependant cette discussion se fonde toujours sur le travail effectué par le rapporteur, et derrière lui, les collaborateurs du Conseil.

728. L'organisation du travail pourrait être modifiée au profit d'une meilleure collégialité au stade de l'instruction. Il est par exemple possible de s'inspirer du modèle italien. Nous avons expliqué précédemment[1651] qu'en Italie le juge rapporteur prépare un dossier documentaire avec l'aide de ses assistants. Il présente ensuite son opinion

---

[1647] Même si ce n'est pas toujours vrai, voir *infra* §741.

[1648] Voir sur l'autorité juridique de F. Goguel et P. Coste-Floret, D. ROUSSEAU, P.-Y. GAHDOUN, J. BONNET, « Présentation de la période 1974-1980 », *in* J. BONNET *et al*., *Les grandes délibérations...*, *op. cit.,* p. 231 : « *Les autres membres interviennent le plus souvent pour approuver une opinion déjà formulée ou pour émettre un point de vue politique sur la loi déférée et les conséquences à venir de la décision du Conseil constitutionnel* ».

[1649] *Ibid.,* A. DUFFY-MEUNIER, O. LE BOT, X. PHILIPPE, « Présentation de la période 1980-1983 », p. 327-328 : « *L'examen de l'ensemble des délibérations de cette période révèle en revanche un certain équilibre dans l'influence exercée par les membres du Conseil. Aucun d'entre eux ne reste muet et si certains sont plus loquaces que d'autres, ces rôles changent au gré des séances et des sujets abordés. Hormis quelques exceptions limitées dans lesquelles certains membres sombrent dans une réserve liée à la matière traitée (lois de finances, par exemple), chacun apporte sa touche dans les domaines de prédilection qui sont les siens, tout en ayant conscience d'exercer son rôle de juge. La force de persuasion des arguments est souvent déterminante lorsque l'issue du débat est incertaine. Le rôle du rapporteur mais également les prises de position des membres révèlent l'importance de la personnalité de chaque membre lors du délibéré* ».

[1650] N. LENOIR, « 1992-2001 : Souvenirs d'une femme au Conseil constitutionnel », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 25, août 2009, disponible sur : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/1992-2001-souvenirs-d-une-femme-au-conseil-constitutionnel>.

[1651] Voir nos développements *supra* §607 et s.

aux autres juges lors d'une séance plénière durant laquelle sont arrêtées les grandes lignes de la décision. Le rapporteur devient ensuite, en principe, le juge-rédacteur et son projet est examiné au cours d'une séance ultérieure. L'implication du collège dans l'élaboration de la décision est donc bien plus rapide et plus importante, ce qui est intéressant[1652].

729. L'examen des affaires portées à la connaissance des chambres (*Senate*) de la Cour constitutionnelle allemande constitue une autre piste de réflexion. Le juge rapporteur élabore, avec l'aide de ses collaborateurs un pré-rapport appelé *votum* qui est un document de travail comprenant une analyse des faits, les éléments de droit pertinents et son opinion sur la question. À ce *votum* est joint un dossier documentaire. Ce *votum* n'est pas un projet de décision abouti : il « *prépare les lignes générales de la réponse donnée à la requête* »[1653]. Un délibéré oral a lieu entre les juges et il est ensuite « *procédé à un examen oral en présence des parties* »[1654]. Après cela, le juge rapporteur élabore un projet de décision qui est envoyé aux autres juges « *pour un procédé dit "délibéré de lecture" ("Leseberatung")* »[1655]. Les juges peuvent alors retoucher le texte de la décision. Notons qu' « *il y a peu de discussions de couloir à la Cour* »[1656]. C'est donc une autre forme de collégialité, mais qui inclut largement les juges dans l'élaboration de la décision elle-même.

730. Rappelons cependant que seule une vingtaine de décisions par an sont prises par les chambres[1657], la plupart des décisions étant prises par les Sections (*Kammern*) composées de trois juges. Le rôle de ces Sections est de gérer le flux de saisines, sans commune mesure avec celui traité par le Conseil[1658]. Les Sections travaillent sur la base du *votum* mais ne délibèrent pas oralement : la procédure est écrite, ce qui peut nuire à la collégialité[1659].

[1652] Ceci n'empêche pas que le rôle des assistants dans la rédaction des décisions reste essentiel.
[1653] R. WEBER, « Cour constitutionnelle allemande », *in* F. MALHIERE, « L'élaboration des décisions des cours constitutionnelles et européennes », *op. cit.*, p. 76.
[1654] *Ibid.* p. 77.
[1655] *Ibid.*
[1656] *Ibid.*, p. 78.
[1657] *Ibid.*, p. 69.
[1658] Par exemple, plus de 6000 demandes ont été traitées par les Sections en 2014 et 27 par les chambres (*Ibid.*, p. 70).
[1659] *Ibid.*, p. 75.

731. Il est possible de s'inspirer de ces méthodes de travail pour imaginer un approfondissement de la discussion collégiale entre les juges constitutionnels français durant l'instruction. Comme le remarque A.-L. Cassard-Valembois, si les discussions de couloir sont utiles au Conseil, elles « *peuvent apparaître gênantes car elles ne réunissent jamais tous les membres* »[1660]. Elle suggère alors l'organisation de « *séances blanches* »[1661], c'est-à-dire de séances de réflexion collective sur la solution à donner à la question posée. Ces séances pourraient être transformées en authentiques séances dédiées à la détermination des grandes lignes de la décision à partir du rapport rédigé par le rapporteur. Le projet de décision pourrait ensuite être élaboré par le juge rapporteur aidé de collaborateurs et transmis aux autres juges qui pourraient l'amender, là aussi avec l'aide de collaborateurs si cela est nécessaire. Le délibéré pourrait enfin avoir lieu afin de finaliser la décision. Il y aurait donc un pré-délibéré écrit entre les juges, suivi d'un délibéré oral.

732. Faudrait-il, dans le cadre d'une telle organisation, remplacer le service juridique par des assistants individuels ? Nous n'en sommes pas certains. L'organisation actuelle présente une qualité importante qui est l'efficacité. Les membres du service juridique pourraient continuer à élaborer le dossier documentaire sous la direction du rapporteur, puis se mettraient au service du rapporteur, mais sur la base d'un travail dont les grandes orientations seraient fixées par les juges s'étant réunis collégialement, ce qui constitue une différence fondamentale. Ils pourraient ensuite venir en aide aux juges dans leur travail de « délibéré de lecture » pour reprendre la formule allemande.

733. Une autre solution pourrait être de mettre en place un système mixte, combinant assistants personnels choisis par les juges et collaborateurs du service juridique, spécialistes de certaines matières. Cela pourrait être une autre manière d'équilibrer les pouvoirs au sein du Conseil : les assistants personnels des juges, choisis par ces derniers, pourraient jouer le rôle de contrepoids « techniques » aux membres du

---

[1660] A.-L. CASSARD-VALEMBOIS, « Conseil constitutionnel français », *in* F. MALHIERE, « L'élaboration des décisions des cours constitutionnelles et européennes », *op. cit.*, p. 161.

[1661] *Ibid*. Ces séances existent déjà sur des thématiques générales et exceptionnellement peuvent être organisée concernant une décision particulière. Voir N. BELLOUBET, « Huit femmes membres du Conseil constitutionnel », *in Le pouvoir, mythes et réalités. Mélanges en hommage à Henry Roussillon,* 2014, p. 114 : « *temps de réflexion collectif à organiser, au sein du Conseil, sur des sujets d'importance majeure ou d'éventuelles évolutions jurisprudentielles et ce indépendamment d'affaires en instance de traitement* ». A.-L. Cassard-Valembois rappelle un précédent tiré de l'ouvrage de J.-L. Debré : « *Avant même d'être saisi du projet de loi de finances, j'organise une séance informelle pour que nous réfléchissions ensemble au "caractère confiscatoire de l'impôt" et à la "rétroactivité fiscale"* » (J.-L. DEBRE, *Ce que je ne pouvais pas dire, op. cit.,* p. 136).

service juridique. Toutefois, plus le nombre de collaborateurs augmente, plus le risque de délégation par les juges de leur pouvoir est important[1662].

734. Se pose ensuite la question de la célérité du contrôle. La célérité n'est pas une qualité du procès favorable à l'impartialité du juge. En limitant le temps de la réflexion, parfois drastiquement, l'exigence de célérité fait partie des éléments qui entraînent potentiellement une délégation de pouvoir des juges vers leurs collaborateurs. Elle limite la contradiction et contraint les juges à se reposer sur des experts pour se rendre compétents rapidement. Il nous semble que cette contrainte pourrait être assouplie dans le cadre de la QPC, au profit d'un allongement de la réflexion des juges et d'un renforcement de la collégialité au stade de l'instruction. Rappelons que le délai moyen de traitement des questions posées à la Cour de Karlsruhe est de deux ans[1663] : le Conseil n'aurait pas à rougir d'un allongement d'un mois ou deux du délai de traitement des QPC.

735. C'est en revanche plus complexe dans le cadre du contrôle *a priori* puisque la loi doit être promulguée rapidement. Comment, en effet, organiser en un mois une audience à laquelle seraient présents le Secrétariat général du Gouvernement et les saisissants, la consultation éventuelle d'experts, une réunion d'instruction collégiale avec les neuf juges, un échange écrit entre les juges sur le projet de décision et la séance de délibéré ? Pourtant, s'il paraît effectivement difficile d'imaginer un allongement du délai de traitement des saisines pour certaines lois comme les lois de finances, le Conseil pourrait éventuellement être autorisé à allonger ses délais de traitement pour d'autres lois moins urgentes. Ce serait particulièrement opportun pour les lois les plus complexes, que ce soit d'un point de vue technique ou scientifique[1664]. D'un autre côté, une telle solution pourrait poser des difficultés en occasionnant un traitement différentié des saisines.

[1662] Comme le note M. Fromont, « *On considère en général que le nombre de quatre collaborateurs scientifiques par juge constitutionnel ne peut pas être augmenté, car le juge ne pourrait pas suivre de façon approfondie le travail de plus de quatre personnes* » (M. FROMONT, « La sélection des recours devant les Cours suprêmes : l'exemple de la Cour constitutionnelle fédérale », *in* CLUB DES JURISTES, « La régulation des contentieux devant les cours suprêmes », Rapport de la Commission Constitution et Institutions, octobre 2014, p. 18, disponible sur : <https://www.leclubdesjuristes.com/wp-content/uploads/2014/10/CDJ_Rapports-2014_Cours-suprêmes_Oct.2014_Web.pdf>).

[1663] Voir R. WEBER, « Cour constitutionnelle allemande », *in* F. MALHIERE, « L'élaboration des décisions des cours constitutionnelles et européennes », *op. cit.*, p. 68.

[1664] Voir not. pour des développements sur l'organisation du travail des collaborateurs en droit comparé : L. GAY, « De la "Cour suprême junior" au "dixième membre du Conseil constitutionnel"...», *op. cit.*, p. 45-59.

736. Cette réflexion ne constitue qu'une piste possible. Il est certain qu'il n'existe pas de solution idéale, combinant célérité, efficacité et implication totale des juges à tous les stades. Néanmoins, contrairement à d'autres cours comme la Cour constitutionnelle allemande ou la Cour européenne des droits de l'homme[1665], le Conseil a l'avantage de ne pas être débordé de demandes. Un approfondissement de la collégialité au stade de l'instruction apparaît donc possible. Si au cours de l'instruction, la discussion collégiale mérite d'être renforcée, elle reprend cependant toute sa force au stade du délibéré.

§II. Les renforcements possibles au stade du délibéré

737. Le délibéré constitue le point culminant de la collégialité comme en attestent les comptes rendus des délibérations publiés (A). La collégialité présente en revanche certaines failles à ce stade, celles-ci pouvant être assez aisément comblées par les textes (B).

A. Le point culminant de la collégialité

738. Lors du délibéré, le secrétaire général et certains membres du service juridique sont présents, mais ils n'ont pas voix délibérante. Ils sont uniquement chargés de la rédaction du procès-verbal en vertu de l'article 3 du décret du 13 novembre 1959[1666].

739. Le collège existe *a minima* lorsque sept juges sont présents, sauf cas de force majeure constatée au procès-verbal[1667]. Il est au complet lorsque neuf juges sont présents[1668]. Les décisions sont prises à la majorité simple et en cas de partage le président du Conseil a voix prépondérante[1669]. Par ailleurs, « *Seuls les membres du Conseil constitutionnel qui ont assisté à l'audience peuvent participer à la*

[1665] Voir sur ce point C. MADELAINE, A. SCHAHMANECHE, « La Cour européenne des droits de l'homme », *in* F. MALHIERE, « L'élaboration des décisions des cours constitutionnelles et européennes », *op. cit.*, p. 280-299.
[1666] Décret n° 59-1293 du 13 novembre 1959 *relatif à l'organisation du secrétariat général du Conseil constitutionnel*, *JORF* n° 265 du 15 novembre 1959, p. 10819, art. 3 : « *Le secrétaire général prend les mesures nécessaires à la préparation et à l'organisation des travaux du Conseil. Il établit un compte rendu sommaire de ces travaux* ».
[1667] Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958, art. 14.
[1668] Const. 1958, art. 56.
[1669] *Ibid.*

délibération »[1670], principe inscrit dans le règlement intérieur du 4 février 2010 mais dont l'esprit s'étend logiquement au contrôle *a priori*.

740. Le délibéré constitue le point culminant de la collégialité entre les juges. Selon B. Genevois, « *Quelle que soit la minutie du travail accompli avant la séance du Conseil, le délibéré du collège est essentiel. La dynamique du délibéré permet d'enrichir la réflexion au stade ultime d'une décision qui est celle du Conseil* »[1671]. Les comptes rendus des délibérations publiés permettent d'illustrer son importance. Les juges ont le pouvoir de modifier la décision et de changer d'avis jusqu'au dernier moment. Lorsque l'instruction permet d'entrevoir que la solution retenue par le rapporteur risque d'être rejetée par les autres juges, les services du Conseil prévoient des rédactions alternatives[1672]. Si parfois la décision est consensuelle et le délibéré rapide, l'échange des points de vue peut longuement se prolonger[1673].

741. Les délibérations publiées fournissent de nombreux exemples des vertus du délibéré pour l'impartialité des juges[1674] mais le délibéré relatif à la loi *Sécurité et liberté* qui s'est tenu les 19 et 20 janvier 1981 est particulièrement démonstratif. R. Brouillet déclare ainsi lors de la séance du 19 janvier :

[1670] Règlement intérieur du 4 février 2010, art. 11 al. 1.

[1671] B. GENEVOIS, « Secrétaire général du Conseil constitutionnel : un témoignage », *op. cit.*

[1672] J.-É. SCHOETTL, « Ma cinquantaine rue de Montpensier », *op. cit.* : « *La rédaction de solutions subsidiaires peut se révéler indispensable* ». Il ajoute plus loin : « *Lorsque des rédactions alternatives sont préparées, le secrétariat général doit se livrer à une sorte de dédoublement de personnalité* ».

[1673] Voir l'exemple connu de la délibération de la décision n° 81-132 DC du 16 janvier 1982, *Loi de nationalisation*, qui s'est étalée sur neuf jours (Procès-verbaux des séances du 12 décembre 1981 et suivantes, disponibles sur le site du Conseil constitutionnel).

[1674] Par exemple, G. Pompidou, lors de la séance du 11 août 1960, relative à la décision n° 60-8 DC sur la redevance radio-télévision : *« Néanmoins, plus il examine le problème, plus il est frappé par la force de l'argumentation de M. le président Coty* » (J. BONNET *et al*., *Les grandes délibérations...*, *op. cit.*, p. 69). R. Coty lors de la séance du 23 avril 1961 portant sur la mise en œuvre de l'article 16 de la Constitution s'exprime en ces termes : « *les observations de MM. Patin et Pompidou sur "l'esprit" de l'article 16 l'amènent à infléchir une position à l'origine plutôt négative ». M. le président Coty considère que l'interprétation stricte qu'il avait proposée de ce texte ne doit pas être la bonne* […] » (*Ibid.*, p. 87). M. Patin, rapporteur lors de la séance du 18 juillet 1961 « *déclare que les arguments de M. le président Coty l'ont impressionné. Il me paraît inquiétant, dit-il, que le Gouvernement puisse diviser les compétences des tribunaux ; ce démantèlement m'inquiète un peu* » (*Ibid.*, p. 92). Le président R. Frey déclare lors de la séance du 30 décembre 1975 concernant la décision n° 75-59 DC sur les conséquences de l'autodétermination des Comores : « *M. le président se déclare convaincu par MM. Goguel et Brouillet et estime dangereux d'ajouter quoi que ce soit au projet tel qu'il est rédigé actuellement* » (*Ibid.*, p. 298). F. Goguel lors de la séance du 25 juillet 1979 portant sur la décision n° 79-105 DC déclare que « *Sa tendance, en l'état de la discussion, serait de penser que l'ensemble de la première phrase du paragraphe III doit être déclarée non conforme à la Constitution* » (*Ibid.*, p. 308) tandis que R. Brouillet déclare lors de la même séance : « *M. Brouillet est venu dans cette salle sans idée préconçue. Il a écouté avec beaucoup d'intérêt le rapporteur et tous ses collègues* » (*Ibid.*, p. 310). Lors des séances des 10 et 11 octobre 1984 relatives à la décision *Concentration des entreprises de presse*, le président D. Mayer « *dit que dans un premier temps, il a été sensible et convaincu par M. Ségalat, mais qu'après la déclaration chaleureuse de M. Vedel sur la souveraineté nationale, il se rapproche maintenant de l'opinion du rapporteur* » (*Ibid.*, p. 541). Les exemples pourraient encore être multipliés.

> *Le doute de M. Brouillet dans cette affaire tient à l'insuffisance des motivations exposées dans un sens comme dans l'autre. Pour l'instant, il ne saurait conclure bien que son sentiment soit plutôt de ne pas toucher à ce qu'on ne saurait changer par quelque chose de plus satisfaisant*[1675].

M. Joxe répond qu'il est « *dans une perplexité un peu semblable à celle de M. Brouillet* »[1676] et le président D. Mayer « *se déclare convaincu par les considérants qui vont jusqu'au "cependant" qui introduit les derniers* »[1677]. Suite à la réponse de G. Vedel qui était rapporteur, le président déclare que « *Devant les positions très différentes qui ont été prises par les uns et les autres, le souci exprimé par certains de réfléchir davantage* [...] *sur ce chapitre de la loi, la discussion est pour l'instant réservée* »[1678] et « *invite M. Vedel à poursuivre son rapport* »[1679]. Le lendemain M. Lecourt déclare qu'il *« est passé depuis hier par des opinions bien différentes* »[1680]. Finalement, le projet de décision du rapporteur est renversé par quatre voix contre trois et une abstention, ce qui conduit à la rédaction d'un nouveau texte, adopté par le Conseil. Ainsi la collégialité amène les juges à faire évoluer leur appréciation jusqu'au terme du délibéré, quitte à renverser le projet d'un rapporteur à la compétence reconnue.

742. Plus encore, même lorsque les juges n'expriment pas leurs doutes ou n'ont pas la volonté de changer d'avis, la collégialité permet quand même une véritable réflexion collective. C'est ce que démontre la séance du 6 novembre 1962 relative au référendum sur l'élection du Président de la République au suffrage universel direct. Le fait que les positions soient cristallisées, comme nous l'avons décrit précédemment[1681], n'empêche pas la confrontation des points de vue et la discussion[1682].

743. Comme le remarque H. Edwards, les études portant sur la psychologie des juges, qui seraient déterminés par leurs préférences idéologiques (modèle attitudinal) ou le comportement de leurs pairs (modèle stratégique[1683]) ne prennent pas en compte ce

---

[1675] *Ibid.*, p. 388.
[1676] *Ibid.*
[1677] *Ibid.*
[1678] *Ibid.*, p. 389.
[1679] *Ibid.*
[1680] *Ibid.*, p. 398.
[1681] Voir *supra* §129.
[1682] Voir le compte rendu dans sa globalité : J. BONNET *et al*., *Les grandes délibérations...*, *op. cit.*, p. 113-124.
[1683] Voir H. T. EDWARDS, « The Effects of Collegiality on Judicial Decision Making », *op. cit*, p. 1652 et s. Comme l'auteur l'explique p. 1652, selon le modèle attitudinal, les juges décident essentiellement sur la base de leurs préférences personnelles et de leurs idéologies. Le modèle stratégique s'intéresse à la façon dont les comportements des juges sont déterminés par leurs interactions avec leurs collègues (par

qui est appelé en sciences sociales la « dynamique de groupe »[1684]. Ainsi que l'a rappelé A. Kojève, *Tres faciunt collegium*[1685], trois font une société. Un collège n'est pas une simple addition de préférences et de stratégies individuelles mais constitue une dynamique propre. L'examen des comptes rendus des délibérations publiés démontre ces vertus de la discussion collégiale comme l'un des moteurs essentiels de l'impartialité des juges et de la formation de la décision. La collégialité présente toutefois certaines failles à ce stade qui doivent être soulignées.

B. La collégialité face aux incidents de la vie du Conseil

744. Pour prendre la mesure de cette question, il est nécessaire d'examiner de près les statistiques des absences et des déports. Les deux contentieux ont été examinés, mais pour une plus grande clarté seules sont retranscrites les données relatives à la QPC[1686] :

---

exemple, le souci de se situer dans la majorité, d'obtenir la coopération d'un autre juge dans une future affaire...).

[1684] *Ibid.*, not. p. 1656. Voir aussi M. GIRARD, « Pouvoir et dynamique de groupe », *Nouvelles perspectives en sciences sociales*, vol. 2, n° 2, mai 2013, p. 177-208. L'auteure explique que « *Le principe d'un acteur rationnel – et donc conscient, stratégique, intentionnel, libre, réfléchi, intéressé – a donné cours à de nombreuses modélisations qui n'ont su rendre compte de toute la complexité de l'action humaine ; qui ont réduit l'humain à sa seule conscience* » (p. 178). Face à cela, elle insiste sur l'importance de la dialectique : « *l'humanité est, par son essence même, relationalité* » (p. 179).

[1685] Cet adage est repris par Kojève à propos du tiers impartial : « *Autrement dit le Droit est un phénomène essentiellement social.* Tres faciunt collegium*, dit un adage romain. Et c'est profondément vrai* » (A. KOJEVE, *Esquisse d'une phénoménologie du droit...*, *op. cit.*, p. 75).

[1686] Ces statistiques ont été élaborées à partir de la liste des membres présents à la fin de chaque décision et sur les commentaires du secrétariat général concernant les déports.

année	présence du collège au complet	soit %	décisions avec un ou plusieurs déports	quorum non atteint	éléments notables sur l'année ***sont notés :*** *- plus de dix absences par juge (en dehors des déports)* *- décès et départs*
2019	36 sur 61	59%	5	0	M. Charasse n'a pas siégé en 2019 (absent pour 11 décisions). Il quitte le Conseil le 11 mars 2019 et F. Pillet le remplace le 12 mars.
2018	18 sur 64	28%	8	4	M. Charasse est absent à 35 reprises. Des absences cumulées ou des absences cumulées à des déports expliquent le fait que le quorum n'ait pas été atteint à quatre reprises.
2017	14 sur 75	19%	6	9	N. Belloubet quitte le Conseil le 22 juin 2017. Elle ne sera remplacée par D. Lottin qu'en novembre. M. Charasse est absent pour 29 décisions. N. Maestracci est absente pour 13 décisions et L. Fabius pour 11.
2016	33 sur 81	41%	7	3	M. Charasse est absent à 34 reprises.
2015	12 sur 68	18%	8	4	H. Haenel décède le 10 août 2015. Il est absent à partir du mois de mai. J.-J. Hyest le remplace le 12 octobre 2015. M. Charasse est absent à 19 reprises.
2014	28 sur 67	42%	6	1	J. Barrot décède le 3 décembre 2014. Il est absent à 18 reprises durant l'année. L. Jospin le remplace le 6 janvier 2015. H. Haenel est absent pour 16 décisions.
2013	45 sur 66	68%	4	0	M. Charasse cumule dix absences.
2012	45 sur 74	61%	5	0	RAS
2011	61 sur 110	55%	17	2	J. de Guillenchmidt est absente à 23 reprises et M. Charasse à 14 reprises.
2010	34 sur 64	53%	11	0	J.-L. Pezant décède le 24 juillet 2010. Il ne siège plus à partir du 2 juillet 2010. C. Bazy Malaurie est nommée en remplacement le 31 août 2010.

745. Plusieurs facteurs se combinent pour expliquer les failles de la collégialité que ce tableau permet de constater. Commençons par noter que ce ne sont pas les déports ou quelques absences annuelles pour tel ou tel juge qui nuisent réellement à la collégialité. Ces cas constituent une minorité parmi les absences. Par exemple pour l'année 2015, si les seules absences étaient des déports, le taux de présence au complet

passerait de 18% à 88%. De plus l'exigence d'impartialité prime naturellement sur la collégialité, c'est-à-dire que lorsqu'un juge s'estime potentiellement partial, il doit se déporter[1687]. Les éléments pesant de façon anormale sur la collégialité sont les suivants : l'absentéisme prolongé, le non-remplacement d'un juge décédé ou démissionnaire, le cumul de facteurs (absences et déports cumulés pour une même décision).

746. D'abord il apparaît clairement que les très nombreuses absences de M. Charasse entre 2015 et 2019 ont pesé sur la collégialité. Une telle situation est extrêmement problématique puisque, lorsqu'un membre est systématiquement absent, toute autre absence, associée par exemple à un déport, conduit les juges à siéger à six, en dessous du quorum, et à invoquer la force majeure[1688]. C'est ainsi que l'année 2017 connaît une collégialité particulièrement détériorée avec neuf décisions prises en dessous du quorum.

747. Ensuite, le non-remplacement immédiat d'un juge peut aussi engendrer des difficultés importantes, nuisibles tant à la collégialité qu'à la sérénité du Conseil. H. Haenel décède début août 2015 et n'est remplacé qu'en octobre 2015. N. Belloubet quitte le Conseil en juin 2017 et n'est remplacée par D. Lottin qu'en novembre 2017. Les textes prévoient pourtant la situation de la démission volontaire. Selon l'article 9 de l'ordonnance du 7 novembre 1958, « *Un membre du Conseil constitutionnel peut démissionner par une lettre adressée au Conseil. La nomination du remplaçant intervient au plus tard dans le mois de la démission* ». Cependant, tout repose en la matière sur la volonté des autorités de nomination qui ne sont pas sanctionnées en cas de dépassement du délai.

748. Concernant le cas de M. Charasse, certains articles de l'ordonnance auraient pu lui être appliqués. Ainsi lorsqu'est constatée la démission d'office ou

[1687] Il peut arriver que certains juges suprêmes, notamment américains et italiens, invoquent la doctrine du *duty to sit* ou *doctrine of necessity* (théorie de la nécessité), pour siéger malgré les accusations de partialité, car ils ne peuvent être remplacés. Cependant, la collégialité ne saurait « couvrir » la partialité d'un juge, c'est-à-dire que l'existence du collège ne peut être invoquée pour justifier le fait qu'un juge partial siège, comme l'a souligné la Cour européenne des droits de l'homme (voir CEDH, 58688/11, 20 février 2013, *Harabin c. Slovaquie*, §139 ; CEDH, Gr. Ch., 35605/97, 7 novembre 2000, *Kingsley c. Royaume-Uni*, partic. §57 à 59). Pour l'exemple italien, voir notamment l'article de F. Jacquelot : deux juges avaient dîné dans un appartement privé avec le Président du Conseil Silvio Berlusconi, alors directement concerné par une loi en cours d'examen. Les juges ont refusé de se déporter et par un communiqué du 2 juillet 2009, le Président de la Cour a annoncé que « *la Cour constitutionnelle, dans sa collégialité, décidera, comme elle le fait toujours, en toute sérénité et avec impartialité et objectivité, sur les questions soumises à son examen* » (F. JACQUELOT, « Regards comparés... », *op. cit.*, p. 347).

[1688] Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958, art. 14 : « *Les décisions et les avis du Conseil constitutionnel sont rendus par sept conseillers au moins, sauf cas de force majeure dûment constatée au procès-verbal* ».

l'incapacité physique permanente empêchant le juge de poursuivre ses fonctions, les articles 10[1689] et 11[1690] de l'ordonnance du 7 novembre 1958 prévoient un délai de remplacement de seulement huit jours. Néanmoins l'application de ces textes pose des difficultés. En premier lieu, la procédure de la démission d'office ne vise pas explicitement le cas d'un absentéisme prolongé et la procédure de l'article 11 ne vise pas non plus explicitement les cas du décès ou de la maladie. Les formulations sont ambiguës et peuvent apparaître comme venant sanctionner publiquement des comportements qui devraient être appréhendés avec plus de tact, particulièrement la maladie. Plus généralement, nous avons précédemment relevé[1691] que la procédure de la démission d'office n'a jamais été appliquée, même dans les cas les plus graves. Si l'ambiance « club » du Conseil peut être un atout pour la collégialité, elle rend aussi beaucoup plus difficile la mise en œuvre de procédures de sanction par les juges à l'encontre de leurs pairs. Par ailleurs, le délai de huit jours peut être très difficile à respecter, l'autorité de nomination agissant alors dans une urgence qui n'est pas opportune. Ce délai est encore moins applicable depuis que l'avis de la commission permanente compétente de la ou des assemblées doit être recueilli.

749. Il est temps de modifier l'ordonnance sur ces points afin d'assurer la continuité du collège en cas d'événement imprévu. Il serait alors possible de s'inspirer des solutions adoptées à l'étranger, qui ne font reposer la continuité du collège ni sur la seule volonté des autorités de nomination ni sur la seule volonté des juges. Ainsi en Allemagne, « *Après expiration de leurs fonctions, les juges continuent à exercer celles-ci jusqu'à la désignation d'un successeur* »[1692], ce qui peut être une bonne solution en cas de démission volontaire. Ce pourrait néanmoins poser des difficultés, par exemple en cas de nomination à un poste ministériel.

[1689] Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958, art. 10 : *« Le Conseil constitutionnel constate, le cas échéant, la démission d'office de celui de ses membres qui aurait exercé une activité ou accepté une fonction ou un mandat électif incompatible avec sa qualité de membre du Conseil ou qui n'aurait pas la jouissance des droits civils et politiques. Il est alors pourvu au remplacement dans la huitaine* ». Cet article doit être combiné avec l'article 5 du décret n° 59-1292 du 13 novembre 1959 *relatif à l'organisation du secrétariat général du Conseil constitutionnel*, *JORF* n° 265 du 15 novembre 1959, p. 10819 : « *Le Conseil constitutionnel apprécie, le cas échéant, si l'un de ses membres a manqué aux obligations générales et particulières mentionnées aux articles 1er et 2 du présent décret* ».

[1690] Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958, art. 11 : « *Les règles posées à l'article 10 ci-dessus sont applicables aux membres du Conseil constitutionnel qu'une incapacité physique permanente empêche définitivement d'exercer leurs fonctions* ».

[1691] Voir *supra* §313 et s.

[1692] (Allemagne) Loi relative à la Cour constitutionnelle fédérale dans la version résultant de la notification du 11 août 1993, modifiée en dernier lieu par l'article 2 de la loi du 8 octobre 2017, §4 (4).

750. Concernant l'absentéisme prolongé, il serait bon de s'inspirer des dispositions italiennes et allemandes : l'article 16 de la loi italienne du 11 mars 1953 prévoit que « *Les membres de la Cour sont tenus de participer aux audiences sauf empêchement légitime* »[1693]. En outre, « *Tout membre de la Cour constitutionnelle empêché d'exercer ses fonctions pendant six mois est destitué de ses fonctions* »[1694] et « *Le Président de la Cour constitutionnelle peut, s'il l'estime nécessaire, réduire de moitié la durée de la procédure* [de destitution] *par décision motivée* »[1695]. En Allemagne, le code de conduite demande aux juges de s'assurer de leur disponibilité continue ainsi que de leur présence personnelle à la Cour[1696]. Par ailleurs, en Allemagne les juges ne peuvent simplement pas siéger si le quorum n'est pas réuni[1697].

751. Ces exemples montrent que cette question de la présence des juges est prise au sérieux à l'étranger et elle devrait l'être aussi en France. Nous le voyons ici, il suffit d'un ou deux juges trop souvent absents pour que la machine se dérègle. Cela nuit à la collégialité, à la préservation de l'impartialité des juges et à leur sérénité. C'est enfin l'image du Conseil constitutionnel qui est atteinte.

752. La collégialité existe sous de nombreux aspects dans le cadre du contrôle de constitutionnalité français. Elle n'en reste pas moins une qualité perfectible tant au stade de l'instruction que du délibéré. La collégialité est enfin protégée par une certaine dose de secret, qualité traditionnellement privilégiée par les juridictions françaises. L'équilibre entre secret et publicité est cependant actuellement en mouvement, ce qui

---

[1693] (Italie) Loi n° 87 du 11 mars 1953, art. 16.
[1694] (Italie) Loi constitutionnelle n°1 du 11 mars 1953, art. 8.
[1695] *Ibid.*, art. 9.
[1696] (Allemagne) BUNDESVERFASSUNGSGERICHT, *Code of Conduct for the Justices of the Federal Constitutional Court*, *op. cit.*, 5. : « The Justices of the Federal Constitutional Court ensure their continuous availability as well as their personal presence at the Court, guaranteeing the expeditious discharge of their judicial duties » (traduction libre : « *Les juges de la Cour constitutionnelle fédérale s'assurent de leur disponibilité continue et de leur présence personnelle à la Cour, qui garantissent la rapide exécution de leurs devoirs de juges* »).
[1697] (Allemagne) Loi relative à la Cour constitutionnelle fédérale dans la version résultant de la notification du 11 août 1993, modifiée en dernier lieu par l'article 2 de la loi du 8 octobre 2017, §15 (2) : « *Chaque sénat réunit le quorum nécessaire pour prendre des décisions, lorsqu'au moins six juges sont présents. Lorsqu'un sénat ne réunit pas le quorum alors que la procédure est particulièrement urgente, le juge qui préside ordonne l'application d'une procédure de tirage au sort par laquelle autant de juges de l'autre sénat sont désignés comme suppléants jusqu'à ce que le quorum soit atteint. Les juges qui président ne peuvent être désignés comme suppléants. Les modalités d'application de la présente disposition sont déterminées par le règlement intérieur de la Cour* » et (3) : « *Une fois que le délibéré sur le fond d'une affaire a commencé, d'autres juges que ceux présents dès le début ne peuvent se joindre au délibéré. Si le sénat ne réunit plus le quorum nécessaire pour prendre des décisions, le délibéré doit recommencer une fois la procédure de désignation des suppléants achevée* ».

pourrait avoir un impact sur l'impartialité des juges constitutionnels français et plus généralement sur la façon dont ils conçoivent leur office.

Section II. L'impact incertain d'une publicité accrue sur l'impartialité des juges

753. Bien que seule la publicité soit un droit de la défense[1698], le secret et la publicité sont deux qualités complémentaires du procès qui concourent à préserver la légitimité de la justice et l'impartialité des juges : « *Les procédures oscillent entre secret et publicité car, paradoxalement, le secret est aussi une garantie* »[1699]. Leur impact sur l'impartialité des juges n'est toutefois pas le même : alors que le secret préserve leur liberté de réflexion, l'impact de la publicité sur leur impartialité est plus ambivalent.

754. En France, le secret est une qualité traditionnellement privilégiée : « *Le silence et le secret sont les conditions de la préservation de cette illusion séculaire, celle de la parfaite objectivité des décisions des juges* »[1700]. Néanmoins le secret est loin d'être absolu et l'équilibre penche vers une publicité accrue aujourd'hui. Ce mouvement peut être constaté dans le cadre du procès constitutionnel et si la publicité est limitée durant la procédure (§I), elle est élargie une fois la décision rendue (§II).

§I. Une publicité limitée durant la procédure

755. Le secret se concrétise essentiellement de deux manières, à travers le secret du délibéré et le secret de l'instruction. Au Conseil, le secret du délibéré est bien assuré durant la procédure, que ce soit dans le cadre du contrôle *a priori* ou de la QPC (A). En revanche, des asymétries dans le secret de l'instruction peuvent être constatées entre les deux contentieux (B).

A. Le secret du délibéré au service de l'impartialité des juges

[1698] CEDH, 8209/78, 22 février 1984, *Sutter c. Suisse*, §26.
[1699] L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, *op. cit.*, p. 666.
[1700] F. SAINT-BONNET, « L'ironie du sort », *in* « Offre de droit : réformer la composition du Conseil constitutionnel », *Revue de droit d'Assas*, n° 5, février 2012, p. 100.

756. En France, le secret du délibéré est un principe général du droit[1701] et se trouve garanti par les textes[1702]. Les vertus du secret du délibéré sont en effet multiples. D'abord, le secret permet une « *totale liberté de parole* »[1703]. En cela, il est un complément nécessaire de la collégialité au service de l'impartialité : il permet aux juges de ne pas se sentir liés par les opinions qu'ils expriment dans le cadre du délibéré. C'est le droit de changer d'avis sans pour autant que cela soit commenté, analysé, jugé à l'extérieur, ce qui par définition protège l'impartialité des juges qui, justement, doivent être libres de changer d'avis et de faire évoluer leur appréciation jusqu'au terme de la procédure. Le secret du délibéré est aussi vu comme un moyen d'assurer l'impartialité apparente des décisions : la délibération, plurivoque et conflictuelle, s'efface derrière une décision qui se présente, non pas comme le fruit d'hésitations et de compromis mais comme un raisonnement juridique univoque. Par ailleurs, le secret du délibéré est protecteur de l'indépendance des juges, les plaçant à l'abri des pressions, ce qu'a reconnu le Conseil constitutionnel lui-même en 2015[1704]. Enfin « *le secret des délibérations permet d'éviter une individualisation de la solution* »[1705].

757. Une autre manière d'illustrer les vertus du secret du délibéré est d'examiner le contre-exemple du Tribunal fédéral suprême brésilien. La Constitution brésilienne a posé en 1988 le principe de la publicité de l'accomplissement de la justice au nom de l'information de la société[1706]. La chaîne de télévision *TV Justice* a été créée en 2002 et

---

[1701] CE, 17 novembre 1922, *Légillon*.

[1702] Voir not. : Ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 *portant loi organique relative au statut de la magistrature*, *JORF* du 23 décembre 1958, p. 11556, art. 6 : « *Tout magistrat, lors de sa nomination à son premier poste, et avant d'entrer en fonctions, prête serment en ces termes :"Je jure de bien et fidèlement remplir mes fonctions, de garder le secret des délibérations et de me conduire en tout comme un digne et loyal magistrat."* » ; Art. 448 CPC : « *Les délibérations des juges sont secrètes* ». Voir aussi la jurisprudence de la Cour de cassation sur le juré d'assises, plaçant le principe au-dessus des droits de la défense : CC, crim., 2296, 25 mai 2016.

[1703] J.-C. COLLIARD, « Neuf ans de bonheur », *op. cit.*

[1704] Le Conseil constitutionnel a rattaché en 2015 le principe du secret du délibéré au principe d'indépendance : CC, 2015-506 QPC, 4 décembre 2015, *M. Gilbert A. [Respect du secret professionnel et des droits de la défense lors d'une saisie de pièces à l'occasion d'une perquisition]*, §13. Voir le commentaire de la décision p. 9-12 et 16-19 pour de plus amples précisions sur la teneur accordée à ce principe par le Conseil.

[1705] N. FRICERO, « Délibération des juges : entre secret et transparence », *Les Cahiers de la Justice*, n° 3, 2014/3, p. 414.

[1706] (Brésil) Constitution de la République fédérale du Brésil du 5 octobre 1988 (révisée en 2016), art. 5, LX : « the law may only restrict the publicity of procedural acts when the defence of privacy or the social interest require it » (traduction libre : « *la loi ne peut restreindre la publicité des actes de procédure que lorsque la défense de la vie privée ou l'intérêt social le commandent* »). Voir aussi l'art. 93, IX : « all judgements of the bodies of the Judicial Power shall be public, and all decisions shall be justified, under penalty of nullity, but the law may limit attendance, in given acts, to the interested parties and to their lawyers, or only to the latter, whenever preservation of the right to privacy of the party

en 2009, le Tribunal fédéral a passé un accord avec l'entreprise Google pour retransmettre la programmation de *TV Justice* sur *YouTube*. Les séances de jugement de l'assemblée plénière du Tribunal fédéral suprême sont ainsi retransmises à la télévision et sur internet, ce qui signifie que les juges délibèrent en public dans ce cadre. La conséquence d'une telle médiatisation est très nette sur l'impartialité des juges, comme le remarque M. Almeida Kato :

> *la retransmission en direct des séances de jugement de l'assemblée plénière du Tribunal a tout particulièrement suscité l'intérêt des médias et du public pour ses membres. À leur tour, ceux-ci n'ont pas hésité à franchir la barrière du silence et à communiquer. Et l'impact de cette exposition est tellement considérable qu'aujourd'hui la justice constitutionnelle brésilienne a un visage bien déterminé, qui est celui de ses onze membres*[1707].

Elle en conclut qu' « *il ne serait pas exagéré d'affirmer que la proximité entre les* Ministres [les juges du Tribunal] *et la presse est devenue plus préjudiciable que favorable au bon fonctionnement de la justice constitutionnelle* »[1708], opinion qui est aussi celle de l'ancien président du Tribunal J. Barbosa :

> *Par ailleurs, les juges étant sous l'œil permanent des caméras, se sachant observés, il est à noter que le caractère télévisuel des séances a renforcé cette fâcheuse tendance, qui existait toutefois avant l'adoption de la loi de 2002, au verbiage et au monologue, entraînant ainsi un manque d'objectivité et faisant obstacle à une véritable délibération fondée sur le dialogue. C'est essentiellement le cas lorsque la Cour examine une question épineuse, importante et donc très médiatisée. Les juges, dans ces cas là, ont l'habitude de rédiger leur vote à l'avance, et il est difficile dans cette hypothèse d'emporter une conviction déjà formée et consolidée par un raisonnement savamment et préalablement élaboré*[1709].

---

interested in confidentiality will not harm the right of the public interest to information » (traduction libre : « *tous les jugements des organes du Pouvoir Judiciaire doivent être publics, et toutes les décisions doivent être motivées, sous peine de nullité, mais la loi peut limiter la présence, pour certains actes, aux parties intéressées et à leurs avocats, ou aux seuls avocats, dès lors que la préservation du droit à la vie privée de la partie intéressée par la confidentialité ne portera pas atteinte au droit du public à l'information* »).

[1707] M. ALMEIDA KATO, « La communication du Tribunal fédéral suprême brésilien », *AIJC,* n° 2017-33, 2018, p. 32

[1708] *Ibid.,* p. 40.

[1709] J. BARBOSA, « L'influence de la publicité des délibérés sur la rationalité de la Cour suprême du Brésil », *in* D. ROUSSEAU (dir.), P. PASQUINO (dir.), *La question prioritaire de constitutionnalité, une mutation réelle de la démocratie constitutionnelle française ?*, Mare & Martin, 2018, p. 28-29.

Le Tribunal et ses juges sont devenus un « *phénomène médiatique* »[1710] et cela nuit directement à leur impartialité et à la collégialité. La culture juridictionnelle française est loin de ce modèle et au Conseil, le secret du délibéré est directement garanti par les textes et est soutenu par l'obligation de réserve. L'article 3 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 impose ainsi aux juges constitutionnels français de « *garder le secret des délibérations et des votes et de ne prendre aucune position publique* » tandis que l'article 11 du règlement intérieur du 4 février 2010 rappelle ce principe[1711]. L'obligation de conserver le secret du délibéré n'est pas levée avec la fin des fonctions, même si certains juges ont pu faire une interprétation personnelle de ces dispositions[1712].

758. En revanche, le secret de l'instruction est un principe moins bien protégé en France et il connaît certaines asymétries dans son application par le Conseil constitutionnel qui sont potentiellement dommageables à l'impartialité des juges.

B. Une asymétrie dans le secret de l'instruction

Si le secret de l'instruction est protégé au bénéfice de l'impartialité des juges (1), l'asymétrie que l'on constate entre le contrôle *a priori* et la QPC dans la façon dont ce secret est protégé apparaît aujourd'hui dommageable (2).

[1710] M. ALMEIDA KATO, « La communication du Tribunal fédéral suprême brésilien », *op. cit.*, p. 32.
[1711] Règlement intérieur du 4 février 2010, art. 11 al. 2 : « *Sans préjudice de l'application de l'article 58 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 susvisée, cette délibération n'est pas publique* ».
[1712] Voir P. JOXE, *Cas de conscience*, *op. cit.* Par ailleurs, si dans l'ouvrage de Jean-Louis Debré, le secret du délibéré n'est pas directement mis à mal, certains éléments sont indirectement révélés.

1. Une qualité protégée au bénéfice de l'impartialité des juges

759. En droit français, le secret de l'instruction existe mais est confronté à de nombreuses limites, notamment en matière pénale[1713]. Il est assuré dans le cadre des contentieux *a priori* et QPC, au bénéfice de la liberté de réflexion des juges. D'abord, les auditions sont secrètes, comme l'explique J.-É. Schoettl :

> *Il n'est pas rare que, pour des lois importantes ou très techniques, le rapporteur, lorsqu'il en a le temps, entende des experts. Les autres membres du Conseil constitutionnel assistent à ces auditions et participent, avec l'assentiment du rapporteur, à une discussion dénuée de formalisme. Pas davantage que les autres réunions se tenant rue de Montpensier ces auditions ne sont publiques, ni même portées à la connaissance du public. On y gagne en sincérité beaucoup plus que ce qu'on y perd en « transparence » vis-à-vis de l'extérieur*[1714].

Ce point de vue est aussi partagé par l'ancien président J.-L. Debré qui nous a expliqué l'importance du secret de ces auditions au cours desquelles les juges et les personnes auditionnées doivent pouvoir librement s'exprimer[1715]. Par ailleurs, le dossier documentaire élaboré par le service juridique à l'attention des juges n'est pas communiqué aux parties. Bien entendu, la réserve imposée aux juges les contraint à ne pas communiquer avec l'extérieur durant l'instruction mais nous avons eu l'occasion de remarquer que ces derniers peuvent être soumis à de fortes pressions pouvant mettre en danger leur indépendance et donc le secret de l'instruction[1716]. Enfin, le nom du rapporteur est en principe tenu secret. Au regard de ces éléments, si le secret de l'instruction n'est pas formellement garanti devant le Conseil, il existe en pratique comme c'est le cas devant d'autres juridictions[1717]. Il existe cependant une asymétrie dans le secret de l'instruction entre les contentieux *a priori* et QPC qui est nuisible à l'impartialité des juges.

[1713] Art. 11 CPP. Voir pour un point de vue récent sur les limites de ce principe en matière pénale : V. BRENGARTH, « Le secret de l'instruction doit-il s'incliner devant la liberté d'informer ? », *Dalloz-actualité.fr*, 28 mars 2018, disponible sur : <https://www.dalloz-actualite.fr/chronique/secret-de-l-instruction-doit-il-s-incliner-devant-liberte-d-informer#.Xl0MYi2ZO8o>.

[1714] J.-É. SCHOETTL, « Ma cinquantaine rue de Montpensier », *op. cit.*

[1715] Entretien du 29 janvier 2020.

[1716] Voir *supra* §518 et s.

[1717] Le secret de l'instruction n'est pas une règle de procédure civile ou administrative. Les auteurs de la *Théorie générale du procès* expliquent toutefois que « *le secret, pour être moins spectaculaire, n'en est pas moins une réalité, étroitement liée au caractère écrit de la procédure* » (L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, *op. cit.*, p. 678).

2. Pour une publicité accrue : de la « réunion de travail » à l'audience publique

760. L'objectif du principe de publicité est de montrer la justice selon l'adage « Justice must not only be done, it must also be seen to be done ». La Cour européenne des droits de l'homme distingue deux composantes dans ce principe : la publicité de l'audience et la publicité du prononcé du jugement[1718], le but étant la protection du justiciable contre une justice secrète échappant au contrôle du public[1719]. Toutefois ce principe est loin d'être absolu : lorsque les questions traitées sont des questions de droit devant les juridictions d'appel ou les juridictions suprêmes, le justiciable n'a pas nécessairement droit à une audience publique[1720].

761. En toute hypothèse, l'article 6§1 ne s'applique pas au contrôle *a priori* des lois. Néanmoins, la publicité n'est pas seulement un droit de la défense, c'est aussi un principe de bonne justice. Or, il existe, entre le contrôle *a priori* et la QPC, une forte asymétrie dans la publicité puisque la réunion de travail avec le secrétariat général du Gouvernement n'est pas ouverte aux saisissants dans le cadre du contrôle *a priori*. Nous avons précédemment critiqué ce caractère confidentiel, nuisible à l'égalité des armes[1721]. Il est intéressant de remarquer que cette organisation a pu être justifiée par la nécessité de préserver un certain secret :

> *d'une part, chaque rapporteur conduit la discussion à sa manière, qui en elle-même ne reflète nullement a priori la portée de ses préoccupations, et* [...] *d'autre part, certains interlocuteurs des ministères sont peu habitués au contenu de ces réunions qui n'ont rien à voir ni avec une audition politique devant une commission parlementaire permanente ou spéciale, laquelle revêt un caractère parfois très général, ni avec une séance de travail préalable à la présentation d'un texte devant une section administrative du Conseil d'État*[1722].

Cette justification apparaît aujourd'hui peu convaincante. Dans le cadre de la QPC, l'audience publique constitue un moment fort du procès constitutionnel. Si le fait que

---

[1718] CEDH, Gr. Ch., 33071/96, 12 juillet 2001, *Malhous c. République Tchèque*, §55-56 ; CEDH, 7984/77, 8 décembre 1983, *Pretto et autres c. Italie*, §21-29.

[1719] Voir notamment l'affaire précitée *Malhous c. République Tchèque*, §55 : « *La Cour rappelle que la publicité des débats judiciaires constitue un principe fondamental consacré par l'article 6 § 1 de la Convention. Cette publicité protège les justiciables contre une justice secrète échappant au contrôle du public ; elle constitue aussi l'un des moyens de contribuer à préserver la confiance dans les cours et tribunaux. Par la transparence qu'elle donne à l'administration de la justice, elle aide à atteindre le but de l'article 6 § 1 : le procès équitable, dont la garantie compte parmi les principes de toute société démocratique au sens de la Convention* ».

[1720] CEDH, 55853/00, 8 mai 2995, *Miller c. Suède*, §30 (matière civile).

[1721] Voir *supra* §649 et s.

[1722] O. SCHRAMECK, « Les aspects procéduraux des saisines », *op. cit.*, p. 85.

l'audience soit ouverte au public[1723] est important, l'apport fondamental de l'audience publique est que, non seulement les parties principales, mais aussi les parties intervenantes qui d'une certaine manière représentent aussi le « public », ont accès à l'ensemble du dossier, peuvent exposer oralement leurs arguments et répondre aux questions des juges.

762. Certes, le contexte du contrôle *a priori* est différent puisque c'est la loi venant d'être adoptée qui est examinée. On ne connaît pas encore ses effets et le Conseil utilise la « réunion de travail » avec le Gouvernement comme un moyen de mieux comprendre cette loi abstraite. Néanmoins, le caractère secret de cette réunion a des implications fortes, en particulier la situation particulièrement privilégiée du secrétariat général du Gouvernement auprès du Conseil.

763. Ainsi le succès de l'audience dans le cadre de la QPC invite à considérer la mise en place d'une audience publique dans le cadre du contrôle *a priori*, venant renforcer l'impartialité des juges par l'établissement d'une meilleure contradiction[1724]. Cette publicité peut être à dimension réduite : une simple ouverture aux saisissants, ou élargie avec la mise en place d'une véritable audience publique. Ainsi qu'a pu le remarquer D. Rousseau : « *les circonstances ont changé et imposent de nouvelles règles de travail juridictionnel* »[1725]. Alors que le secret est privilégié durant la procédure, la publicité est élargie une fois la décision rendue.

§II. Une publicité élargie une fois la décision rendue

764. Une fois la décision rendue, la préservation de la liberté de réflexion des juges est moins nécessaire, ce qui laisse une place plus importante à la publicité. Or aujourd'hui, la « *communication juridictionnelle* » [1726] est obligatoire pour les cours constitutionnelles et plus précisément la « *communication décisionnelle* »[1727] : autour de

[1723] Les restrictions à ce principe de publicité sont mineures. Voir Règlement intérieur du 4 février 2010, art. 8 al. 3 : *« Le président peut, à la demande d'une partie ou d'office, restreindre la publicité de l'audience dans l'intérêt de l'ordre public ou lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des personnes l'exigent. Il ne peut ordonner le huis clos des débats qu'à titre exceptionnel et pour ces seuls motifs* ».
[1724] Voir *supra* §662 et s.
[1725] D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, p. 395.
[1726] J. BONNET, « La communication juridictionnelle, nouvel objet du droit », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, n° 33-2017, 2018, p. 13-15.
[1727] M. DISANT, « La communication du Conseil constitutionnel. Évolution, organisation, méthodes. », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, n° 33-2017, 2018, p. 62.

la décision gravitent des éléments devenus indétachables de celle-ci. Nous n'imaginons plus la décision du Conseil sans la liste des juges ayant participé au délibéré, sans son commentaire et désormais sans la liste et le contenu des contributions extérieures. Cette publicité, si elle est à la fois indispensable et extensive, ne protège qu'indirectement l'impartialité des juges (A). Se pose toutefois la question de savoir s'il ne faut pas voir dans cette évolution le symptôme d'un changement plus profond, potentiellement favorable à l'impartialité des juges grâce à l'enrichissement de la discussion processuelle (B).

A. Un impact seulement indirect sur l'impartialité des juges

765. D. Rousseau rappelle les premiers pas d'une évolution vers une plus grande publicité dans son manuel :

> *Deux initiatives en apparence anodines, ont contribué à établir les caractères contradictoire et public de la procédure : la publication au* Journal officiel *des textes des saisines à partir de 1983 grâce à la détermination du Président Daniel Mayer ; et, onze ans plus tard, la publication au même* Journal officiel *des observations en défense de la loi envoyées par le secrétariat général du gouvernement*[1728].

Comme le note le professeur Rousseau, cette évolution a contribué à mettre en place la figure du procès constitutionnel dans le cadre du contrôle *a priori*[1729]. Le Conseil a, ensuite, continué d'élargir le spectre des éléments portés à la connaissance du public. À partir de 1995, les noms des membres ayant participé au délibéré sont mentionnés à la fin de la décision, initiative loin d'être anodine puisqu'elle renvoie au droit élémentaire de connaître ses juges. En 1997, le site internet du Conseil constitutionnel, aujourd'hui « *pièce maîtresse* »[1730] du système de communication du Conseil, voit le jour. Le secrétaire général commence à rédiger ses commentaires à partir de 1995. Le premier numéro des *Cahiers du Conseil constitutionnel* est publié en 1996. La loi du 15 juillet 2008 permet l'ouverture au public des archives des délibérations après un délai de seulement 25 ans et celles-ci sont aujourd'hui directement accessibles sur le site internet

[1728] D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, p. 392.
[1729] *Ibid.,* p. 86 : « *Ainsi, la figure du Conseil-troisième chambre s'efface au profit de celle du Conseil-juridiction* ».
[1730] M. DISANT, « La communication du Conseil constitutionnel... », *op. cit.*, p. 66.

du Conseil. En 2017, la liste des contributions extérieures commence à être publiée et en 2019, leur contenu.

766. Autour de la décision elle-même, on trouve donc aujourd'hui une galaxie de documents annexes, accessibles d'un clic. Bien que ces éléments n'aient pas d'existence en droit, ils viennent compléter la décision et constituent le « *prolongement communicationnel de principe de l'autorité de chose jugée* »[1731]. En effet, la publication de l'ensemble de ces éléments de procédure sur le site internet du Conseil permet à divers publics (les institutions, les praticiens du droit, la doctrine, les citoyens...) d'observer et de contrôler la façon dont s'accomplit la justice constitutionnelle. M. Disant explique très justement le caractère incontournable de cette publicité :

> *Les cours constitutionnelles n'échappent pas à la « société de l'information » qui les oblige à* diffuser *et à développer en amont une conscience plus aiguë de l'usage de leurs décisions. Elles baignent, comme d'autres, dans une « société de discussion » qui les pousse à* faire comprendre*, à expliquer la fabrique de leurs décisions*[1732].

Cette publicité extensive n'est pas une question de pure apparence. La politique de communication du Conseil a une incidence sur la façon dont s'accomplit la justice elle-même. D'abord, c'est parce que le Conseil constitutionnel a pris les traits d'une juridiction qu'il est aujourd'hui considéré comme tel, ce qui a indirectement une incidence sur la valeur accordée, tant à l'extérieur que par les juges eux-mêmes, à l'exigence d'impartialité. Plus encore, cette publicité accrue constitue un approfondissement : en acceptant de fournir certains éléments de motivation plus précis au public, les juges acceptent de dialoguer avec celui-ci. Il faut cependant se garder de surestimer l'impact de cette publicité accrue sur l'impartialité des juges.

B. Une publicité accrue au service de l'impartialité des juges ?

767. L'équilibre entre secret et publicité évolue résolument vers une publicité accrue, en particulier à travers un mouvement de renforcement global de la motivation des décisions de justice. Si une telle évolution, idéalement conçue, peut être favorable à l'impartialité des juges (1) il faut confronter les apparences à la réalité du fonctionnement du Conseil (2).

[1731] *Ibid.*, p. 62.
[1732] *Ibid.*

1. Les vertus idéales d'une publicité accrue

768. Si depuis les années 1990, le Conseil publie de plus en plus d'éléments qui vont servir à expliquer la décision au public, le président Fabius a mis en place une politique d'ouverture élargie : en créant un service de communication en 2018, en tenant des audiences délocalisées, en accentuant l'ouverture à l'international, le Conseil ouvre grand ses portes dans le cadre de sa politique de *communication institutionnelle*[1733]. Il mène parallèlement une politique de *communication décisionnelle*, illustrée récemment par la publication des contributions extérieures et une volonté d'approfondir la motivation des décisions. L'équilibre entre secret et publicité est en mouvement vers une publicité accrue et nous entrevoyons une évolution culturelle qui peut être rattachée à une évolution de la justice française dans son ensemble.

769. Ainsi que l'explique C. Perelman, la forme de la motivation est liée à l'auditoire auquel le juge s'adresse[1734] : « *Le droit autoritaire, celui qui s'impose par le respect et la majesté, n'a guère à motiver. Celui qui se veut démocratique, œuvre de persuasion et de raison, doit chercher, par la motivation, à obtenir une adhésion raisonnée* »[1735].

770. Cette conception de la motivation se vérifie dans les discours des juridictions françaises. La première présidente de la Cour de cassation C. Arens expliquait lors de son discours de début d'année judiciaire 2020 que

> *Le rôle de la Cour de cassation est de trancher les questions de droit. Mais elle n'entend pas seulement dire le droit. Par ses arrêts, elle entend s'adresser à tous, autant à la communauté des juristes, professionnels du*

[1733] *Ibid.,* p. 62-63 : « *Le Conseil constitutionnel français, comme la plupart des autres juridictions constitutionnelles, a intégré la différence entre* communication institutionnelle *et* communication décisionnelle*, comme les deux composantes d'une stratégie globale de communication. La première est orientée vers la connaissance du fonctionnement et du rôle de l'institution dans le système juridico-politique ; la seconde s'intègre plus directement dans les missions remplies par le Conseil constitutionnel, d'une certaine façon, elle est le prolongement communicationnel du principe de l'autorité de chose jugée. Le Conseil constitutionnel français procède à une communication décisionnelle systématique, à laquelle s'ajoute une communication institutionnelle organisée autour de l'événementiel. Les deux informations sont clairement séparées* ».

[1734] C. PERELMAN, « La motivation des décisions de justice, essai de synthèse », *in* C. PERELMAN, P. FORIERS, *La motivation des décisions de justice : études*, Bruylant, 1978, p. 425 : « *La motivation s'adaptera à l'auditoire qu'elle se propose de persuader, à ses exigences en matière de droit et de justice, à l'idée qu'il se forme du rôle et des pouvoirs du juge dans l'ensemble des institutions nationales et internationales* ».

[1735] *Ibid.*

droit, qu'aux personnes intéressées par le litige et l'ensemble des citoyens[1736].

Le Conseil d'État, dans son *vade-mecum* de 2018 sur la rédaction des décisions de justice administrative énonçait quant à lui que « *La décision peut aussi s'adresser à d'autres lecteurs, tiers par rapport au litige, qui peuvent s'intéresser à ce qui a été jugé sans être parties prenantes. Il peut s'agir des citoyens ou des journalistes intéressés par le retentissement de l'affaire* »[1737], ajoutant qu' « *À la pluralité des destinataires des décisions correspondent ainsi différents niveaux de lecture qu'il convient d'articuler* »[1738]. La conséquence de cette approche est une évolution de la motivation chez l'ensemble de nos juges, qu'ils soient administratifs, judiciaires ou constitutionnels. Par un communiqué du 11 mai 2016, le président Fabius a annoncé la modernisation du mode de rédaction des décisions du Conseil, évoquant une simplification de la lecture des décisions et un approfondissement de la motivation[1739]. En 2019, faisant suite à une réflexion approfondie[1740], tant les juridictions administratives que judiciaires ont fait évoluer le mode de rédaction de leurs décisions et arrêts.

771. Une telle synchronicité n'est pas fortuite. Elle marque un mouvement des juges qui, au-delà du cas d'espèce, entendent prendre une place plus visible dans la démocratie afin de mieux assurer l'acceptabilité de leurs décisions : ils ne s'adressent plus seulement aux plaideurs mais aux citoyens. Ils ne sont plus seulement des acteurs mais aussi des figures de la démocratie, communiquant par le biais de leurs décisions et au-delà. Les juges sortent de leur prétoire pour mieux s'immerger dans la société, au profit d'un dialogue renforcé avec un auditoire élargi[1741]. C'est ce qui ressort des mots

---

[1736] C. ARENS, « Discours du 10 janvier 2020 », Audience de début d'année judiciaire 2020, disponible sur : <https://www.courdecassation.fr/publications_26/prises_parole_2039/discours_2202/premiere_presidente_9506/debut_annee_44206.html>.

[1737] CONSEIL D'ÉTAT, *Vade-mecum sur la rédaction des décisions de la juridiction administrative*, 10 décembre 2018, p. 4, disponible sur : <https://www.conseil-etat.fr/actualites/actualites/juridiction-administrative-nouveaux-modes-de-redaction-des-decisions>.

[1738] *Ibid.*

[1739] Communiqué du président du 10 mai 2016, disponible sur : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/actualites/communique/communique-du-president-du-10-mai-2016> : « *Ce nouveau mode de rédaction a pour objectif de simplifier la lecture des décisions du Conseil constitutionnel et d'en approfondir la motivation* ».

[1740] La réflexion a débuté en 2011 avec le rapport Martin : GROUPE DE TRAVAIL SUR LA REDACTION DES DECISIONS DE LA JURIDICTION ADMINISTRATIVE, *Rapport final*, avril 2012, disponible sur : <https://www.conseil-etat.fr/actualites/actualites/groupe-de-travail-sur-la-redaction-des-decisions-de-la-juridiction-administrative-rapport-final>. La Cour de cassation a débuté sa réflexion en 2014.

[1741] Voir F. MALHIERE, « Propos introductifs », *in* F. MALHIERE (dir.), *Comment rédiger une décision de justice au XXIe siècle ?*, Dalloz, 2018, p. 4.

de la première présidente de la Cour de cassation : *« Je pense utile de rappeler que l'office du juge, et particulièrement du juge de cassation, est moins lié à son imperium qu'à sa capacité de dire le droit, de mettre en récit une affaire et d'apporter un dénouement à ce récit par une décision de justice. C'est cela rendre la justice* »[1742]. Ainsi la justice ne doit plus simplement être rendue, elle doit être racontée, ce qui rejoint l'adage selon lequel *Justice must not only be done, it must be seen to be done*. C'est un changement de paradigme[1743]. Par ailleurs, comme le note F. Malhière, le dialogue des juges s'est largement intensifié :

> *Alors que l'*imperatoria brevitas *témoigne de l'exercice du pouvoir par celui qui n'a qu'un mot à dire pour se faire obéir, les juridictions suprêmes sont aujourd'hui obligées de collaborer.* [...] *Le paradigme du réseau ayant remplacé celui de la pyramide, elles ont désormais à convaincre les autres juges suprêmes d'adopter leurs solutions pour préserver leur autorité et élargir leur emprise. La jurisprudence ne se décrète pas, elle se sécrète par la répétition des précédents, ce qui suppose qu'elle rencontre l'assentiment de l'auditoire, formé par les juges et la doctrine*[1744].

L'impact de cette évolution pourrait être, idéalement, important sur l'impartialité des juges. Au-delà de la contradiction entre les parties et entre les juges, ce serait un support permettant une contradiction élargie entre les juges et d'autres publics. C'est un approfondissement du principe de discussion, « *caractéristique majeure du modèle de la démocratie continue, qui est de laisser se poursuivre indéfiniment, au-delà des décisions arrêtées à un moment donné, l'échange sur la légitimité des règles de la vie commune* »[1745]. La justice perd en hauteur mais gagne en présence : en approfondissant la motivation de ses décisions, elle est plus intégrée dans la société, plus pragmatique, plus souple. C'est le renforcement de l'activité du juge comme une activité de la raison pratique au sens de C. Perelman, aboutissant à l'édiction d'une solution non pas

---

[1742] C. ARENS, « Discours du 10 janvier 2020 », *op. cit.*

[1743] Voir F. MALHIERE, « Propos introductifs », *in* F. MALHIERE (dir.), *Comment rédiger une décision de justice au XXIe siècle ?*, *op. cit.*, p. 4 : « *Les raisons qui justifiaient la brièveté traditionnelle des décisions, à savoir la justice retenue, le refus du pouvoir créateur du juge et le souci de prudence, ont cédé le pas à de nouvelles préoccupations, liées à la volonté d'assumer le pouvoir créateur du juge et d'assurer la réception de ses décisions, au souci de préserver la sécurité juridique ou encore de mieux protéger les droits fondamentaux qui font aujourd'hui l'objet d'une concurrence entre les juges. Dans ce contexte nouveau, ce n'est plus l'exigence de brièveté et le formalisme, mais l'objectif de lisibilité et le didactisme qui doivent dicter la rédaction des décisions. Autrement dit, le paradigme a changé. Et ce changement de paradigme est lié à l'évolution de la fonction de juger, à la fois de la place et de l'office du juge dans notre société* ».

[1744] F. MALHIERE, *La brièveté des décisions de justice (Conseil constitutionnel, Conseil d'État, Cour de cassation) : contribution à l'étude des représentations de la justice*, Dalloz, 2013, p. 570.

[1745] D. ROUSSEAU, « La démocratie continue... », *op. cit.,* p. 73.

rationnelle mais raisonnable[1746]. Ces idées ressortent des travaux de la commission de mise en œuvre de la réforme de la Cour de cassation :

> *En outre, selon la formule employée par l'une des personnes auditionnées par la commission tout ce qui entre dans le raisonnement de la Cour doit être formulé. Le changement de motivation pratiqué par la Cour de cassation ne saurait être d'ordre esthétique. D'une façon que l'on pourrait dire optique, la partie décisoire comme les motifs de l'arrêt, doivent pouvoir être déterminés avec aisance et précision. Il appartient à la Cour d'assumer les conséquences d'un tel choix, lesquelles s'organisent autour de l'idée qu'en disant plus, on se dévoile nécessairement. De l'avis de l'intéressé, les sources, toutes les sources de la solution adoptée par l'arrêt doivent apparaître. Ainsi, en cas de revirement de jurisprudence, dont on sait qu'il met à mal des stratégies juridiques établies, il est essentiel que la Cour s'explique sur les raisons mêmes du changement opéré. C'est ainsi que la modification des circonstances, du contexte juridique ou même économique doit être mise en évidence*[1747].

Cet enrichissement du débat pourrait être bénéfique à l'impartialité des juges, dont la réflexion serait alimentée et la capacité au doute confortée. La commission de la Cour de cassation évoque ainsi l'incidence de la motivation en forme développée sur la façon dont les juges délibèrent. Si le recours à la forme développée « *ne bouleversera pas les conditions du délibéré* »[1748], « *Le recours à une motivation en forme développée aura pour effet probable une modification, une adaptation, de la méthode de travail de la Cour, en particulier de la technique du délibéré* »[1749]. En filigrane, est envisagé un renforcement de la collégialité et de la réflexion des juges, conséquence de la complexification du travail de rédaction.

[1746] Voir C. PERELMAN, *Éthique et droit*, *op. cit.,* not. p. 312 : « *Notons à ce propos que la catégorie du raisonnable, qui joue un rôle essentiel dans l'argumentation, dans ce que j'ai appelé la* nouvelle rhétorique *diffère du* rationnel*. Alors que le rationnel se réfère, d'une façon variable selon les auteurs, à des vérités éternelles et immuables, à un droit ou à une morale universellement valables, à des preuves contraignantes, à l'esprit de système, à l'usage des meilleurs moyens en vue d'une fin donnée, le raisonnable est une notion plus floue, au contenu conditionné par l'histoire, les traditions, la culture d'une communauté. Ce qui est considéré comme raisonnable dans une société, à une époque peut cesser de l'être dans une autre société ou à une autre époque. N'empêche que le déraisonnable, malgré tout ce que cette notion a de flou et de changeant, pose, dans chaque État de droit, une limite à l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire légalement reconnu* ».

[1747] COMMISSION DE MISE EN ŒUVRE DE LA REFORME DE LA COUR DE CASSATION, *Note relative à la structure des arrêts et avis et à leur motivation en forme développée*, décembre 2018, p. 7, disponible sur : <https://www.courdecassation.fr/IMG///NOTE%20MOTIVATION%2018%2012%202018.pdf>.

[1748] *Ibid.*, p. 25.

[1749] *Ibid.*, p. 24. Il est ajouté : « *En effet, la rédaction de l'arrêt gagnant en complexité sinon en volume, il n'est pas à exclure que la délibération sur le ou les projets de décision doive être préparée par un travail de rédaction élargi à plusieurs selon un modèle susceptible d'être inspiré du "*comité de rédaction*" qui a cours au sein des juridictions européennes* ».

772. L'étape ultime d'une telle évolution serait la publication des opinions séparées. Signe d'une justice ayant atteint sa pleine maturité, suffisamment sûre d'elle-même pour accepter la contradiction entre les juges au-delà du délibéré et venant enrichir la réflexion de ces derniers sur le long cours[1750]. La publication d'opinions séparées serait même une manière détournée d'imposer une condition de compétence des juges constitutionnels :

> *l'introduction des opinions séparées, bien loin d'affaiblir cette respectabilité, la renforcerait de plusieurs façons : elle contraindrait la majorité à rédiger les décisions avec plus de précision et de rigueur de manière à se prémunir contre les arguments contraires ; elle permettrait aux conseillers minoritaires de préparer les évolutions futures ; elle inciterait les autorités de nomination à choisir des personnalités assez qualifiées pour participer à un débat de ce type. Peut-être pourrait-on aussi envisager de sortir de la contradiction qu'il y a à feindre de prendre la décision pour le produit d'un raisonnement proprement juridique, sans faire de la compétence une condition de la nomination*[1751].

Cette vision a tout d'un *el dorado*. Il faut néanmoins prendre garde aux mirages car la publicité peut rester une simple affaire d'apparence.

2. Des apparences à la réalité

773. L'évolution de la rédaction des décisions peut aussi bien refléter un changement profond qu'un simple toilettage : « *Entre les changements annoncés ou envisagés et ceux qui seront finalement mis en place (après réflexion et*

[1750] Voir not. W. MASTOR, *Les opinions séparées des juges* constitutionnels, Presses universitaires d'Aix-Marseille : Economica, 2005, 361 p. ; D. ROUSSEAU, « Pour les opinions séparées », *in* P.-Y. GAHDOUN, J. BONNET (dir.), *La QPC, une révolution inachevée ?,* Institut Universitaire Varenne, 2016, p. 91-96. Pour le point de vue américain, voir not. : S. BREYER, *Making our democracy work : a judge's view*, *op. cit.*, p. 43, à propos de l'affaire Dred Scott : « The second lesson reinforces the optimistic judicial view that when a judge writes an opinion, even in a highly visible, politically controversial case with public feeling running high, the opinion's reasoning - not simply the author's conclusion - can make all the difference. A strong opinion is principled, reasoned, transparent, and informative. And a strong opinion should prove persuasive, make a lasting impression on the minds of those who read it, and (if a dissent) eventually influence the law to move in the direction it proposes. Curtis's opinion was one of two dissents. Its language is not the most colorful, but its reasoning is by far the strongest » (traduction libre : « *La seconde leçon qui renforce le point de vue optimiste sur le pouvoir judiciaire est que lorsque le juge écrit une opinion, même dans une affaire très visible, politiquement controversée pour laquelle les sentiments du public sont intenses, le raisonnement tenu par l'opinion – pas seulement la conclusion de l'auteur – peut faire toute la différence. Une opinion forte s'appuie sur des principes, est argumentée, transparente, et informative. Et une opinion forte devrait se révéler convaincante, avoir un impact durable sur l'esprit de ceux qui la lisent, et (si c'est une dissidence) éventuellement influencer la loi dans le sens qu'elle propose* »).

[1751] M. TROPER, « Le pouvoir des juges constitutionnels », *La vie des idées*, 7 avril 2010, disponible sur : <http://www.laviedesidees.fr/Le-pouvoir-des-juges.html>.

expérimentation), il peut y avoir un écart, un décalage dans le temps, voire un rétropédalage »[1752]. Or la manière dont la réforme a été menée par le Conseil montre qu'elle n'est pas le fruit d'une réflexion approfondie. Comme le note une étude du service de documentation de la Cour de cassation, « *Le Conseil constitutionnel n'a pas communiqué sur le processus décisionnel retenu afin d'aboutir à la réforme du mode de rédaction des décisions* »[1753]. Alors que, tant au Conseil d'État qu'à la Cour de cassation, le processus de réflexion s'est étalé sur plusieurs années et a impliqué une diversité d'acteurs, la modification du style des décisions du Conseil a été simplement annoncée par un communiqué du président[1754] fraichement entré en fonctions et non par le Conseil constitutionnel[1755].

774. Ensuite, la doctrine a elle-même noté l'impact limité de la réforme. T. Piazzon, dans son commentaire de la première décision rédigée dans le style remanié « *peine à cerner la simplification qui résulterait de cette manœuvre, tout comme le gain de clarté qu'en soi elle engendrerait* »[1756]. Il se réfère en outre au commentaire du secrétaire général pour préciser celle-ci, « *C'est dire qu'après comme avant le 10 mai 2016, le travail du service juridique reste l'élément le plus précieux pour assurer la bonne compréhension des décisions du Conseil* »[1757].

775. Il apparaît, quelques années plus tard, que la motivation des décisions du Conseil n'a pas fondamentalement changé. Pour comprendre les décisions, il reste la

---

[1752] F. MALHIERE, « Propos introductifs », *in* F. MALHIERE (dir.), *Comment rédiger une décision de justice au XXIe siècle ?*, *op. cit.*, p. 6.

[1753] SERVICE DE DOCUMENTATION, DES ETUDES ET DU RAPPORT DE LA COUR DE CASSATION, BDP, *Les modifications de rédaction et de motivation des décisions du Conseil constitutionnel*, décembre 2016 (version actualisée au 27 avril 2017), p. 2, disponible sur : <https://www.courdecassation.fr/IMG/36_SDER_BDP_Redaction_motivation_CC_1216.pdf>.

[1754] Communiqué du 11 mai 2016 précité.

[1755] Voir not. F. MALHIERE, « Le considérant est mort ! Vive les décisions du Conseil constitutionnel ? », *Gazette du Palais*, 24 mai 2016, p. 11 : « *Sur la forme, c'est un communiqué du président du Conseil constitutionnel - et non de l'institution - qui explique le sens de cette évolution. Le fait est suffisamment rare pour être souligné. Il atteste - s'il en était besoin - l'autorité du nouveau président sur l'institution. Il marque l'empreinte - si ce n'est l'emprise - de Laurent Fabius sur le nouveau Conseil. Certes le Conseil constitutionnel a toujours été, par sa structure et son fonctionnement même, une institution relativement centralisée. Mais la communication du nouveau président pourrait révéler une présidentialisation plus marquée de l'institution* ». N. Maestracci tempère cependant cette idée : « *Cette évolution, qui était déjà souhaitée par plusieurs des membres du Conseil, n'a pas suscité de grands débats internes* » (N. MAESTRACCI, « Le nouveau mode de rédaction des décisions du Conseil constitutionnel », *in* F. MALHIERE (dir.), *Comment rédiger une décision de justice au XXIe siècle ?*, *op. cit.*, p. 17).

[1756] T. PIAZZON, « Chronique de droit privé », *Les nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 53, octobre 2016, p. 141.

[1757] *Ibid.*

plupart du temps, sinon nécessaire, du moins fort utile, de se référer au commentaire[1758] et même les décisions les plus marquantes restent brèves[1759]. Il est donc impossible de prêter les vertus idéales d'une motivation approfondie aux décisions du Conseil. Celles-ci, telles qu'elles sont aujourd'hui rédigées, ne permettent pas l'engagement d'un dialogue sur le sens de la Constitution avec le public[1760]. Elles restent une manifestation d'autorité avant d'être un acte de persuasion. Par comparaison, la politique d'admission large des interventions dans le cadre de la QPC est un facteur d'ouverture autrement plus déterminant dans la création de ce dialogue élargi entre la société et les juges[1761]. Pour reprendre les mots de N. Maestracci, « *Il faut donc prendre cette réforme pour ce qu'elle est : une modernisation bienvenue et peut-être l'amorce d'une réforme plus profonde* »[1762]. Elle estime que cette réforme constitue une prise de conscience mais émet plusieurs interrogations sur les suites possibles de celle-ci. Elle s'interroge en particulier sur la compatibilité d'une rédaction longue avec le respect des délais et le caractère abstrait du contrôle[1763]. Elle évoque par ailleurs la place du commentaire :

> *Faut-il continuer à accompagner des décisions très brèves de commentaires très longs mais non validés par les membres du Conseil et dont le statut est en conséquence incertain ? Pour sortir de cette situation, il y a deux solutions : intégrer le commentaire en première partie de la décision sous une forme adéquate, ou donner un statut au commentaire qui pourrait être validé par le Conseil et contenir des éléments plus conjoncturels qui n'ont pas vocation à apparaître dans la décision elle-même*[1764].

Cette remarque, bien qu'intéressante, nous semble insuffisamment audacieuse. N. Maestracci continue de voir le commentaire comme un complément indispensable de la décision et il est proposé de lui donner une place plus importante.

776. Au-delà de la question du rôle du secrétaire général et du service juridique dans l'élaboration de la décision, les travaux menés par la commission de réforme de la Cour de cassation insistent sur les problèmes que pose cette dispersion de la motivation

---

[1758] Voir nos développements *supra* §204 et s.
[1759] Voir par exemple la décision reconnaissant la protection de l'environnement comme objectif de valeur constitutionnelle : CC, 2019-823 QPC, 31 janvier 2020, *Union des industries de la protection des plantes [Interdiction de la production, du stockage et de la circulation de certains produits phytopharmaceutiques]*.
[1760] Expression utilisée précédemment dans cette thèse, reprise d'un ouvrage sur les auditions des juges américains (P. M. COLLINS, JR., L. A. RINGHAND, *Supreme Court Confirmation Hearings and Constitutional Change*, *op. cit.*, p. 158). Voir *supra* §557.
[1761] Voir nos développements sur la contradiction *supra* §704.
[1762] N. MAESTRACCI, « Le nouveau mode de rédaction des décisions du Conseil constitutionnel », *in* F. MALHIERE (dir.), *Comment rédiger une décision de justice au XXIe siècle ?*, *op. cit.*, p. 17.
[1763] *Ibid.,* p. 21-22.
[1764] *Ibid.*, p. 23.

dans des documents annexes[1765]. Même si ce commentaire était présenté en première partie de la décision et validé par les juges, il resterait extérieur à celle-ci. Quant aux opinions séparées, il est peu probable qu'elles soient publiées dans un avenir proche, bien que certains juges constitutionnels comme N. Maestracci[1766] y soient favorables.

777. Si les vertus du secret pour l'impartialité des juges ne sont plus à démontrer, il est cependant heureux que l'équilibre penche vers une publicité accrue, au service d'une justice constitutionnelle plus moderne, plus immergée dans la société. Néanmoins les vertus de la publicité ne doivent pas être surestimées. Comme le note F. Malhière en conclusion de sa thèse :

> *La brièveté des décisions de justice semble avoir vécu. Les frémissements de la jurisprudence récente et le foisonnement de la doctrine en la matière sont les signes annonciateurs d'un changement proche. Reste à savoir quand et comment ce changement s'opérera. Mais sur ce point, ce sont les juges qui auront le dernier mot*[1767].

À notre sens, dans le temps présent, les mesures les plus intéressantes pour l'impartialité des juges constitutionnels sont celles qui touchent au déroulement de la procédure et non celles mises en œuvre une fois la décision rendue : la publicité de l'audience et l'accès des tiers au procès constitutionnel sont des vecteurs puissants d'une contradiction élargie au service de la réflexion des juges. Dès lors, une harmonisation des procès *a priori* et *a posteriori* à ce niveau devrait constituer la prochaine étape de la construction du procès constitutionnel.

[1765] La Commission de mise en œuvre de la réforme de la Cour de cassation l'a noté à propos du juge judiciaire : « *Tout d'abord, l'arrêt doit se suffire à lui-même. Cette formule a paru, à la commission, résumer, à elle seule, l'esprit, les finalités et les enjeux d'une motivation rénovée des arrêts. Il en découle que la fonction informative jusqu'ici dévolue aux documents périphériques à l'arrêt (rapport du conseiller rapporteur ; avis de l'avocat général) devrait, à l'avenir, se réduire considérablement* » (COMMISSION DE MISE EN ŒUVRE DE LA REFORME DE LA COUR DE CASSATION, *Note relative à la structure des arrêts et avis et à leur motivation en forme développée*, *op. cit.*, p. 6).

[1766] N. MAESTRACCI, « Le nouveau mode de rédaction des décisions du Conseil constitutionnel », *in* F. MALHIERE (dir.), *Comment rédiger une décision de justice au XXIe siècle ?*, *op. cit.*, p. 22-23 : « *Faut-il continuer à fermer la porte aux "opinions séparées" ? Certes, elles n'appartiennent pas à la culture judiciaire française, mais elles auraient l'immense avantage de rendre plus visible, plus vivant et donc plus compréhensible le débat constitutionnel. Une telle possibilité pourrait être limitée aux décisions QPC pour éviter le caractère trop politique de prises de position nécessairement très proches du débat parlementaire lorsque le Conseil est saisi avant la promulgation de la loi. Elle pourrait également être adaptée à la situation française pour tenir compte des inconvénients constatés dans d'autres pays* ».

[1767] F. MALHIERE, *La brièveté des décisions de justice...*, *op. cit.*, p. 572.

Conclusion du chapitre II

778. La collégialité est une qualité perfectible, tant au stade de l'instruction que du délibéré. Au stade de l'instruction, la collégialité est en effet systématiquement organisée entre les membres du service juridique, mais non entre les juges. Le couple rapporteur – service juridique apparaît incontournable à ce stade tandis que la collégialité entre les juges, si elle existe, revêt une dimension variable. Un renforcement de la collégialité entre les juges au stade de l'instruction serait ainsi bénéfique à leur impartialité et plusieurs pistes de réflexion peuvent être envisagées pour ce faire, en prenant notamment exemple sur les pratiques allemande et italienne.

779. Au stade du délibéré, la collégialité retrouve en principe toute sa force et les comptes rendus des délibérations publiés en témoignent : la réflexion individuelle des juges est largement alimentée par la collégialité, au service de leur impartialité. Cependant, à ce stade aussi des efforts sont à réaliser puisqu'un examen du taux de présence des juges montre un absentéisme plus ou moins préoccupant suivant les années. Si certaines absences s'expliquent par la maladie, le décès ou la démission d'un membre, d'autres sont plus difficilement explicables et le cumul de ces diverses absences avec des déports de plus en plus nombreux pose de réels problèmes. Au-delà de la question du respect du *quorum*, ces éléments constituent un argument supplémentaire en faveur de la professionnalisation des juges : la fonction de juge constitutionnel est devenue une fonction à plein temps et il s'agit, dès lors, de mettre en place des règles de fonctionnement visant à préserver l'entière collégialité du délibéré.

780. Il existe, par ailleurs, des asymétries dans le secret de l'instruction dans le cadre du contrôle *a priori* entre le secrétariat général du Gouvernement et les saisissants, ce qui rejoint ce que nous avions souligné concernant l'égalité des armes et milite pour une publicité accrue de la « réunion de travail » et sa transformation en véritable audition ouverte *a minima* aux représentants du Gouvernement et aux saisissants.

781. Enfin se dessine un mouvement auquel participe le Conseil constitutionnel, visant à assurer une plus grande publicité de la justice, au bénéfice d'une meilleure acceptabilité des décisions rendues. Les juges suprêmes n'hésitent plus à communiquer, tant sur leur institution que sur leurs décisions et à se positionner non seulement en

acteurs, mais aussi en figures de la justice et de la démocratie. Dans le droit fil de cette évolution vers plus de publicité, une réflexion sur le renforcement de la motivation des décisions a été initiée puis concrétisée par un certain nombre de réformes. Le projet est ambitieux à partir du moment où l'on préconise que les décisions de justice incluent « *tout ce qui rentre dans le raisonnement de la Cour* »[1768], c'est-à-dire l'ensemble des sources de la décision et les raisons motivant un changement de jurisprudence, qu'elles soient d'ordre juridique, économique ou autre. Un tel bouleversement constituerait un changement de paradigme, la décision n'apparaissant plus comme le produit d'un raisonnement rationnel, mais raisonnable. Cet enrichissement de la motivation pourrait être bénéfique à l'impartialité des juges par l'établissement d'une contradiction renforcée, laissant une plus grande place au doute. L'étape ultime d'une telle transformation serait la publication des opinions séparées, portant à la connaissance du public la contradiction s'étant jouée entre les juges.

782. Cette vision idyllique de la motivation renforcée reste néanmoins à transposer dans la réalité. Au Conseil, l'évolution de la rédaction des décisions se heurte à une collégialité insuffisamment organisée entre les juges au stade de l'instruction, ce qui renvoie à notre critique portant sur la place du service juridique dans la rédaction des décisions, mais aussi plus largement à la contrainte des délais qui pèse lourdement sur la justice constitutionnelle française. Sur ce point, le procès constitutionnel reste donc largement à construire et l'impact de la motivation sur l'impartialité des juges en tant que qualité est aujourd'hui limité.

[1768] COMMISSION DE MISE EN ŒUVRE DE LA REFORME DE LA COUR DE CASSATION, *Note relative à la structure des arrêts et avis et à leur motivation en forme développée*, décembre 2018, p. 7, disponible sur : <https://www.courdecassation.fr/IMG///NOTE%20MOTIVATION%2018%2012%202018.pdf>.

Conclusion du Titre II

783. Il existe des asymétries dans la construction du procès constitutionnel. Alors que la contradiction est arrivée à maturité dans le cadre de la QPC, elle reste organisée de façon rudimentaire dans le cadre du contrôle *a priori*. L'examen de la contradiction dans le cadre de la QPC jette ainsi une lumière crue sur les insuffisances de la contradiction dans le cadre du contrôle *a priori*. Les déséquilibres constatés peuvent être résorbés : s'il est inutile de chercher à remplacer le secrétariat général du Gouvernement dans le rôle du défenseur de la loi, il est en revanche possible de renforcer le rôle du demandeur, en transformant la « réunion de travail » en véritable audience.

784. La question de la participation des tiers au procès constitutionnel est aussi un enjeu important. La question est de savoir qui participe effectivement au procès constitutionnel et contribue ainsi à la formation de la décision. De ce point de vue, le Conseil est un juge ouvert sur la société, contrairement à d'autres cours qui sont submergées de demandes. Le fait que le Conseil rende un nombre limité de décisions est ainsi un atout important, lui permettant d'ouvrir la contradiction aux tiers qui viennent enrichir la réflexion des juges, au service de leur impartialité.

785. Si la contradiction entre les parties et les tiers est bien protégée dans le cadre de la QPC, la contradiction entre les juges pourrait être renforcée, notamment au stade de l'instruction. Cela pourrait contribuer à un rééquilibrage des pouvoirs au sein du Conseil, bénéfique à l'impartialité des juges. Enfin le secret tend à laisser de plus en plus place à la publicité, mais cette évolution ne doit pas être surestimée, car la publicité n'entraîne pas nécessairement un approfondissement du dialogue entre le Conseil et la société.

Conclusion de la Partie II

786. L'impartialité est sans conteste une qualité recherchée par le Conseil constitutionnel : en témoigne le statut d'indépendance dont bénéficient les juges, tout comme les garanties de contradiction et de collégialité existantes. Il apparaît néanmoins que cette recherche devrait aller (beaucoup) plus loin et suppose une réflexion approfondie, à l'intérieur et en dehors de l'institution, sur le rôle du Conseil constitutionnel au sein de la démocratie. En effet, le Conseil d'aujourd'hui reste une institution centralisée à tous points de vue : proche du pouvoir central, ce qui nuit à son indépendance, organisée elle-même de façon centralisée, ce qui pose la question de la compétence des juges.

787. L'étude du procès constitutionnel fait ensuite apparaître toutes les qualités de ce procès, mais aussi ses défauts. Si, comme le notait G. Vedel, « *l'institution a été merveilleusement servie par ses malfaçons* »[1769], certaines imperfections ne sont plus acceptables aujourd'hui. En particulier la collégialité mériterait d'être mieux préservée par les textes et une harmonisation procédurale des procès *a priori* et *a posteriori* est souhaitable sur de nombreux points.

788. L'impartialité, qualité modeste, impliquant seulement du juge qu'il ne prenne pas parti de façon prématurée, dépend avant tout de la volonté de ce dernier. Un juge qui n'est pas compétent peut se rendre compétent, un juge subissant des pressions peut ne pas y céder, un collège incomplet n'est pas une addition de partialités et une juridiction motivant brièvement ses décisions ne saurait, bien entendu, être soupçonnée de partialité pour ce seul motif, mais il est aussi certain que l'impartialité se nourrit de compétence, d'indépendance, de contradiction, de collégialité, de secret et d'une certaine dose de publicité.

[1769] G. VEDEL, « Table ronde : témoignages d'anciens du Conseil constitutionnel », *in Le Conseil constitutionnel a 40 ans...*, *op. cit.*, p. 43.

CONCLUSION GÉNÉRALE

789. Selon D. Rousseau, la décision du juge constitutionnel rend visible le fait que les représentants ne sont pas souverains. Celle-ci constitue une scène qui produit la figure du peuple comme souverain et ramène les représentants à leur rôle de délégués, puisque c'est au regard des droits du peuple que les lois sont jugées. Pour D. Rousseau,

> *Sans doute, cette mise en souveraineté du peuple sur ses représentants se réalise-t-elle par la médiation d'une institution, le juge constitutionnel. Mais n'est-ce pas pécher par idéalisme de penser que le peuple puisse être transparent à lui-même, puisse se saisir directement comme souverain ? De même que « pour avoir une idée de la totalité de notre aspect physique nous devons recourir à notre image réfléchie dans un miroir », il est indispensable, pour que le peuple « se voie » comme souverain, qu'un miroir lui réfléchisse son image de peuple souverain. Le miroir, c'est la charte jurisprudentielle des droits et libertés que le juge présente au peuple pour qu'il se représente sa souveraineté et aux délégués pour qu'ils se représentent leur subordination au souverain*[1770].

L'on pourrait craindre, cependant, que ce miroir soit un miroir déformant. En effet, la Constitution ne peut parler d'elle-même, elle a besoin d'un interprète, elle doit être *lue* pour être écoutée. Or le droit, tel qu'il est produit par les juges constitutionnels, est « impur » et le risque de partialité est indétachable de la justice, c'est-à-dire qu'il est toujours possible que les juges constitutionnels interprètent la Constitution en fonction de leurs seules préférences personnelles ou sous la pression d'une entité extérieure. La partialité du juge, le détournant de sa mission, déforme ainsi le texte constitutionnel et donc les droits du peuple.

790. Ce risque est fort pour la justice constitutionnelle, parce qu'elle consiste non seulement à arbitrer des conflits d'intérêts entre les plus hautes autorités de l'État, mais aussi des conflits de valeurs au plus haut niveau de la hiérarchie des normes. La décision rendue par le juge est nécessairement subjective et relative : « *Le problème des valeurs est d'abord et avant tout le problème des conflits de valeurs. Et ce problème ne peut être résolu avec les moyens de la connaissance rationnelle* »[1771] disait Kelsen. À suivre l'éminent juriste, l'on serait vite tenté de tomber dans un « *nihilisme*

[1770] D. ROUSSEAU, « La démocratie continue...», *op. cit.,* p. 73.
[1771] H. KELSEN, *Qu'est-ce que la justice ?...*, *op. cit.*, p. 38.

méthodologique »[1772] conduisant « *à ne voir dans l'argumentation juridique qu'une opération de camouflage des motifs réels* »[1773], retirant ainsi toute prétention démocratique au contrôle de la constitutionnalité des lois.

791. Notre étude nous amène à tempérer ces idées. L'examen du pouvoir d'interprétation et d'appréciation du Conseil montre que le droit donne aux juges constitutionnels des outils pour objectiver leur raisonnement. Alors que les textes limitent la place laissée à l'expression de la partialité des juges, les critères posés par la jurisprudence jalonnent leur appréciation de repères extérieurs à leur subjectivité. Par ailleurs, le Conseil constitutionnel appartient à un système juridique contraignant. Pour exercer son pouvoir au sein de ce système, il doit assurer l'acceptabilité de ses décisions, ce qui le conduit à se plier à un certain nombre de contraintes.

792. Ces contraintes, essentielles, constituent néanmoins une barrière parfois très relative à la partialité du juge, comme la motivation, et peuvent même avoir un impact ambigu sur le risque de partialité, comme la retenue dans l'appréciation. Ainsi le risque de partialité existe toujours, que le Conseil décide d'exercer pleinement sa mission ou non, comme le montre sa jurisprudence sur les questions de société : lorsque le Conseil refuse de prendre parti sur une question de société, cela élimine le risque de partialité lié aux préjugés individuels des juges. Cependant, le Conseil prend toujours parti sur la constitutionnalité de la loi et si la loi est jugée constitutionnelle par avance, une forme de partialité se dessine et celle-ci est potentiellement dommageable, notamment pour l'indépendance du Conseil.

793. Malgré ces limites, la forme juridictionnelle apparaît, par elle-même, contraignante et « mesure » le risque de partialité. Dès lors, le fait que le Conseil constitutionnel participe, dans la forme juridictionnelle, à la création et à la modification des règles régissant la société, légitime sa place au sein de la démocratie en tant qu'instance de discussion[1774], sous une forme distincte de celle qui se tient au Parlement.

794. En effet**,** le peuple n'est pas absent du contrôle de constitutionnalité des lois. Cependant, dans le cadre du contrôle *a priori*, le peuple n'est présent qu'à travers

[1772] O. JOUANJAN, « Présentation du traducteur », *in* F. MÜLLER, *Discours de la méthode juridique*, *op. cit.,* p. 10.
[1773] *Ibid.*
[1774] Nous faisons ici écho à l'idée de démocratie délibérative au sens large, en ce qu'elle met l'accent sur l'idée de discussion contradictoire des points de vue.

certains de ses représentants qui saisissent le Conseil et par le biais de la Constitution qu'il a adoptée par référendum, sans pour autant participer à l'édiction de son contenu. Il s'exprime néanmoins par un autre biais : la porte étroite, et si celle-ci était intégrée au procès constitutionnel, comme c'est le cas dans le cadre de la QPC, cela permettrait de faire entrer plus directement le peuple dans le procès constitutionnel, à la condition que cette ouverture ne favorise pas excessivement certains intérêts au détriment d'autres. Le contrôle *a priori* est donc, avant tout, un mécanisme de la démocratie représentative, car il permet, à titre principal, la participation des représentants au procès constitutionnel, et à titre seulement accessoire la participation d'autres figures du peuple.

795. La QPC permet, dans une certaine mesure, de dépasser ce cadre. En effet, la participation du peuple a été accrue dans le cadre de la QPC avec la figure du justiciable, si l'on conçoit cette figure comme une des personnifications possibles du peuple[1775]. Ce justiciable participe ainsi au procès constitutionnel et peut s'exprimer oralement, bien qu'étant « représenté » par un avocat. Sa participation est intéressée puisqu'il défend ses intérêts propres, mais elle est « élevée » par le conflit de normes et prend une dimension générale, susceptible d'être rattachée à l'idée démocratique de participation du peuple à l'édiction des règles régissant la société. Enfin les tiers, associations, experts, représentants d'intérêts divers, peuvent s'exprimer auprès du juge constitutionnel dans le cadre du procès *a posteriori*. La QPC est ainsi un moyen pour les gouvernés d'opposer aux gouvernants, le respect de leurs droits et libertés dans le cadre d'un conflit organisé dans la forme juridictionnelle.

796. Le peuple, dans certaines de ses formes[1776], peut donc s'exprimer auprès du Conseil constitutionnel sur le sens de la Constitution et de la loi et ainsi contribuer à la

---

[1775] Voir aussi D. Rousseau sur ce point : « *Sur la figure du plaideur. Elle est aussi une figure du citoyen. La figure du citoyen est multiple, plurielle ; elle ne se réduit pas à l'électeur et son droit de vote ; elle se réalise également dans celle du justiciable et de son droit d'accès au juge. Et la seconde figure n'est pas moins démocratique que la première ; elle l'est peut-être même plus, car le citoyen électeur met en scène la figure abstraite de la Nation ou du Peuple, alors que le citoyen justiciable met en exercice la figure concrète du petit peuple, des gens, de "tout un chacun"* » (D. ROUSSEAU, P. PASQUINO (dir.), *La question prioritaire de constitutionnalité, une mutation réelle de la démocratie constitutionnelle française ?*, mare & martin, 2018, p. 140).

[1776] Voir, sur ce point, le numéro spécial de *Titre VII* sur les dix ans de la QPC. Plusieurs études rappellent que les citoyens individuels pourraient être mieux représentés dans le cadre du procès constitutionnel, en particulier les plus vulnérables : « *peu de place est faite dans le contrôle – tel qu'il est aujourd'hui exercé – pour la vulnérabilité, au point de se demander si le prétoire du juge constitutionnel ne lui est pas fermé, la rejetant dans le giron du seul juge ordinaire* » (C. SEVERINO, H. ALCARAZ (resp. sc.), « La QPC, outil efficace de protection des personnes en situation de vulnérabilité », *Titre VII* [en ligne], hors-série, octobre 2020). Voir aussi A. ROBLOT-TROIZIER, M.-C. ARRETO (resp. sc.), « Vers l'émergence d'un droit processuel constitutionnel ? », *op. cit.* Voir en contrepoint l'étude dirigée par E. Cartier, plus optimiste : E. CARTIER (resp. sc.), « Les justiciables de la QPC. Identification et mobilisation d'un outil processuel sui generis », *op. cit.*

création des règles régissant la société. Néanmoins l'intermédiaire entre le peuple, la Constitution et la loi est le juge et reste donc posée la question de son impartialité, nécessaire non seulement pour *lire* la Constitution, mais aussi pour *écouter* les différentes figures du peuple s'exprimant devant lui.

797. De ce point de vue, il apparaît nécessaire de désacraliser la justice, y compris constitutionnelle, pour mieux la voir et ainsi mieux la protéger. En effet, le juge constitutionnel n'est pas ce tiers, extérieur à l'équilibre des pouvoirs, qui ne fait qu'appliquer le droit alors que les autres pouvoirs créent le droit. Si le Conseil agit dans le cadre d'un système juridique contraignant qui limite dans une certaine mesure le risque de partialité, se pose aussi l'impact de la « double vie » des juges constitutionnels sur ce risque de partialité, la question du cumul des fonctions se posant en des termes spécifiques pour le Conseil constitutionnel. La vie de juge constitutionnel est aujourd'hui une activité à temps plein et le statut applicable aux membres du Conseil reflète cette réalité : le risque de partialité est, de ce point de vue, bien appréhendé. Cependant, le statut n'empêche pas certaines interprétations extensives qui continuent d'être problématiques et montrent l'incompatibilité existant entre la poursuite d'une activité politique et l'exercice des fonctions de juge constitutionnel. La vie passée des juges, qui peut entraîner leur partialité sur les questions dont ils ont eu à connaître à l'occasion de leur carrière antérieure, est quant à elle moins bien appréhendée, particulièrement dans le cadre du contrôle *a priori*. Néanmoins, la mise en place de la QPC a permis une prise de conscience chez les juges de l'incompatibilité existant entre les prises de position politiques ayant pu jalonner leur vie passée et leurs fonctions actuelles. Les mécanismes existants mériteraient toutefois d'être formalisés dans le cadre du contrôle *a priori* et leur logique a vocation à être approfondie, par exemple avec la mise en place de règles déontologiques tirées de la pratique des juges.

798. Si le risque de partialité peut être limité grâce à des mécanismes dédiés à l'appréhension de ce risque, l'impartialité des juges constitutionnels, en tant que liberté de réflexion devant être préservée jusqu'au terme de la procédure, doit aussi être protégée. L'impartialité est une qualité recherchée par le Conseil mais cette recherche doit être approfondie. L'indépendance du Conseil à l'égard du pouvoir politique, bien que protégée par les garanties classiques d'indépendance, a vocation à être pensée plus largement, car les garanties classiques ne permettent pas d'appréhender tous les risques

existants. Au-delà de l'impartialité des juges, l'enjeu est ici celui de la force du Conseil en tant que garant de l'État de droit lors de périodes de crise ou concernant les questions déterminantes pour la société. Une réflexion sur les conflits d'intérêts pourrait être une piste possible, bien que difficile à mettre en œuvre avec efficacité.

799. Ensuite, la compétence des juges est aussi un moyen de leur indépendance et de leur impartialité, car elle permet à ces derniers de dépasser leur horizon personnel, c'est-à-dire leurs propres préjugés, et leur donne des outils pour réfléchir à la question posée, qui est une question de droit. Pourtant, la compétence juridique, nécessaire à l'exercice du contrôle de la constitutionnalité des lois, est précairement assurée. Certes, de nombreux juges ont mené une carrière juridique durable avant leur entrée au Conseil, mais trop peu de spécialistes du contentieux constitutionnel sont nommés, tandis que des juges dénués d'expérience professionnelle juridique continuent d'être nommés. Au-delà de cet aspect, les juges doivent compter sur leurs collaborateurs pour se rendre compétents à chaque nouvelle décision. L'organisation centralisée du Conseil peut néanmoins conduire les juges à se reposer trop largement sur le travail de ces collaborateurs, ce qui laisse place à l'expression d'une partialité voilée. Cela nous amène à conclure à la nécessaire professionnalisation des juges constitutionnels afin d'assurer une concordance entre la compétence juridique des juges et celle des membres du service juridique, et donc à la modification du mode de nomination, au profit d'un meilleur équilibre des pouvoirs au sein du Conseil et d'une meilleure protection de l'impartialité des juges.

800. L'impartialité du Conseil ne tient pas qu'aux qualités du juge, mais aussi à celles du procès constitutionnel, qui est en construction. La contradiction est arrivée à maturité dans le cadre de la QPC mais une mise à niveau du contrôle *a priori* s'impose. Le caractère étendu de la contradiction dans le cadre de la QPC est l'un des éléments permettant de caractériser le mieux le Conseil en tant que lieu de démocratie, autorisant potentiellement une riche discussion entre divers acteurs de la société dans le cadre du procès constitutionnel, au bénéfice de l'impartialité des juges.

801. La collégialité pourrait en revanche être renforcée, tant au stade de l'instruction que du délibéré. Certaines pistes peuvent être envisagées pour approfondir la collégialité entre les juges au stade de l'instruction, tandis que les textes pourraient être modifiés pour mieux appréhender les « incidents » de la vie du Conseil. Par ailleurs, le Conseil constitutionnel participe à une évolution générale vers une publicité

accrue de la justice à travers la réforme de la motivation des décisions. Cette publicité accrue serait, dans un monde idéal, bénéfique à l'impartialité des juges dont la réflexion serait alimentée et la capacité au doute confortée. L'étape ultime d'une telle ouverture serait symbolisée par la publication des opinions dissidentes, signe d'une justice sûre d'elle-même, acceptant la contradiction au-delà du délibéré. Les vertus de la publicité pour l'impartialité des juges ne doivent cependant pas être surévaluées et la réforme de la motivation des décisions du Conseil constitutionnel reste largement à construire.

802. L'idée qu'une décision ne doit pas être prise de façon prématurée ne s'applique pas qu'au seul juge. C'est un principe immémorial, qui rejoint l'antique prudence : la *phronèsis*, concernant la discussion des problèmes pratiques. Ce principe a vocation à s'appliquer à tout décideur disposant d'une parcelle de pouvoir[1777]. Camus a défendu cette idée toute sa vie : c'est l' « *audace de l'incertitude* »[1778], une « *éthique de la mesure* »[1779], qui implique le fait de garder les yeux ouverts sur les autres points de vue et non de les fermer comme le prescrit pourtant l'image de Thémis[1780]. Les paroles de Camus prononcées lors d'un discours en 1948 sont éloquentes :

> *Quel est le mécanisme de la polémique ? Elle consiste à considérer l'adversaire en ennemi, à le simplifier par conséquent et à refuser de le voir. Celui que j'insulte, je ne connais plus la couleur de son regard, ni s'il lui arrive de sourire et de quelle manière. Devenus aux trois quarts aveugles par la grâce de la polémique, nous ne vivons plus parmi des hommes, mais dans un monde de silhouettes*[1781].

Enfin reconnaître les imperfections de la justice constitutionnelle française n'est en rien négatif. Ainsi que l'a souligné D. Schnapper à propos du Conseil :

> *Il ne me paraît pas « affligeant » de montrer que les décisions auxquelles ils participent, comme celles de tous les autres êtres humains, ne sont pas pleinement rationnelles ni conformes à l'éthique du juge. Les conseillers ne sont pas de « purs » acteurs du droit, ils ne sont pas des juges « purs » - mais qui l'est ? D'ailleurs, que serait le droit « pur » trouvant en lui-même*

[1777] Voir not. L. DE FOURNOUX, *Le principe d'impartialité de l'Administration*, *op. cit.*
[1778] J. BIRNBAUM, « Albert Camus, tout en équilibre », *Le Monde*, 25 août 2020.
[1779] *Ibid.*
[1780] Voir R. JACOB, *Images de la Justice : essai sur l'iconographie judiciaire du Moyen Âge à l'âge classique*, Le léopard d'or, 1994, 256 p.
[1781] A. CAMUS, *Conférences et discours 1936-1958,* Gallimard, 2019, p. 121-122 : *« Il n'y a pas de vie sans dialogue. Et sur la plus grande partie du monde, le dialogue est remplacé aujourd'hui par la polémique. Le XX^e siècle est le siècle de la polémique et de l'insulte. Elle tient, entre les nations et les individus, et au niveau même des disciplines autrefois désintéressées, la place que tenait traditionnellement le dialogue réfléchi* ».

> *son propre fondement, indépendant de la société dans laquelle il se développe ?*[1782]

Le droit ne constitue pas une garantie absolue contre l'arbitraire, mais est un outil. Le contrôle de constitutionnalité, en tant que conflit créé dans la forme juridictionnelle entre la loi et la Constitution, est lui aussi un outil, un moyen d'imposer le respect de la Constitution, telle qu'interprétée par le juge constitutionnel, aux gouvernants. C'est, plus généralement, l'un des lieux où se détermine le sens de la loi et de la Constitution et donc potentiellement un lieu où la discussion démocratique peut se dérouler. Cependant, ces idées n'ont de sens que si le Conseil constitutionnel est impartial. Or, le Conseil ne doit pas seulement être proclamé impartial ou l'être en apparence, il doit l'être en pratique, quotidiennement. Pour ce faire, une réflexion constante au sein et en dehors du Conseil est nécessaire.

[1782] D. SCHNAPPER, *Une sociologue au Conseil constitutionnel..., op. cit.*, p. 35-36.

ANNEXE 1 – Tableau des déports dans le cadre du contrôle *a priori* de 1958 à 2019[1783]

Juge	Décision	Motif possible et sources
G. Vedel	**82-146 DC** du 18 novembre 1982, *Loi modifiant le code électoral et le code des communes et relative à l'élection des conseillers municipaux et aux conditions d'inscription des Français établis hors de France sur les listes électorales*	*Article de presse prenant parti sur la constitutionnalité* G. VEDEL, « Les 20% de femmes et la Constitution », *Le Monde*, 3 février 1979.
R. Badinter	**92-316 DC** du 20 janvier 1993, *Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques*	*Lien de parenté avec le dirigeant d'une entreprise de publicité* La revue *Pouvoirs* recense ce déport qui n'est pas annoncé par le Conseil : « *En raison d'un lien de parenté entre le président Badinter et le dirigeant d'une entreprise de publicité, celui-là s'est abstenu de siéger, le 20-1* » (P. AVRIL, J. GICQUEL, « Chronique constitutionnelle française – 1er janvier – 30 avril 1993 », *Pouvoirs*, n° 66, septembre 1993, p. 185).
P. Mazeaud	**98-399 DC** du 5 mai 1998, *Loi relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d'asile*	*M. Mazeaud avait pris parti sur la constitutionnalité en tant que député* CC, 98-399 DC, 5 mai 1998, *Loi relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d'asile*, note n° 1 : « *(1) A 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 déférée* ». Ce déport est aussi répertorié dans les tables analytiques du Conseil : « *Un membre du Conseil constitutionnel, qui s'était prononcé sur la constitutionnalité d'un article de la loi lors de l'examen de celle-ci par le Parlement, s'est abstenu spontanément de siéger sur la partie de la décision relative à cet article* » (CONSEIL CONSTITUTIONNEL, *Tables analytiques 1958-2018*, p. 3443).
P. Steinmetz	**2006-543 DC** du 30 novembre 2006, *Loi relative au secteur de l'énergie*	*Non déterminé*
V. Giscard d'Estaing	**2004-505 DC** du 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*	*Prise de position politique* M. Giscard d'Estaing fut, comme on le sait, très impliqué dans cette matière. Voir son article publié dans le journal *Le Monde* quelques semaines après l'échec du référendum : V. Giscard

[1783] Ainsi qu'il a été souligné dans le corps de la thèse, le nombre de déports ici recensé est probablement inexact. Le caractère informel de la pratique du déport dans le cadre du contrôle *a priori* explique cela. En particulier, si la liste des membres présents au délibéré est publiée à partir de 1995, cette liste ne permet pas de distinguer les absences des déports.

		d'Estaing, « Réflexions sur la crise de l'opinion à l'égard de l'Europe », *Le Monde*, 14 juin 2005.
	2007-560 DC du 20 décembre 2007, *Traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne*	*Prise de position politique* Voir *supra* 2004-505 DC
P. Joxe	**2010-603 DC** du 11 février 2010, *Loi organisant la concomitance des renouvellements des conseils généraux et des conseils régionaux* **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*	*Publication d'un ouvrage sur le Conseil constitutionnel* « *De manière inédite, deux ouvrages traitant du Conseil constitutionnel ont été publiés par des membres de celui-ci, l'un encore en fonctions, M. Pierre Joxe (Cas de conscience),* [...] *M. Joxe s'est abstenu de participer aux séances des 11 et 25 février* » (P. AVRIL, J. GICQUEL, « Chronique constitutionnelle française, 1er janvier – 30 avril 2010 », *Pouvoirs,* n° 134, p. 163).
H. Haenel	**2010-613 DC** du 7 octobre 2010, *Loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public*	*Auteur d'une proposition de loi* Proposition de loi n° 593 *visant à permettre la reconnaissance et l'identification des personnes*, 27 juillet 2009, Sénat, disponible sur : <https://www.senat.fr/leg/ppl08-593.html>.
	2010-621 DC du 13 janvier 2011, *Résolution tendant à adapter le chapitre XI bis du règlement du Sénat aux stipulations du traité de Lisbonne concernant les parlements nationaux*	*Rapport lié à la loi* Auteur d'un rapport d'information sur l'évolution du rôle européen du Sénat : H. HAENEL, « L'évolution du rôle européen du Sénat », Rapport d'information n° 24 (2009-2010), fait au nom de la commission des affaires européennes du Sénat, 8 octobre 2009, disponible sur : <http://www.senat.fr/rap/r09-024/r09-024.html>. Ce rapport vise spécifiquement la question du recours devant la Cour de justice de l'Union européenne (III. 3. b).
M. Charasse	**2010-618 DC** du 9 décembre 2010, *Loi de réforme des collectivités territoriales*	*Participation à l'élaboration de la loi* Voir notamment : Interventions de M. Michel Charasse, Projet de loi n° 2010-1563 *de réforme des collectivités territoriales*, première lecture, séances des 27, 28, 2 et 3 février 2010, disponible sur : < https://www.senat.fr/interventions/charasse_michel81015e/charasse_michel81015e_2009_pjl09-060_1.html>.
	2012-654 DC du 9 août 2012, *Loi de finances rectificative pour 2012 (II)*	*Le commentaire de la décision fait directement référence à une intervention en séance de M. Charasse* CC, 2012-654 DC, 9 août 2012, *Loi de finances rectificative pour 2012 (II)*, commentaire, p. 43, note n° 66.

G. Canivet[1784]	**2012-646 DC** du 9 février 2012, *Loi organique portant diverses dispositions relatives au statut de la magistrature*	*Rapport sur la question, cité par le commentaire officiel* Il avait, dans le cadre de ses fonctions de premier président de la Cour de cassation, remis un rapport au garde des Sceaux le 14 février 2007 sur la préparation des magistrats de l'ordre judiciaire à l'exercice des fonctions de chefs de juridiction et de parquet (G. CANIVET, « Préparation des magistrats de l'ordre judiciaire à l'exercice des fonctions de chef de juridiction et de parquet », rapport remis au garde des Sceaux, ministre de la Justice, 14 février 2007, note de synthèse disponible sur : <http://www.presse.justice.gouv.fr/art_pix/rapport-canivet-synthese.pdf>). Ce rapport est cité par le commentaire de la décision et est en lien avec les dispositions de la loi organique soumise au Conseil, qui réduit la priorité d'affectation des magistrats « placés » afin d'attribuer les emplois « B *bis* » nécessitant des compétences particulières à des magistrats ayant les aptitudes correspondantes (CC, 2012-646 DC, *Loi organique portant diverses dispositions relatives au statut de la magistrature*, 9 février 2012, commentaire, p. 7, note n° 6).
N. Sarkozy	**2012-653 DC** du 9 août 2012, *Traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance au sein de l'Union économique et monétaire*	*Négociateur du traité* P. AVRIL, J. GICQUEL, « Chronique constitutionnelle française – 1er juillet – 30 septembre 2012, *Pouvoirs*, n° 144, p. 167 : « *Le président Giscard d'Estaing a siégé, le 9 août, à propos de l'examen de la conformité du traité de discipline budgétaire (653 DC), nonobstant ses prises de position publiques. Le président Sarkozy, négociateur dudit traité, s'est naturellement déporté. Une demande de récusation, en vain, a été présentée, au titre d'une QPC, à son encontre (2012-271). Il a participé, en revanche, à l'audience du 25 septembre (2012-274 QPC) (cette Chronique, n° 143, p. 177)* ».
J. Barrot	**2014-694 DC** du 28 mai 2014, *Loi relative à l'interdiction de la mise en culture des variétés de maïs génétiquement modifié*	*Vice-président de la Commission européenne* Il occupa, entre autres, les fonctions de vice-président de la Commission européenne de 2004 à 2009, laquelle a pu se prononcer durant cette période sur l'autorisation de certains OGM sur le marché européen. Il est donc possible que M. Barrot se soit déporté du fait de ces fonctions. Voir par exemple la décision suivante : CJUE, 2005/608/CE, 8 août 2005, disponible sur : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/ALL/?uri=CELEX:32005D0608>.
N. Maestracci	**2014-696 DC** du 7 août 2014, *Loi relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales*	*Présidente d'une commission dont les travaux inspirèrent la loi* Elle fut présidente du comité d'organisation de la conférence de consensus sur la prévention de la récidive, dont les travaux inspirèrent la loi contestée devant le Conseil. Elle fut, de plus, auditionnée par la commission des lois du Sénat dans le cadre de l'élaboration de la loi. Madame Maestracci s'est donc très probablement déportée pour cette raison, bien que le président de la commission des lois l'ait présentée à la commission de la façon suivante : « *Comme Mme Maestracci est membre du Conseil constitutionnel, elle ne pourra pas porter d'appréciation*

[1784] Un doute subsiste concernant l'absence de Guy Canivet lors de la décision n° 2009-593 DC. La revue *Pouvoirs* semble indiquer que Guy Canivet s'est déporté en cette occasion mais la formulation n'est pas claire : « *M. Joxe s'est abstenu de participer aux séances des 11 et 25 février. En revanche, Mme Schnapper n'a pas estimé devoir se déporter, à l'opposé de l'attitude observée naguère par M. Canivet (593 DC)* » (P. AVRIL, J. GICQUEL, « Chronique constitutionnelle française – 1er janvier – 30 avril 2010, *Pouvoirs*, n° 134, p. 163). Dans le doute, nous laissons cet élément de côté.

		sur le projet de loi puisqu'elle sera peut-être amenée à l'examiner dans le cadre de ses fonctions » (Séance du 30 avril 2014, Compte rendu des débats de la commission des lois, Sénat).
F. Pillet	**2019-778 DC** du 21 mars 2019, *Loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice*	*Siège au sein de la commission des lois du Sénat* F. Pillet déclara lors de son audition devant la commission des lois du Sénat : « *Sous réserve d'une confirmation du président du Conseil constitutionnel, je ferai en sorte de ne pas affaiblir une décision sur un texte que j'aurais voté, et* a fortiori *amendé ou rapporté. Je me déporterai alors* » (Séance du 21 février 2019, Compte rendu de l'audition de M. Pillet, commission des lois, Sénat).
	2019-779 DC du 21 mars 2019, *Loi organique relative au renforcement de l'organisation des juridictions*	*Siège au sein de la commission des lois du Sénat* Voir *supra* 2019-778 DC
	2019-780 DC du 4 avril 2019, *Loi visant à renforcer et garantir le maintien de l'ordre public lors des manifestations*	*Auteur de la proposition de loi* Proposition de loi *visant à prévenir les violences lors des manifestations et à sanctionner leurs auteurs*, Sénat, 14 juin 2018, disponible sur : <https://www.senat.fr/leg/ppl17-575.html>.
	2019-781 DC du 16 mai 2019, *Loi relative à la croissance et la transformation des entreprises*	*Participe au vote de la loi* Voir *supra* 2019-778 DC
J. Mézard	**2019-778 DC** du 21 mars 2019, *Loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice*	*Siège au sein de la commission des lois du Sénat* M. Mézard déclara lors de son audition pour devenir membre du Conseil : « *Sans vouloir plagier la réponse de François Pillet, je peux répondre, qu'en fonction de la situation, on est très légitimement amené à se déporter lorsque le Conseil constitutionnel examine des textes que l'on a connus comme ministre ou parlementaire* » (Séance du 21 février 2019, Compte rendu de l'audition de M. Mézard, Commission des lois, Sénat).
	2019-779 DC du 21 mars 2019, *Loi organique relative au renforcement de l'organisation des juridictions*	*Siège au sein de la commission des lois du sénat* Voir *supra* 2019-778 DC
	2019-780 DC du 4 avril 2019, *Loi visant à renforcer et garantir le maintien de l'ordre public lors des manifestations*	*Non déterminé*

	2019-781 DC du 16 mai 2019, *Loi relative à la croissance et la transformation des entreprises*	*Participe au vote de la loi* M. Mézard s'exprime directement sur ce sujet lors de son audition pour devenir membre du Conseil : « *Sur Aéroports de Paris, à question précise, réponse précise : j'aurai à me déporter comme ancien membre du Gouvernement, et d'autant plus que j'étais membre du Sénat lorsqu'il a voté le projet de loi PACTE) – il vous suffira de vérifier quel fut mon vote* » (Séance du 21 février 2019, Compte rendu de l'audition de M. Mézard, Commission des lois, Assemblée nationale).
	2019-784 DC du 27 juin 2019, *Loi portant diverses dispositions institutionnelles en Polynésie française*	*Participe aux travaux en commission* Voir *supra* 2019-778 DC
	2019-783 DC du 27 juin 2019, *Loi organique portant modification du statut d'autonomie de la Polynésie française*	*Participe aux travaux en commission* Voir *supra* 2019-778 DC
Total	**26 entre 1958 et 2019**	

ANNEXE 2 – Tableaux des déports dans le cadre de la QPC de 2010 à 2019

I. Les ministres et parlementaires (61 déports)

Michel Charasse

Rappel de la carrière[1785] :

- 28 octobre 1981 – 27 juillet 1988 : sénateur
- 26 juin 1988 – 2 avril 1992 : ministre délégué au Budget
- 2 avril 1992 – 2 octobre 1992 : ministre du Budget
- 2 octobre 1992 – 6 mars 2010 : sénateur
- En fonction au Conseil constitutionnel à partir du 12 mars 2010

	Décision	Dispositions contestées	Motifs possibles et sources
1	**2010-12 QPC** du 2 juillet 2010, *Commune de Dunkerque [Fusion de communes]*	Articles L. 2113-2 et L. 2113-3 du CGCT.	*Implication dans le domaine de la décentralisation* Voir E. CARTIER, « La récusation et le déport... », *op. cit.*, p. 22 : « *Michel Charasse était très impliqué politiquement dans le domaine de la décentralisation, en tant qu'ancien élu local, sénateur et membre du Comité des finances locales. Il a, à ces divers titres, défendu de manière manifeste et publique l'intérêt des collectivités territoriales, notamment financier* ».
2	**2010-4/17 QPC** du 22 juillet 2010, *M. Alain C. et autre [Indemnité temporaire de retraite outre-mer]*	Paragraphes III et IV de l'article 137 de la loi n° 2008-1443 du 30 décembre 2008 de finances rectificative pour 2008.	*Participation à l'élaboration de la loi, interventions rappelées dans l'historique de la loi effectué par les services du Conseil* Voir : Séances des 18, 19 et 22 décembre 2008, Compte rendu des débats, Sénat ; SERVICES DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL, « Historique de l'article 137 », *Conseil-constitutionnel.fr*, 2010, not. p. 9-10.
3	**2010-29/37 QPC** du 22 septembre 2010, *Commune de Besançon et autre [Instruction CNI et passeports]*	Paragraphes II et III de l'article 103 de la loi n° 2008-1443 du 30 décembre 2008 de finances rectificative pour 2008.	*Participation à l'élaboration de la loi, implication dans le domaine de la décentralisation* Voir : Séance du 19 décembre 2008, Compte rendu des débats, Sénat. M. Charasse a activement participé à l'élaboration de la loi. Il ne semble pas qu'il ait directement participé aux débats portant sur l'article 48 bis (futur article 103). Néanmoins, il participa aux débats sur des articles portant sur le même sujet (article 48 ter). Il est donc probable que, par souci de cohérence, il se soit déporté.
4	**2010-44 QPC** du 29 septembre 2010, *Époux M. [Impôt de solidarité sur la*	Articles 885 A, 885 E et 885 U du code général des impôts.	*Ministre délégué au Budget, ISF* L'impôt sur la fortune a été rétabli quand M. Charasse était ministre délégué au Budget.

[1785] Ce rappel n'est pas exhaustif. Il n'est constitué que de points de repères potentiellement utiles à la compréhension des tableaux.

	fortune]		
5	**2010-88 QPC** du 21 janvier 2011, *Mme Danièle B. [Évaluation du train de vie]*	Article 168 du CGI.	*Ministre délégué au Budget* En tant que ministre délégué au Budget, M. Charasse a contresigné la loi n° 89-935 du 29 décembre 1989 de finances pour 1990. Le commentaire de la décision 2010-88 QPC fait référence à cette version de l'article 168 du CGI : « *L'article 99 de la loi n° 89-935 du 29 décembre 1989 portant loi de finances pour 1990 est revenu sur cette suppression et a réintroduit ces éléments dans le barème* » (voir le commentaire, p. 4). À partir du moment où la modification introduite en 1989 est substantielle, il est probable que M. Charasse se soit déporté du fait de ses fonctions de ministre.
6	**2010-99 QPC** du 11 février 2011, *Mme Laurence N. [Impôt de solidarité sur la fortune - Plafonnement]*	Article 885 V bis du CGI.	*Ministre délégué au Budget, ISF* L'impôt sur la fortune a été rétabli quand M. Charasse était ministre délégué au Budget.
7	**2011-118 QPC** du 8 avril 2011, *M. Lucien M. [Biens des sections de commune]*	Article L. 2411-12-1 du CGCT.	*Participation à l'élaboration de la loi* « *L'article L. 2411-12-1 du code général des collectivités territoriales résulte de l'adoption - au Sénat - d'un amendement de notre ancien collègue Michel Charasse dans la loi du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales* » (P.-Y. COLLOMBAT, Rapport n° 13 fait au nom de la commission des lois sur la proposition de loi visant à faciliter le transfert des bien sectionaux aux communes, 3 octobre 2012, p. 36, disponible sur : < http://www.senat.fr/rap/l12-013/l12-0131.pdf>). De façon générale M. Charasse a participé à l'élaboration de la loi à l'origine de cet article.
8	**2011-121 QPC** du 29 avril 2011, *Société UNILEVER FRANCE [Taux de TVA sur la margarine]*	2° de l'article 278 bis du CGI.	*Ministre délégué au Budget* L'article a été modifié quand il était ministre délégué au Budget et plusieurs fois ensuite. Le commentaire de la décision explique p. 2 que « *La logique de ce dispositif, sans que celui-ci soit modifié sur le fond, a été modifiée par la loi n° 91-716 du 26 juillet 1991 portant diverses dispositions d'ordre économique et financier* ». Il est donc probable que M. Charasse se soit déporté du fait de ses fonctions de ministre en 1991.
9	**2011-142/145 QPC** du 30 juin 2011, *Départements de la Seine-Saint-Denis et autres [Concours de l'État au financement par les départements du RMI, du RMA et du RSA]*	- Article 4 de la loi n° 2003-1200 du 18 décembre 2003 portant décentralisation en matière de revenu minimum d'insertion et créant un revenu minimum d'activité ; - Article 59 de la loi n° 2003-1311 du 30 décembre 2003 de finances pour 2004 ; - Article 2 de la loi n° 2005-1720 du 30 décembre 2005 de finances rectificative	*Participation à l'élaboration de la loi, travail en commission* L'examen des travaux législatifs montre que M. Charasse a siégé au sein de la commission des Finances et a spécifiquement examiné la loi généralisant le RSA en 2008 (voir É. DOLIGE, avis n° 32 présenté au nom de la commission des Finances sur le projet de loi généralisant le revenu de solidarité active et réformant les politiques d'insertion, 16 octobre 2008, disponible sur : <https://www.senat.fr/rap/a08-032/a08-0321.pdf>).

		pour 2005 ; - Article L. 262-24 du code de l'action sociale et des familles, issu de l'article 3 de la loi n° 2008-1249 du 1er décembre 2008 généralisant le revenu de solidarité active et réformant les politiques d'insertion ; - Article 7 de la même loi du 1er décembre 2008 ; - Article 51 de la loi n° 2008-1425 du 27 décembre 2008 de finances pour 2009.	La récusation de M. Charasse a été demandée au motif qu'il avait voté toutes les lois en cause, sauf une. Les motifs de cette demande nous sont exceptionnellement connus. M. Charasse s'étant déporté, le Conseil n'a donc pas collectivement statué sur cette demande (voir notre analyse *supra* §376). La demande de récusation était aussi dirigée contre J. Barrot, qui se déporta, H. Haenel, J.-L. Debré, Pierre Steinmetz, qui siégèrent, et J. Chirac qui ne siégeait plus au Conseil. Voir F. JOHANNES, « Premières demandes de récusation au Conseil constitutionnel », *Libertés surveillées*, 31 mai 2011, disponible sur : < http://libertes.blog.lemonde.fr/2011/05/31/premieres-demandes-de-recusation-au-conseil-constitutionnel/>.
10	**2011-143 QPC** du 30 juin 2011, *Départements de la Seine-Saint-Denis et de l'Hérault [Concours de l'État au financement par les départements de l'allocation personnalisée d'autonomie]*	- Articles 11 et 12 de la loi n° 2004-626 du 30 juin 2004 relative à la solidarité pour l'autonomie des personnes âgées et des personnes handicapées - Articles L. 14-10-5 et L. 14-10-6 du code de l'action sociale et des familles dans leur rédaction issue de la loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées.	*Vote de la loi* Voir *supra* décision n° 142/145 QPC (la demande de récusation visait les dossiers n° 142 à 145).
11	**2011-144 QPC** du 30 juin 2011, *Départements de l'Hérault et des Côtes-d'Armor [Concours de l'État au financement par les départements de la prestation de compensation du handicap]*	Articles L. 14-10-4, L. 14-10-5, L. 14-10-7 et L. 14-10-8 du code de l'action sociale et des familles, dans leur rédaction issue de la loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées.	*Vote de la loi* Le Conseil a examiné les dossiers n° 143 et 144 ensemble. Il est donc logique que M. Charasse se soit déporté pour cette décision, du fait de son déport pour les dossiers précédents.
12	**2011-165 QPC** du 16 septembre 2011, Société *HEATHERBRAE LTD [Exemption de la taxe forfaitaire sur les immeubles détenus par des personnes morales]*	2° et 3° de l'article 990 E du CGI, dans leur rédaction issue du paragraphe II de l'article 29 de la loi n° 92-1376 du 30 décembre 1992 de finances pour 1993.	*Travail en commission* Voir J. ARTHUIS, rapport n° 137 fait au nom de la commission des Finances sur le projet de loi de finances pour 1993, 16 décembre 1992, disponible sur : <https://www.senat.fr/rap/1992-1993/i1992_1993_0137.pdf>.
13	**2011-208 QPC** du 13 janvier 2012, *Consorts B. [Confiscation de marchandises*	Articles 374 et 376 du code des douanes.	*Demande de récusation* M. Charasse a fait l'objet d'une demande de récusation pour cette décision. S'il avait participé à l'élaboration de la loi n° 2002-1576 du 30 décembre

	saisies en douane]		2002 de finances rectificative pour 2002, cette loi n'a cependant pas modifié dans leur substance les dispositions en cause qui ont été modifiées pour la dernière fois en 1948 (voir le commentaire de la décision p. 2-3). Le déport de M. Charasse est donc délicat à expliquer, mis à part par l'existence d'une demande de récusation dirigée contre lui.
14	**2011-220 QPC** du 10 février 2012, *M. Hugh A. [Majoration fiscale de 40 % pour non déclaration de comptes bancaires à l'étranger ou de sommes transférées vers ou depuis l'étranger]*	Article 1759 du CGI, dans sa rédaction issue de l'article 98 de la loi n° 89-935 du 29 décembre 1989 de finances pour 1990.	*Ministre délégué au Budget* M. Charasse a contresigné la loi à l'origine de l'article contesté.
15	**2012-238 QPC** du 20 avril 2012, *Société anonyme Paris Saint-Germain football [Impôt sur les spectacles]*	Articles 1559 et 1561 du CGI.	*Ministre délégué au Budget* M. Charasse était ministre délégué au Budget lors de l'adoption de la loi de finances pour 1990 qui a modifié l'article 1561 contesté. Cet article a cependant été modifié plusieurs fois ensuite. Il est néanmoins probable que ce soient ces fonctions qui aient motivé le déport de M. Charasse.
16	**2013-302 QPC** du 12 avril 2013, *M. Laurent A. et autres [Délai de prescription d'un an pour les délits de presse à raison de l'origine, l'ethnie, la nation, la race ou la religion]*	Article 65-3 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse dans sa rédaction résultant de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 adaptant la justice aux évolutions de la criminalité.	*Vote de la loi* Si M. Charasse a voté cette loi, il ne semble pas avoir particulièrement participé à l'élaboration de celle-ci. Son déport n'est donc pas facile à expliquer. M. Debré nous a cependant indiqué lors d'un entretien avoir demandé à M. Charasse de se déporter à plusieurs reprises au nom des seules apparences (voir *supra* §352) Notons que M. Haenel ne s'est pas déporté bien qu'ayant participé à l'élaboration de la loi, notamment en rédigeant l'avis de la commission des finances. Cet avis concernait cependant la partie « douanes » de la loi, et non la disposition en cause.
17	**2013-328 QPC** du 28 juin 2013, *Association Emmaüs Forbach [Incrimination de la perception frauduleuse de prestations d'aide sociale]*	Article L. 135-1 du code de l'action sociale et des familles.	*Motif non déterminé* Nous n'avons pas trouvé la trace d'une participation spécifique de M. Charasse à l'élaboration de cet article.
18	**2013-355 QPC** du 22 novembre 2013, *Communauté de communes du Val de Sèvre [Compensation du transfert de la taxe sur les surfaces commerciales aux communes et aux*	Paragraphe 1.2.4.2 et du b) du 2° du paragraphe 1.2.4.3 de l'article 77 de la loi n° 2009-1673 du 30 décembre 2009 de finances pour 2010.	*Participation à l'élaboration de la loi* M. Charasse a largement participé à l'élaboration de la loi du 30 décembre 2009. Il fit notamment partie de la commission mixte paritaire et déposa plusieurs amendements. Il participa aussi aux débats au sein de la commission des Finances, portant sur la suppression de la taxe professionnelle, devant être compensée par la TASCOM, objet de la QPC posée (voir Séance du 26 novembre 2009, Compte rendu

	établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre]		de la commission des Finances, Sénat, disponible sur : < http://www.senat.fr/compte-rendu-commissions/20091123/finc.html#par604>.
19	**2014-405 QPC** du 20 juin 2014, *Commune de Salbris [Répartition des sièges de conseillers communautaires entre les communes membres d'une communauté de communes ou d'une communauté d'agglomération]*	Deuxième alinéa du paragraphe I de l'article L. 5211-6-1 du CGCT.	*Participation à l'élaboration de la loi, ministre délégué au Budget* L'article contesté est issu de la loi 2010-1563 du 16 décembre 2010, postérieure à l'entrée de M. Charasse au Conseil. Néanmoins, le projet de loi avait été déposé devant le Sénat le 21 octobre 2009 et M. Charasse prit part à son élaboration, en participant à la discussion du projet (dépôt de plus de 30 amendements). Ce déport pourrait donc correspondre à la fenêtre de risque que nous avons évoquée pour le contrôle *a priori*, liée à l'exercice par le juge de fonctions parlementaires juste avant son entrée au Conseil (voir *supra* §341). M. Charasse avait aussi contresigné la loi 92-125 du 6 février 1992, en tant que ministre délégué au Budget. Cette loi a créé les communautés de communes et l'on connaît l'engagement de M. Charasse en matière de décentralisation.
20	**2014-420/421 QPC** du 9 octobre 2014, *M. Maurice L. et autre [Prolongation exceptionnelle de la garde à vue pour des faits d'escroquerie en bande organisée]*	8° bis de l'article 706-73 du code de procédure pénale, dans sa rédaction actuellement en vigueur, et de l'article 706-88 du même code, dans sa rédaction postérieure à la loi du 14 avril 2011 susvisée et antérieure à la loi 27 mai 2014 susvisée.	*Motif non déterminé*
21	**2014-451 QPC** du 13 février 2015, *Société Ferme Larrea EARL [Conditions de prise de possession d'un bien ayant fait l'objet d'une expropriation pour cause d'utilité publique II]*	Articles L. 15-1 et L. 15-2 du code de l'expropriation pour cause d'utilité publique dans leur rédaction issue de la loi n° 2013-431 du 28 mai 2013.	*Motif non déterminé* Ces articles sont contestés dans une version postérieure à l'entrée de M. Charasse au Conseil. Il est difficile d'expliquer ce déport.
22	**2015-481 QPC** du 17 septembre 2015, *Époux B. [Amende pour défaut de déclaration de comptes bancaires ouverts, utilisés ou clos à l'étranger]*	Paragraphe IV de l'article 1736 du CGI dans sa rédaction issue de la loi n° 2008-1443 du 30 décembre 2008.	*Participation à l'élaboration de la loi* M. Charasse a activement participé à l'élaboration de la loi du 30 décembre 2008 et s'est déporté pour les décisions n° 2010-4/17 QPC et 2010-29/37 QPC pour cette raison. Il est probable que son déport se situe dans cette logique.
23	**2017-638 QPC** du 16 juin 2017, *M. Gérard S. [Sursis d'imposition en cas*	Troisième alinéa de l'article 150-0 B du CGI, dans sa rédaction résultant de la loi n° 2012-1510 du 29	*Ministre délégué au Budget* Le commentaire de la décision fait directement référence à l'action de M. Charasse en tant que

	d'échanges de titres avec soulte]	décembre 2012 de finances rectificative pour 2012.	ministre délégué au Budget concernant la disposition contestée (p. 6).
24	**2017-687 QPC** du 2 février 2018, *Association Wikimédia France et autre [Droit à l'image des domaines nationaux]*	L'article L. 621-42 du code du patrimoine, dans sa rédaction issue de la loi n° 2016-925 du 7 juillet 2016 relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine.	*Motif non déterminé* La version de l'article dont la constitutionnalité est contestée est largement postérieure à l'entrée de M. Charasse au Conseil. Il est difficile d'expliquer ce déport.
25	**2018-701 QPC** du 20 avril 2018, *Société Mi Développement 2 [Réintégration de certaines charges financières dans le résultat d'ensemble d'un groupe fiscalement intégré]*	Septième alinéa de l'article 223 B du CGI, dans sa rédaction résultant de la loi n° 2007-1824 du 25 décembre 2007.	*Ministre délégué au Budget, amendement « Charasse »* Le Conseil admet la conformité de l' « amendement Charasse » dans sa version résultant de la loi du 25 décembre 2007. Le commentaire de la décision fait directement référence à M. Charasse qui est donc à l'origine du dispositif en cause (voir p. 4 du commentaire).
26	**2018-731 QPC** du 14 septembre 2018, *Mme Juliet I. [Peine minimale d'emprisonnement pour le délit de blanchiment douanier]*	Article 415 du code des douanes.	*Ministre délégué au Budget* En tant que ministre délégué au Budget, M. Charasse a contresigné la loi de finances pour 1989 qui a créé l'article contesté.

Hubert Haenel

Rappel de la carrière :

- 2 octobre 1986 – 6 mars 2010 : sénateur du Haut-Rhin
- Vice-président du conseil régional d'Alsace
- Membre du Conseil supérieur de l'administration pénitentiaire
- 1996 – 2008 : administrateur de la SNCF
- « Père » de la régionalisation ferroviaire
- Homme politique revendiquant ses racines chrétiennes
- En fonction au Conseil à partir du 12 mars 2010

	Décision	Dispositions contestées	Motifs possibles et sources
1	**2010-95 QPC** du 28 janvier 2011, *SARL du Parc d'activités de Blotzheim et autre [Projet d'intérêt général]*	Article L. 121-9 du code de l'urbanisme.	*Participation à l'élaboration de la loi, Alsace-Moselle* M. Haenel a participé à l'élaboration de la loi n° 2000-1208 du 13 décembre 2000 de laquelle est issu l'article contesté. Lors de l'élaboration de cette loi, il intervient longuement sur la régionalisation ferroviaire, sa spécialité, mais pas sur les Projets d'intérêt général (PIG, pouvant par exemple porter sur le tracé d'une liaison ferroviaire). Néanmoins, il reste fort probable qu'il se soit déporté du fait de sa participation à l'élaboration de cette loi (voir : séances du 27 avril et du 16 mai 2000, compte rendu des débats, Sénat). Ensuite les deux sociétés ayant posé la question de constitutionnalité sont situées en Alsace. M. Haenel a aussi pu se déporter du fait qu'il connaissait les gérants de ces sociétés.
2	***2011-157 QPC** du 5 août 2011, Société SOMODIA [Interdiction du travail le dimanche en Alsace-Moselle]*	Article L. 3134-11 du code du travail.	*Vote de la loi, Alsace-Moselle* Si M. Haenel a voté pour la loi en tant que sénateur, ce sont certainement ses liens avec l'Alsace-Moselle qui l'ont conduit à se déporter. Rappelons que cette décision consacre le PFRLR relatif au droit local en cette partie du territoire.
3	**2011-193 QPC** du 10 novembre 2011, *Mme Jeannette R, épouse D. [Extinction des servitudes antérieures au 1er janvier 1900 non inscrites au livre foncier]*	Article 6 de la loi n° 2002-306 du 4 mars 2002 portant réforme de la loi du 1er juin 1924 mettant en vigueur la législation civile française dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle, dans ses dispositions relatives à la publicité foncière.	*Auteur de la proposition de loi, Alsace-Moselle* M. Haenel est l'auteur d'une proposition de loi à l'origine de la disposition contestée, concernant à nouveau l'Alsace-Moselle (voir le commentaire de la décision p. 2, note n° 4).
4	**2012-230 QPC** du 6 avril 2012, *M. Pierre G. [Inéligibilités au mandat de conseiller général]*	14° de l'article L. 195 du code électoral.	*Motif incertain* Son déport pourrait éventuellement être lié à ses fonctions de vice-président du Conseil régional d'Alsace.

5	**2013-322 QPC** du 14 juin 2013, *M. Philippe W. [Statut des maîtres des établissements d'enseignement privés]*	Article 1er de la loi n° 2005-5 du 5 janvier 2005 relative à la situation des maîtres des établissements d'enseignement privés sous contrat.	*Auteur de la proposition de loi* Le commentaire de la décision fait directement référence à la proposition de loi de M. Haenel, à l'origine de la loi en cause (voir commentaire p. 8, note n° 38).
6	**2014-414 QPC** du 26 septembre 2014, *Société Assurances du Crédit mutuel [Contrat d'assurance : conséquences, en Alsace-Moselle, de l'omission ou de la déclaration inexacte de l'assuré]*	Article L. 191-4 du code des assurances.	*Auteur de la proposition de loi, Alsace-Moselle* M. Haenel est à l'initiative de cette loi : H. HAENEL, M. RUDLOFF, D. HOEFFEL, R.HUSSON, proposition de loi n° 54 *tendant à l'introduction dans le code des assurances de dispositions particulières relatives aux départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de Moselle*, Sénat, 15 novembre 1989, disponible sur : <http://www.senat.fr/leg/1989-1990/i1989_1990_0054.pdf>.
7	**2014-435 QPC** du 5 décembre 2014, *M. Jean-François V. [Contribution exceptionnelle sur les hauts revenus]*	Paragraphe III de l'article 2 de la loi n° 2011-1977 du 28 décembre 2011.	*Motif non déterminé* M. Haenel était membre du Conseil constitutionnel au moment où la loi a été adoptée, la contribution exceptionnelle sur les hauts revenus ayant été instaurée en 2012. Nous n'avons donc pas identifié d'explication à ce déport.
8	**2014-449 QPC** du 6 février 2015, *Société Mutuelle des transports assurances [Transfert d'office du portefeuille de contrats d'assurance]*	8° du paragraphe I de l'article L. 612-33 du code monétaire et financier.	*Motif non déterminé* Cette disposition a été modifiée à plusieurs reprises et trouve son origine dans la loi n° 2010-1249 du 22 octobre 2010. Néanmoins nous n'avons pas pu identifier les liens existants entre celle-ci et M. Haenel. Il est donc possible qu'il se soit déporté en raison d'un élément plus subjectif, par exemple un lien avec la société MTA, partie à l'instance.

Jean-Louis Debré

Rappel de la carrière :

- 1979 – 1986 : juge d'instruction
- 2 avril 1986 – 18 mai 1995 : député de l'Eure
- 30 mars 1992 – 18 avril 2001 : conseiller général de l'Eure
- 18 mai 1995 – 2 juin 1997 : ministre de l'Intérieur
- 1er juin 1997 – 4 mars 2007 : député de l'Eure
- 25 juin 2002 – 4 mars 2007 : président de l'Assemblée nationale
- En fonction au Conseil constitutionnel à partir du 5 mars 2007

	Décision	Dispositions contestées	Motifs possibles et sources
1	**2010-29/37 QPC** du 22 septembre 2010, *Commune de Besançon et autre [Instruction CNI et passeports]*	Paragraphes II et III de l'article 103 de la loi n° 2008-1443 du 30 décembre 2008 de finances rectificative pour 2008.	*Motif non déterminé* M. Debré est nommé à la présidence du Conseil le 23 février 2007. Ce n'est donc pas le vote de cette loi qui l'a conduit à se déporter, contrairement à M. Charasse. Nous n'avons pas trouvé de lien spécifique entre M. Debré et cette affaire.
2	**2010-61 QPC** du 12 novembre 2010, *M. Charles S. [Refus de prélèvement biologique]*	Article 706-56 du CPP.	*Motif non déterminé* La décision 2010-61 QPC est une décision de non-lieu à statuer. La disposition contestée avait déjà été soumise au Conseil (décision n° 2010-25 QPC) pour laquelle M. Debré avait siégé. Nous n'avons pas pu expliquer ce déport.
3	**2010-96 QPC** du 4 février 2011, *M. Jean-Louis de L. [Zone des 50 pas géométriques]*	Article L. 5112-3 du code général de la propriété des personnes publiques.	*Motif non déterminé* Cet article est issu de la loi n° 96-1241 du 30 décembre 1996. M. Debré était alors ministre de l'Intérieur mais n'a pas contresigné la loi. Il est donc difficile d'établir une corrélation.
4	**2011-117 QPC** du 8 avril 2011, *M. Jean-Paul H. [Financement des campagnes électorales et inéligibilité]*	Articles L. 52-11-1, L. 52-12, L. 52-15, L. 118-3 et L. 341-1 du code électoral.	*Participation à l'élaboration de la loi* M. Debré est largement intervenu en séance pour l'élaboration de la loi n° 90-55 du 15 janvier 1990, à l'origine de plusieurs des articles concernés. Ce sont donc probablement ses fonctions de député qui l'ont conduit à se déporter. M. Debré a contresigné, en tant que ministre de l'Intérieur, la loi n° 96-300 du 10 avril 1996 qui a modifié l'article L. 118-3. Néanmoins, cette loi représente un élément d'appréciation mineur dans la décision (voir le commentaire p. 8).
5	**2011-180 QPC** du 13 octobre 2011, *M. Jean-Luc O. et autres [Prélèvement sur les « retraites chapeau »]*	Troisième alinéa de l'article L. 137-11-1 du code de la sécurité sociale.	*Motif non déterminé* L'article est contesté dans sa version de 2011. À cette époque, M. Debré siégeait au Conseil depuis un certain temps. Avant cela, la loi n° 2003-775 du 21 août 2003 avait eu pour objet de clarifier le régime des « retraites chapeau ». M. Debré était alors président de l'Assemblée nationale et n'avait donc pas pris

			part au vote de cette loi. Dans ces conditions, nous n'avons pas trouvé d'élément permettant d'expliquer le déport de M. Debré.
6	**2014-414 QPC** du 26 septembre 2014, *Société Assurances du Crédit mutuel [Contrat d'assurance : conséquences, en Alsace-Moselle, de l'omission ou de la déclaration inexacte de l'assuré]*	Article L. 191-4 du code des assurances.	*Motif non déterminé* Cet article est issu de la loi n° 91-412 du 6 mai 1991. À cette date, M. Debré était député mais nous n'avons pas trouvé de lien spécifique entre M. Debré et cette loi.
7	**2014-439 QPC** du 23 janvier 2015, *M. Ahmed S. [Déchéance de nationalité]*	1° de l'article 25 et de l'article 25-1 du code civil.	*Ministre de l'Intérieur* M. Debré était ministre de l'Intérieur lorsque la loi n° 96-647 du 22 juillet 1996 a été adoptée. Il a contresigné cette loi qui est visée dans la décision. Une demande de récusation a été formulée à l'encontre de M. Debré lors de cette affaire. Il s'est abstenu de siéger, le Conseil n'a donc pas statué sur cette demande.

Jean-Jacques Hyest

Rappel de la carrière :

- 21 mars 1982 – 22 mars 2015 : conseiller général de Seine-et-Marne
- 2 avril 1986 – 23 septembre 1995 : député de Seine-et-Marne
- 1er octobre 1995 – 11 octobre 2015 : sénateur de Seine-et-Marne
- 7 octobre 2004 – 2 octobre 2011 : président de la commission des Lois constitutionnelles du Sénat
- En fonction au Conseil constitutionnel à partir du 12 octobre 2015

	Décision	Dispositions contestées	Motifs possibles et sources
1	**2015-521/528 QPC** du 19 février 2016, *Commune d'Éguilles et autre [Répartition des sièges de conseillers communautaires entre les communes membres de la métropole d'Aix-Marseille-Provence]*	4° bis du paragraphe IV de l'article L. 5211-6-1 du code général des collectivités territoriales et mots : « *à l'exception de la métropole d'Aix-Marseille-Provence* » figurant au premier alinéa du paragraphe VI du même article.	*Participation à l'élaboration de la loi* Si M. Hyest avait saisi le Conseil constitutionnel de la constitutionnalité de la loi n° 2015-264 du 9 mars 2015 modifiant la disposition contestée (décision n° 2015-711 DC), c'est surtout son rôle dans l'élaboration de la loi 2014-58 du 27 janvier 2014 qui nous semble pertinent pour expliquer ce déport. Il participa activement aux débats et fut membre de la commission mixte paritaire.
2	**2016-565 QPC**, du 16 septembre 2016, *Assemblée des départements de France [Clause de compétence générale des départements]*	Article L. 3211-1 du code général des collectivités territoriales, dans sa rédaction résultant de la loi n° 2015-991 du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République.	*Participation à l'élaboration de la loi, auteur d'un rapport* M. Hyest est l'auteur du rapport réalisé au nom de la commission des lois à propos de la loi n° 2015-991 du 7 août 2015 (J.-J. HYEST, R. VANDIERENDONCK, rapport n° 174 fait au nom de la commission des lois sur le projet de loi portant nouvelle organisation territoriale de la République, Sénat, 10 décembre 2014, disponible sur : <http://www.senat.fr/rap/l14-174/l14-1741.pdf>). Il a très largement contribué à l'élaboration de la loi et a participé aux débats relatifs à l'article contesté devant le Conseil.
3	**2016-570 QPC** du 29 septembre 2016, *M. Pierre M. [Cumul des poursuites pénales pour banqueroute avec la procédure de redressement ou de liquidation judiciaire et cumul des mesures de faillite ou d'interdiction prononcées dans ces cadres]*	6° de l'article L. 653-5 du code de commerce.	*Participation à l'élaboration de la loi, auteur d'un rapport* Il est l'auteur du rapport réalisé au nom de la commission des lois à propos de la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 (J.-J. HYEST, rapport fait au nom de la commission des Lois sur le projet de loi de sauvegarde des entreprises, Sénat, 11 mai 2005, disponible sur : <https://www.senat.fr/rap/l04-335/l04-3351.pdf>). Il a très largement contribué à l'élaboration de la loi en général et a, en particulier, contribué à la modification de l'article 653-5 contesté devant le Conseil, en proposant plusieurs amendements.
4	**2016-573 QPC** du 29 septembre 2016, *M. Lakhdar Y. [Cumul des poursuites pénales pour*	- 2 ° de l'article L. 654-2, article L. 654-6 du code de commerce dans leur rédaction résultant	*Participation à l'élaboration de la loi, auteur d'un rapport* M. Hyest a très largement participé à

	banqueroute avec la procédure de redressement ou de liquidation judiciaire et cumul des mesures de faillite ou d'interdiction prononcées dans ces cadres]	de l'ordonnance du 18 décembre 2008 - 2 ° de l'article L. 654-5 dans sa rédaction résultant de la loi du 4 août 2008.	l'élaboration de la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises qui est venue modifier en profondeur le livre VI du code de commerce, contenant les dispositions contestées. Si la version contestée est antérieure à la loi du 26 juillet 2005, l'implication du sénateur Hyest fut telle dans l'élaboration de cette loi, que son déport est très probablement lié à cela. Le projet de loi est en effet inspiré d'un rapport qu'il avait rédigé en 2001 et il a amplement participé à l'élaboration de la loi (J.-J. HYEST, « La législation applicable en matière de prévention et de traitement des difficultés des entreprises », rapport n° 120, fait au nom de l'Office parlementaire d'évaluation de la législation, 5 décembre 2001, disponible sur : <https://www.senat.fr/rap/r01-120/r01-1201.pdf>).
5	**2017-625 QPC** du 7 avril 2017, *M. Amadou S. [Entreprise individuelle terroriste]*	Article 421-2-6 du code pénal, dans sa rédaction issue de la loi n° 2014-1353 du 13 novembre 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme, et de l'article 421-5 du même code.	*Participation à l'élaboration de la loi, auteur d'un rapport* Il est l'un des auteurs du rapport fait au nom de la commission des lois. Il a participé à l'élaboration de la loi et a en particulier participé à la discussion relative à la création du délit d'entreprise terroriste individuelle (voir J.-J. HYEST, A. RICHARD, rapport n° 9 au nom de la commission des lois sur le projet de loi renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme, Sénat, 9 octobre 2014, disponible sur : < http://www.senat.fr/rap/l14-009/l14-0091.pdf>).
6	**2018-706 QPC** du 18 mai 2018, *M. Jean-Marc R. [Délit d'apologie d'actes de terrorisme]*	- Article 421-2-5 du code pénal, dans sa rédaction issue de la loi n° 2014-1353 du 13 novembre 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme - articles 422-3 et 422-6 du même code.	*Participation à l'élaboration de la loi, auteur d'un rapport* Voir *supra* n°2017-625 QPC.

Jacques Barrot

Rappel de la carrière :

- 18 septembre 1966 – 30 avril 2004 : conseiller général d'Yssingeaux
- 12 mars 1967 – 8 juillet 1974 : député de Haute-Loire
- 27 mai 1974 – 31 mars 1978 : secrétaire d'État chargé du Logement
- 8 mars 1976 – 30 avril 2004 : président du Conseil général de Haute-Loire
- 12 mars 1978 – 5 mai 1978 : député de Haute-Loire
- 31 mars 1978 – 4 juillet 1979 : ministre du Commerce
- 4 juillet 1979 – 13 mars 1981 : ministre de la Santé
- 14 juin 1981 – 18 juin 1995 : député de Haute-Loire
    - 8 avril 1986 – 14 mai 1988 : président de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales de l'Assemblée nationale
    - 8 avril 1993 – 18 juin 1995 : président de la commission des finances de l'Assemblée nationale
- 18 mai 1995 – 2 juin 1997 : ministre du Travail
- 1er janvier 1997 – 4 juillet 2004 : député de Haute-Loire
- 19 juin 2002 – 4 mai 2004 : président de l'UMP à l'Assemblée nationale
- 22 novembre 2004 – 31 octobre 2009 : vice-président de la Commission européenne
- En fonction au Conseil constitutionnel à partir du 12 mars 2010

	Décision	Dispositions contestées	Motifs possibles et sources
1	**2010-3 QPC** du 28 mai 2010, *Union des familles en Europe [Associations familiales]*	Article L. 211-3 du code de l'action sociale et des familles.	*Motif non déterminé* Cet article trouve son origine dans une loi de 1942, qui fut ensuite modifiée par une ordonnance de 1945, puis par la loi n° 75-629 du 11 juillet 1975. La disposition fut ensuite recodifiée par ordonnance en 2000, ratifiée par la loi n° 2002-2 du 2 janvier 2002. Si cette loi de 2002 se situe dans la continuité de la réforme du droit du travail à laquelle avait participé M. Barrot lorsqu'il était ministre du Travail entre 1995 et 1997, il est douteux que M. Barrot se soit déporté pour ce motif. Par ailleurs, si en 1975, M. Barrot était secrétaire d'État chargé du Logement, il n'a pas contresigné la loi du 11 juillet 1975. Le motif de son déport nous échappe donc.
2	**2011-111 QPC** du 25 mars 2011, *Mme Selamet B. [Indemnité légale pour travail dissimulé]*	Article L. 8223-1 du code du travail.	*Ministre du Travail* La disposition originelle datait de la loi n° 91-1383 du 31 décembre 1991, contresignée par M. Charasse qui était ministre du Budget à l'époque (il ne s'est pas déporté). M. Barrot était pour sa part ministre du Travail lorsque la loi n° 97-210 du 11 mars 1997 fut adoptée et a contresigné cette loi qui est venue modifier la disposition en cause. Son déport est donc probablement motivé par ce rôle prépondérant. J.-L. Debré, qui était alors ministre de l'Intérieur et avait lui aussi signé la loi, ne s'est pas déporté dans cette affaire, sans doute parce que son rôle était moins important.
3	**2011-142/145 QPC** du 30 juin 2011, *Départements de la Seine-Saint-Denis et autres [Concours de*	- Article 4 de la loi n° 2003-1200 du 18 décembre 2003 portant décentralisation en matière de revenu	*Vote de la loi, demande de récusation* La récusation de M. Barrot fut demandée au motif qu'il avait, en tant que président du groupe UMP à l'Assemblée nationale, soutenu le vote de l'article 4

	l'État au financement par les départements du RMI, du RMA et du RSA]	minimum d'insertion et créant un revenu minimum d'activité ; - Article 59 de la loi n° 2003-1311 du 30 décembre 2003 de finances pour 2004 ; - Article 2 de la loi n° 2005-1720 du 30 décembre 2005 de finances rectificative pour 2005 ; - Article L. 262-24 du code de l'action sociale et des familles, issu de l'article 3 de la loi n° 2008-1249 du 1er décembre 2008 généralisant le revenu de solidarité active et réformant les politiques d'insertion ; - Article 7 de la même loi du 1er décembre 2008 ; - Article 51 de la loi n° 2008-1425 du 27 décembre 2008 de finances pour 2009.	de la loi du 18 décembre 2003 et de l'article 59 de la loi du 30 décembre 2003. Dans cette affaire, M. Barrot s'étant déporté, le Conseil n'a pas statué sur la demande de récusation. Il est possible que M. Barrot se soit déporté du seul fait de la demande de récusation (voir nos développements *supra* §376 sur ce point). Notons qu'il a cependant voté plusieurs des lois dont les dispositions sont contestées et a pris part à leur élaboration. Pour voir la demande de récusation précitée : F. JOHANNES, « Premières demandes de récusation au Conseil constitutionnel », *Libertés surveillées*, 31 mai 2011, disponible sur : < http://libertes.blog.lemonde.fr/2011/05/31/premieres-demandes-de-recusation-au-conseil-constitutionnel/>.
4	**2011-143 QPC** du 30 juin 2011, *Départements de la Seine-Saint-Denis et de l'Hérault [Concours de l'État au financement par les départements de l'allocation personnalisée d'autonomie]*	Articles 11 et 12 de la loi n° 2004-626 du 30 juin 2004 relative à la solidarité pour l'autonomie des personnes âgées et des personnes handicapées et des articles L. 14-10-5 et L. 14-10-6 du code de l'action sociale et des familles dans leur rédaction issue de la loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées.	*Vote de la loi, demande de récusation* Voir *supra* décision n° 142/145 QPC (la demande de récusation visait les dossiers n° 142 à 145).
5	**2011-144 QPC** du 30 juin 2011, *Départements de l'Hérault et des Côtes-d'Armor [Concours de l'État au financement par les départements de la prestation de compensation du handicap]*	Articles L. 14-10-4, L. 14-10-5, L. 14-10-7 et L. 14-10-8 du code de l'action sociale et des familles, dans leur rédaction issue de la loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées.	*Demande de récusation* Le Conseil a examiné les dossiers n° 143 et 144 ensemble. Il est donc logique que M. Charasse se soit déporté pour cette décision, du fait de son déport pour les dossiers précédents.

Laurent Fabius

Rappel de la carrière :

- 3 avril 1978 – 23 juillet 1981 : député
- 22 mai 1981 – 23 mars 1983 : ministre délégué au Budget
- 23 mars 1983 – 17 juillet 1984 : ministre de l'Industrie
- 17 juillet 1984 – 20 mars 1986 : Premier ministre
- 2 avril 1986 – 27 avril 2000 : député
- 28 mars 2000 – 6 mai 2002 : ministre de l'Économie
- 19 juin 2002 – 21 juillet 2012 : député
- 16 mai 2012 – 11 février 2016 : ministre des Affaires étrangères
- En fonction au Conseil constitutionnel à partir du 8 mars 2016

	Décision	Dispositions contestées	Motifs possibles et sources
1	**2016-561/562 QPC** du 9 septembre 2016, *M. Mukhtar A. [Écrou extraditionnel]*	Articles 696-11 et 696-19 du code de procédure pénale.	*Motif non déterminé* M. Fabius ne semble pas avoir participé aux débats relatifs à la loi n° 2011-392 du 14 avril 2011, venue modifier les dispositions contestées. En tant que député de l'opposition, il a voté contre en deuxième lecture. Nous ne pouvons savoir si ce vote l'a conduit à se déporter.
2	**2017-639 QPC** du 23 juin 2017, *Mme Yamina B. [Amende sanctionnant le fait d'omettre sciemment de déclarer une part substantielle de son patrimoine]*	Paragraphe I de l'article 5-1 de la loi n° 88-227 du 11 mars 1988 relative à la transparence financière de la vie politique, dans sa rédaction issue de la loi n° 2011-412 du 14 avril 2011 portant simplification de dispositions du code électoral et relative à la transparence financière de la vie politique.	*Motif non déterminé* Si M. Fabius, en tant que député de l'opposition, a voté contre la loi n° 2011-412, nous ne disposons pas d'éléments supplémentaires pour expliquer son déport.
3	**2018-745 QPC** du 23 novembre 2018, *M. Thomas T. et autre [Pénalités fiscales pour omission déclarative et sanctions pénales pour fraude fiscale]*	- a et b du 1 de l'article 1728 du code général des impôts, dans sa rédaction résultant de l'ordonnance n° 2005-1512 du 7 décembre 2005 relative à des mesures de simplification en matière fiscale et à l'harmonisation et l'aménagement du régime des pénalités ; - mots « *soit qu'il ait volontairement omis de faire sa déclaration dans les délais prescrits* » figurant au premier alinéa de l'article 1741 du même code, dans sa rédaction résultant de la loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière.	*Connaissance du requérant, membre de son cabinet* Le déport de M. Fabius est expliqué par la revue *Pouvoirs* : « *En revanche, la situation est différente pour la décision 745 QPC du 23 novembre, puisque la présidence de M. Jospin a été justifiée par le fait que M. Fabius a estimé devoir s'abstenir de siéger, le requérant, M. Thévenoud, ayant fait partie de son cabinet, en 2000, lorsqu'il exerçait les fonctions de ministre de l'Économie et des Finances* » (J. GICQUEL, J.-É. GICQUEL, « Chronique constitutionnelle française - 1er octobre – 31 décembre 2018 -, *Pouvoirs*, n° 169, p. 178).
4	**2019-782 QPC** du 17 mai 2019, *Mme Élise D.*	- article 885 D du code général des impôts, dans sa	*Ministre délégué auprès du Ministre de l'Économie et des finances*

[Déductibilité de l'assiette de l'impôt de solidarité sur la fortune des dettes du redevable à l'égard de ses héritiers ou de personnes interposées]	rédaction résultant de la loi du 23 décembre 1988 ; - plus précisément : « *la question prioritaire de constitutionnalité porte sur le renvoi opéré par l'article 885 D du code général des impôts au 2 ° de l'article 773 du même code* » (§7).	Le commentaire de la décision rappelle p. 6-7 une intervention de M. Fabius en 1981 sur la question de la preuve des dettes ayant une incidence sur le montant de l'ISF lors d'une succession. Il avait alors pris parti contre la preuve par simple témoignage. Or, la requérante estimait dans cette affaire que l'exigence d'un acte authentique ou d'un acte sous seing privé ayant une date certaine constituait une rupture d'égalité.

François Pillet

Rappel de la carrière :

- 1975 – 2013 : avocat à la cour d'appel de Bourges
- 1984 – 2014 : enseignant à l'École du Centre Ouest des avocats à Poitiers
- 1996 – 1997 : bâtonnier de l'Ordre des avocats du barreau de Bourges
- 2007 – 2019 : sénateur du Cher
- 2011 – 2019 : vice-président de la commission des lois constitutionnelles, de la législation, du suffrage universel, du règlement et de l'administration générale du Sénat
- 2015 – 2019 : président du Comité de déontologie parlementaire du Sénat
- En fonction au Conseil constitutionnel à partir du 12 mars 2019.

	Décision	Dispositions contestées	Motifs possibles et sources
1	**2018-768 QPC** du 21 mars 2019, *M. Adama S. [Examens radiologiques osseux aux fins de détermination de l'âge]*	Article 388 du code civil, dans sa rédaction résultant de la loi n° 2016-297 du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfant.	*Avis rendu au nom de la commission des lois* M. Pillet a rendu un avis au nom de la commission des lois, portant notamment sur l'encadrement du recours aux données radiologiques pour déterminer l'âge d'un jeune isolé étranger (F. PILLET, avis n° 718 présenté au nom de la commission des lois sur la proposition de loi relative à la protection de l'enfant, Sénat, 30 septembre 2015, disponible sur : <http://www.senat.fr/rap/a14-718/a14-7181.pdf>).
2	**2019-804 QPC** du 27 septembre 2019, *Association française des entreprises privées [Dénonciation obligatoire au procureur de la République de certains faits de fraude fiscale]*	1° à 3° de l'article L. 228 du livre des procédures fiscales, dans sa rédaction résultant de la loi n° 2018-898 du 23 octobre 2018 relative à la lutte contre la fraude.	*Participation à l'élaboration de la loi, travail en commission* M. Pillet était membre de la commission des lois du Sénat. Voir not. N. DELATTRE, avis n° 600 présenté au nom de la commission des lois sur le projet de loi relatif à la lutte contre la fraude, Sénat, 26 juin 2018, disponible sur : <https://www.senat.fr/rap/a17-600/a17-6001.pdf>.

Lionel Jospin

Rappel de la carrière :

- 2 juillet 1981 – 28 juillet 1988 : député
- 12 mai 1988 – 2 avril 1992 : ministre de l'Éducation nationale
- 7 octobre 1988 – 6 mai 2002 : conseiller général de la Haute-Garonne
- 1er juin – 2 juillet 1997 : député
- 2 juin 1997 – 6 mai 2002 : Premier ministre
- En fonction au Conseil constitutionnel à partir du 6 janvier 2015

	Décision	Dispositions contestées	Motifs possibles et sources
1	**2014-455 QPC** du 6 mars 2015, *M. Jean de M. [Possibilité de verser une partie de l'astreinte prononcée par le juge administratif au budget de l'État]*	Article L. 911-8 du code de justice administrative.	*Premier ministre* Cet article avait été modifié par la loi n° 2000-1353 du 30 décembre 2000 de finances rectificative pour 2000. M. Jospin était alors Premier ministre et avait à ce titre contresigné la loi.

Alain Juppé

Rappel de la carrière :

- 1972 – 1976 : inspecteur des finances
- 1976 : chargé de mission au cabinet du Premier ministre
- 1984 – 1986 : député au Parlement européen
- 1986 puis 1988 – 1993 : député de Paris
- 1988 – 1994 : secrétaire général du RPR
- 1993 – 1995 : ministre des Affaires étrangères
- 1994 – 1997 : président du RPR
- 1995 – 1997 : Premier ministre
- 1995 – 2004 : maire de Bordeaux
- 1995 – 2004 : président de la Communauté urbaine de Bordeaux
- 1997 – 2004 : député de la Gironde
- 2002 – 2004 : président de l'UMP
- 2006 – 2019 : maire de Bordeaux
- 2007 : ministre d'État, ministre de l'Écologie, du développement et de l'aménagement durables
- 2010 – 2011 : ministre d'État, ministre de la Défense et des Anciens combattants
- 2011 – 2012 : ministre d'État, ministre des Affaires étrangères et européennes
- En fonction au Conseil constitutionnel à partir du 12 mars 2019.

	Décision	Dispositions contestées	Motifs possibles et sources
1	**2019-783 QPC** du 17 mai 2019, *M. Nicolas S. [Cumul de poursuites et de sanctions en cas de dépassement du plafond de dépenses par un candidat à l'élection présidentielle]*	3 ° du paragraphe I de l'article L. 113-1 du code électoral et de l'article 3 de la loi n° 62-1292 du 6 novembre 1962 relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel.	*Connaissance du requérant* A. Juppé fut, entre autres, président de l'UMP et ministre sous la présidence de N. Sarkozy. L. Fabius expliqua dans la presse : « *L'un de nos collègues, Alain Juppé, a choisi de se "déporter", selon le terme juridique qui convient. La justice ne doit pas seulement être impartiale, elle doit être perçue comme impartiale* » (C. LHAÏK, E. MANDONNET, « Interview de Laurent Fabius : "Nous rendons des décisions, pas des services" », *L'express*, 5 juin 2019).

Jacques Mézard

Rappel de la carrière :

- 1971 – 1976 : avocat au barreau de Paris
- 1977 – 2008 : avocat au barreau d'Aurillac
- 1983 – 1992 : maire adjoint d'Aurillac
- 1994 – 2008 : conseiller général du Cantal
- 2008 – 2017 : sénateur du Cantal
- 2018 – 2019 : sénateur du Cantal
- 2009 – 2017 : vice-président de la délégation sénatoriale aux collectivités territoriales et à la décentralisation
- 2017 : ministre de l'Agriculture et de l'alimentation
- 2017 – 2018 : ministre de la Cohésion des territoires
- En fonction au Conseil constitutionnel à partir du 12 mars 2019.

	Décision	Dispositions contestées	Motifs possibles et sources
1	**2019-778 QPC** du 10 mai 2019, *Époux B. et autres [Vente ou changement d'usage des biens d'une section de commune décidé par le conseil municipal]*	Al. 1 et 2 de l'article L. 2411-16 du code général des collectivités territoriales, dans sa rédaction résultant de la loi n° 2013-428 du 27 mai 2013 modernisant le régime des sections de commune.	*Auteur d'une proposition de loi* La loi a pour origine une proposition de loi dont M. Mézard est l'un des auteurs (Proposition de loi n° 564 visant à faciliter le transfert des biens sectionaux aux communes, Sénat, 25 mai 2012). Celle-ci est citée dans le commentaire de la décision (p. 2, note n° 3). M. Mézard avait lui-même évoqué son déport concernant cette QPC lors de son audition par l'Assemblée nationale (voir Séance du 21 février 2019, Compte rendu de l'audition de M. Mézard, Commission des lois, Assemblée nationale).

II. Les juristes de carrière (26 déports)

Renaud Denoix de Saint Marc

Rappel de la carrière :

- 1964 – 1978 : Conseil d'État
- 1978 – 1979 : directeur adjoint du Cabinet du ministre de la Justice
- 1979 – 1982 : directeur des Affaires civiles et du Sceau
- 1982 – 1986 : Conseil d'État (nommé Conseiller d'État en 1985)
- 26 mars 1986 – 24 mai 1995 : secrétaire général du Gouvernement
- 23 avril 1995 – 3 octobre 2006 : vice-président du Conseil d'État
- 1999 – 2004 : président de l'Office national de la chasse et de la faune sauvage
- En fonction au Conseil constitutionnel à partir du 5 mars 2007

	Décision	Dispositions contestées	Motifs possibles et sources
1	**2010-54 QPC** du 14 octobre 2010, *Union syndicale des magistrats administratifs [Juge unique]*	Premier alinéa de l'article L. 222-1 du CJA.	*Conseil d'État* Il est fort probable que M. Denoix de Saint Marc se soit déporté du fait de ses anciennes fonctions de vice-président du Conseil d'État (c'est ce qu'avance E. Cartier, « La récusation et le déport... », *op. cit.*, p. 22).
2	**2010-78 QPC** du 10 décembre 2010, *Société IMNOMA [Intangibilité du bilan d'ouverture]*	Paragraphe IV de l'article 43 de la loi n° 2004-1485 du 30 décembre 2004 de finances rectificative pour 2004.	*Conseil d'État* M. Cartier estime pour cette décision que « *ce sont sans doute ses mêmes fonctions, mais dans le cadre de son activité de conseil du Gouvernement, qui l'ont amené à se déporter sur la décision concernant une disposition de la loi de finances rectificative du 30 décembre 2004* » (*Ibid*.).
3	**2011-129 QPC** du 13 mai 2011, *Syndicat des fonctionnaires du Sénat [Actes internes des Assemblées parlementaires]*	Article 8 de l'ordonnance n° 58-1100 du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires.	*Conseil d'État* L'article 8 en question date de 1983 et a été modifié en 2003. À ces deux époques, M. Denoix de Saint Marc était au Conseil d'État. Ce déport est à mettre en relation avec son déport pour la décision n° 2012-281 QPC : les deux décisions concernent le statut des fonctionnaires, sur lequel il a travaillé au cours de sa carrière, en particulier en tant que vice-président du Conseil d'État. Voir son rapport sur le service public : R. DENOIX DE SAINT MARC, « Le Service public : rapport au Premier ministre », *La Documentation française*, 1996, 87 p.
4	**2012-281 QPC** du 12 octobre 2012, *Syndicat de défense des fonctionnaires [Maintien de corps de fonctionnaires dans l'entreprise France Télécom]*	- Articles 1er-1, 29, 29-1 et 29-2 de la loi n° 90-568 du 2 juillet 1990 relative à l'organisation du service public de la poste et à France Télécom ; - Articles 2 et 8 de la loi n° 2003-1365 du 31 décembre 2003 relative aux obligations de service public des	*Motif incertain* Nous ne pouvons pas rattacher ce déport à un élément précis. Le plus probable est l'hypothèse élaborée pour la décision précédente n° 2011-129 : était en cause le statut des fonctionnaires, sur lequel il a travaillé au cours de sa carrière.

		télécommunications et à France Télécom.	
5	**2014-432 QPC** du 28 novembre 2014, *M. Dominique de L. [Incompatibilité des fonctions de militaire en activité avec un mandat électif local]*	Premier alinéa de l'article L. 46 et du dernier alinéa de l'article L. 237 du code électoral.	*Rapport, président de la Commission de révision du statut général des militaires* Il est l'auteur d'un rapport de 2003, effectué au nom de la Commission de révision du statut général des militaires, sur demande du ministre de la Défense. Ce rapport traite du statut des militaires et notamment de leurs droits civils et politiques. Voir R. DENOIX DE SAINT MARC, MINISTERE DE LA DEFENSE, Rapport de la commission de révision du statut général des militaires, 29 octobre 2003, p. 7 en particulier (l'auteur se prononce en opportunité sur les mandats). Il fut par ailleurs auditionné par l'Assemblée nationale sur le sujet. Voir : Séance du 11 février 2004, compte rendu n° 20 de la commission de la Défense nationale et des forces armées, audition de M. Renaud Denoix de Saint Marc, disponible sur : < http://www.assemblee-nationale.fr/12/cr-cdef/03-04/c0304020.asp>.
	2014-435 QPC du 5 décembre 2014, *M. Jean-François V. [Contribution exceptionnelle sur les hauts revenus]*	Paragraphe III de l'article 2 de la loi n° 2011-1977 du 28 décembre 2011 de finances pour 2012.	*Motif non déterminé* En 2011, il est membre du Conseil constitutionnel depuis plusieurs années. De plus, l'article en question est un ajout, non une modification. Nous n'avons pas pu identifier le motif de ce déport.
7	**2014-450 QPC** du 27 février 2015, *M. Pierre T. et autre [Sanctions disciplinaires des militaires - Arrêts simples]*	Article L. 4137-2 du code de la défense en tant qu'il prévoit la sanction des arrêts.	*Rapport, président de la Commission de révision du statut général des militaires* Le rapport de 2003 dont il est l'auteur (voir *supra* décision n° 2014-432 QPC) traite aussi du régime disciplinaire des militaires.
8	**2014-455 QPC** du 6 mars 2015, *M. Jean de M. [Possibilité de verser une partie de l'astreinte prononcée par le juge administratif au budget de l'État]*	Article L. 911-8 du CJA.	*Conseil d'État* L'article en question a été modifié par la loi n° 2000-1353 du 30 décembre 2000 de finances rectificative pour 2000 (1). Cet article vise directement l'organisation de la juridiction administrative. Il est donc probable que M. Denoix de Saint Marc se soit déporté pour cette raison.

Guy Canivet

Rappel de la carrière :

- 1986 – 1991 : conseiller à la Cour d'appel de Paris
- 1994 – 1996 : conseiller à la Cour de cassation
- 1999 – 2007 : premier président de la Cour de cassation
- 1999 – 2000 : président du groupe de travail mis en place par le Garde des Sceaux, chargé d'étudier la question du contrôle extérieur de l'administration pénitentiaire par une instance indépendante
- 2006 – 2007 : chargé par le ministre de la Justice d'une mission de réflexion sur les moyens de former les magistrats susceptibles d'exercer des fonctions de chef de cour ou de juridiction
- En fonction au Conseil constitutionnel à partir du 5 mars 2007

	Décision	Dispositions contestées	Motifs possibles et sources
1	**2010-2 QPC** du 11 juin 2010, *Mme Vivianne L. [Loi dite "anti-Perruche"]*	- Premier et troisième alinéas de l'article L. 114-5 du code de l'action sociale et des familles ; - 2 du paragraphe II de l'article 2 de la loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées.	*Cour de cassation* Ce premier déport a un motif évident : M. Canivet était premier président de la Cour de cassation en 2000, lorsque l'arrêt Perruche fut rendu. Ainsi que le remarque E. Cartier, « *La question du déport dans cette affaire a pu se poser pour Jean-Louis Debré, cosignataire d'une proposition de loi à l'origine du dispositif législatif en cause* » (E. CARTIER, « La récusation et le déport... », *op. cit.,* p. 22). Nous pouvons ajouter que la question se posait aussi pour H. Haenel puisqu'il était co-signataire de deux propositions de lois « anti-Perruche » (voir nos développements *supra* §360).
2	**2010-9 QPC** du 2 juillet 2010, *Section française de l'Observatoire international des prisons [Article 706-53-21 du code de procédure pénale]*	Article 706-53-21 du CPP.	*Cour de cassation* Selon E. Cartier (*ibid.*), ce déport s'expliquerait par le fait que N. Sarkozy aurait demandé à V. Lamanda, successeur de G. Canivet à la Cour de cassation, de réfléchir aux moyens de contourner la décision du Conseil de février 2008 qui avait censuré la portée rétroactive du texte initial (CC, 2008-562 DC, 21 février 2008, *Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental*). Il est possible que M. Canivet ait conseillé son successeur en cette occasion. La presse rapporta qu'il s'était entretenu avec le Président Sarkozy à ce propos (J. COIGNARD, « Vincent Lamanda, un premier magistrat qui file droit », *Libération*, 31 mai 2007).
3	**2012/228-229 QPC** du 6 avril 2012, *M. Kiril Z. [Enregistrement audiovisuel des interrogatoires et des confrontations des personnes mises en cause en matière criminelle]*	Septième alinéa de l'article 116-1 du CPP et septième alinéa de l'article 64-1 du même code.	*Audition par l'Assemblée nationale* Après l'affaire d'Outreau, M. Canivet s'était très clairement prononcé en faveur des enregistrements audiovisuels des interrogatoires et confrontations en matière criminelle. Voir : Séance du 11 avril 2006, audition de M. Canivet par la Commission d'enquête chargée de de rechercher les causes des dysfonctionnements de la justice dans l'affaire dite d'Outreau et de formuler des propositions pour éviter leur renouvellement, Assemblée nationale : « *Une*

			des réformes les plus urgentes, les plus fondamentales, les plus pratiques et les plus porteuses de changement en profondeur me semble être l'enregistrement audiovisuel des interrogatoires, auditions et audiences, aussi bien dans la phase d'enquête, dans celle de l'instruction que lors du jugement ».
4	**2014-393 QPC** du 25 avril 2014, *M. Angelo R. [Organisation et régime intérieur des établissements pénitentiaires]*	Article 728 du CPP, dans sa rédaction postérieure à la loi n° 87-432 du 22 juin 1987 relative au service public pénitentiaire.	*Auteur d'un rapport* G. Canivet est l'auteur d'un rapport cité dans le commentaire de la décision (p. 3). Ce rapport a inspiré la réécriture des articles contestés, à travers la loi pénitentiaire n° 2009-1436 du 24 novembre 2009.
5	**2014-453/454 QPC** et **2015-462 QPC** du 18 mars 2015, *M. John L. et autres [Cumul des poursuites pour délit d'initié et des poursuites pour manquement d'initié]*	- Article 6 du CPP ; - Articles L. 465-1, L. 466-1, L. 621-15, L. 621-15-1, L. 621-16, L. 621-16-1 et L. 621-20-1 du code monétaire et financier.	*Cour de cassation* Le commentaire de la décision cite l'abondante jurisprudence de la Cour de cassation sur cette question (p. 7-8). Il est possible que le seul souci des apparences ait guidé ce déport.
6	**2015-506 QPC** du 4 décembre 2015, *M. Gilbert A. [Respect du secret professionnel et des droits de la défense lors d'une saisie de pièces à l'occasion d'une perquisition]*	Articles 56, 57, 81 et 96 du CPP.	*Connaissance du requérant, Cour de cassation* Cette QPC fait suite à une affaire de perquisition à la Cour de cassation en mars 2014. La question est posée par le Premier avocat général de la deuxième chambre civile, G. Azibert. Outre le fait que l'affaire concerne directement la Cour de cassation, M. Canivet connaissait nécessairement M. Azibert.
7	**2015-513/514/526 QPC** du 14 janvier 2016, *M. Alain D. et autres [Cumul des poursuites pénales pour délit d'initié avec des poursuites devant la commission des sanctions de l'AMF pour manquement d'initié - II]*	Article L. 621-15 du code monétaire et financier (CMF) dans ses versions successives issues de la loi n° 2006-1770 du 30 décembre 2006, de la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 et de l'ordonnance n° 2010-76 du 21 janvier 2010.	*Motif non déterminé* Ce déport peut être rapproché des décisions n° 2014-453/454 QPC et 2015-462 QPC, qui portaient partiellement sur les mêmes dispositions. Néanmoins, le dossier documentaire ne cite pas la jurisprudence de la Cour de cassation. Nous ne pouvons donc établir de motif de déport probable pour cette décision.

Michel Pinault

Rappel de la carrière :

- 1976 – 2015 : Conseil d'État
- 1993 – 2004 : occupe plusieurs postes de direction chez UAP puis AXA
- 2005 – 2007 : membre de la commission des infractions fiscales
- 2011 – 2014 : membre de la commission des sanctions de l'AMF
- 2014 – 2016 : président de l'AMF
- En fonction au Conseil constitutionnel depuis le 8 mars 2016

	Décision	Dispositions contestées	Motifs possibles et sources
1	**2016-572 QPC** du 30 septembre 2016, *M. Gilles M. et autres [Cumul des poursuites pénales pour le délit de diffusion de fausses informations avec des poursuites devant la commission des sanctions de l'AMF pour manquement à la bonne information du public]*	- Article L. 621-15 du code monétaire et financier dans sa rédaction issue de la loi du n° 2010-1249 du 22 octobre 2010 de régulation bancaire et financière ; - Article L. 465-2 du même code. - Loi n° 2010-1249 du 22 octobre 2010 de régulation bancaire et financière ; - Loi n° 2016-819 du 21 juin 2016 réformant le système de répression des abus de marché.	*Président de l'AMF* Ce déport est probablement lié à sa position de président de l'AMF.
2	**2017-634 QPC** du 2 juin 2017, *M. Jacques R. et autres [Sanction par l'AMF de tout manquement aux obligations visant à protéger les investisseurs ou le bon fonctionnement du marché]*	- Article L. 621-14 du code monétaire et financier, dans sa rédaction résultant de la loi n° 2005-842 du 26 juillet 2005 pour la confiance et la modernisation ; - Article L. 621-15 du même code, dans ses rédactions résultant de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie et de la loi n° 2010-1249 du 22 octobre 2010 de régulation bancaire et financière.	*Président de l'AMF* Ce déport est probablement lié à sa position de président de l'AMF.
3	**2017-646/647 QPC** du 21 juillet 2017, *M. Alexis K. et autre [Droit de communication aux enquêteurs de l'AMF des données de connexion]*	Seconde phrase du premier alinéa de l'article L. 621-10 du code monétaire et financier, dans sa rédaction résultant de la loi n° 2013-672 du 26 juillet 2013 de séparation et de régulation des activités bancaires.	*Président de l'AMF* Ce déport est probablement lié à sa position de président de l'AMF.
4	**2017-666 QPC** du 20 octobre 2017, *M. Jean-Marc L. [Compétence du vice-président du Conseil d'État pour établir la charte de déontologie de la juridiction administrative]*	Article L. 131-4 du CJA, dans sa rédaction issue de la loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires.	*Conseil d'État* Ce déport peut être relié à sa longue carrière au Conseil d'État, sans certitude bien entendu.
5	**2017-685 QPC** du 12 janvier 2018, *Fédération bancaire française [Droit de résiliation annuel des contrats assurance-emprunteur]*	- Les mots « *ou qu'il fait usage du droit de résiliation annuel mentionné au deuxième alinéa de l'article L. 113-12 du code des assurances ou au premier alinéa de l'article L. 221-10 du code de la mutualité* » figurant à la deuxième phrase du premier alinéa de l'article L. 313-30 du code de la consommation dans sa rédaction résultant de la loi n° 2017-203 du 21 février 2017 ratifiant les ordonnances n° 2016-301 du 14 mars 2016 relative à la partie législative du code de la consommation et n° 2016-351 du	*Axa assurances* Il est probable que ce déport se rattache à ses fonctions au sein du groupe UAP, devenu Axa par la suite (il fut notamment membre du directoire et du comité exécutif et Directeur général pour l'administration du

	25 mars 2016 sur les contrats de crédit aux consommateurs relatifs aux biens immobiliers à usage d'habitation et simplifiant le dispositif de mise en œuvre des obligations en matière de conformité et de sécurité des produits et services, de la dernière phrase de ce même alinéa dans cette même rédaction ; - Paragraphe V de l'article 10 de cette même loi.	groupe AXA-UAP).

Claire Bazy-Malaurie

Rappel de la carrière :

- 1980 – 1984 : Cour des comptes
- 1985 – 1990 : chargée de mission puis directrice à la délégation à l'aménagement du territoire et à l'action régionale
- 1990 – 1994 : Cour des comptes
- 1991 – 1994 : chargée de mission auprès du président de la Fondation nationale de la transfusion sanguine puis présidente de la commission de liquidation de la Fondation nationale de la transfusion sanguine
- 1994 – 1995 : directeur des affaires financières et de l'administration générale au ministère de l'Équipement, des Transports et du Tourisme
- 1995 – 1998 : directeur des hôpitaux au ministère chargé de la Santé et des affaires sociales
- 1998 – 2010 : conseiller maître puis présidente de chambre à la Cour des comptes
- 2000 – 2004 : membre du Comité national d'évaluation des établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel (CNE)
- 2001 – 2008 : présidente du conseil d'administration de l'Institut régional d'administration (IRA) de Metz
- 2008 – 2010 : présidente du comité de suivi de la loi relative aux libertés et responsabilités des universités
- En fonction au Conseil depuis le 7 septembre 2010

	Décision	Dispositions contestées	Motifs possibles et sources
1	**2010-100 QPC** du 11 février 2011, *M. Alban Salim B. [Concession du stade de France]*	Article unique de la loi n° 96-1077 du 11 décembre 1996 relative au contrat de concession du Stade de France à Saint-Denis (Seine-Saint-Denis).	*Motif incertain* La biographie de Mme Bazy-Malaurie sur le site du Conseil ne fait pas apparaître de lien avec cette question. Le plus probable est que Mme Bazy-Malaurie ait pris parti sur la question à la Cour des comptes.
2	**2018-734 QPC** du 27 septembre 2018, *Comité d'entreprise de l'établissement public d'aménagement de la Défense Seine Arche [Composition et droits de vote au sein du conseil d'administration]*	Premier et quatrième alinéas du paragraphe I de l'article L. 328-8 du code de l'urbanisme, dans sa rédaction résultant de la loi n° 2017-1754 du 25 décembre 2017 ratifiant l'ordonnance n° 2017-717 du 3 mai 2017 portant création de l'établissement public Paris La Défense.	*Motif incertain* Le même constat doit être fait pour ce déport.
3	**2014-420/421 QPC** du 9 octobre 2014, *M. Maurice L. et autre [Prolongation exceptionnelle de la garde à vue pour des faits d'escroquerie en bande organisée]*	8° bis de l'article 706-73 du code de procédure pénale, dans sa rédaction actuellement en vigueur, et de l'article 706-88 du même code, dans sa rédaction postérieure à la loi du 14 avril 2011 susvisée et antérieure à la loi 27 mai 2014 susvisée.	*Motif non déterminé*

Jacqueline de Guillenchmidt

Rappel de la carrière :

- à partir de 1985 : magistrat à l'administration centrale du ministère de la Justice
  - 1989 – 1992 : chef du bureau droit commercial
  - 1992 – 1993 : chef du bureau de la réglementation des professions à la direction des affaires civiles et du Sceau
  - 1993 – 1994 : conseiller technique au cabinet du garde des Sceaux
  - 1994 – 1995 : directeur adjoint du cabinet du garde des Sceaux
- 1995 : conseiller d'État
- 1999 – 2004 : membre du Conseil supérieur de l'audiovisuel
- En fonction au Conseil constitutionnel à partir du 10 mars 2004

	Décision	Dispositions contestées	Motifs possibles et sources
1	**2010-57 QPC** du 18 octobre 2010, *Société SITA FD et autres [Taxe générale sur les activités polluantes]*	Dispositions du 1 et du 8 du paragraphe I de l'article 266 sexies et du 1 et du 8 de l'article 266 septies du code des douanes dans leur rédaction issue de la loi n° 99-1140 du 29 décembre 1999 de financement de la sécurité sociale pour 2000.	*Motif non déterminé* Ainsi que le souligne E. Cartier, il est difficile « *de déterminer une cause de partialité objective manifeste au déport de Jacqueline de Guillenchmidt sur la décision relative aux dispositions législatives du Code des douanes issues de la loi du 29 décembre 1999 de financement de la sécurité sociale pour 2000* » (E. Cartier, « Récusation et déport... », *op. cit.*, p. 22).
2	**2012-281 QPC** du 12 octobre 2012, *Syndicat de défense des fonctionnaires [Maintien de corps de fonctionnaires dans l'entreprise France Télécom]*	Articles 1er-1, 29, 29-1 et 29-2 de la loi n° 90-568 du 2 juillet 1990 relative à l'organisation du service public de la poste et à France Télécom et des articles 2 et 8 de la loi n° 2003-1365 du 31 décembre 2003 relative aux obligations de service public des télécommunications et à France Télécom.	*Motif non déterminé* Il est à nouveau difficile de rattacher ce déport à un élément spécifique.

Dominique Lottin

Rappel de la carrière :

- 1985 – 1996 : juge, premier juge puis vice-président au TGI de Rouen
- 1996 – 1998 : juge au TGI de Nanterre
- 1998 – 2001 : exercice de plusieurs fonctions auprès du procureur général près la cour d'appel de Rouen
- 2001 – 2006 : inspecteur des services judiciaires
- 2005 – 2009 : exerce plusieurs fonctions au ministère de la Justice, notamment la fonction de directeur des services judiciaires
- 2009 – 2014 : conseiller à la Cour de cassation pour exercer les fonctions de premier président de la cour d'appel de Douai
- 2014 – 2017 : conseiller à la Cour de cassation pour exercer les fonctions de premier président de la cour d'appel de Versailles
- En fonction depuis le 6 novembre 2017

	Décision	Dispositions contestées	Motifs possibles et sources
1	**2018-704 QPC** du 4 mai 2018, *M. Franck B. et autre [Obligation pour l'avocat commis d'office de faire approuver ses motifs d'excuse ou d'empêchement par le président de la cour d'assises]*	Article 9 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques.	*Motif non déterminé* D. Lottin a vécu son entière carrière dans la juridiction judiciaire, à des niveaux très divers. Il est tout à fait possible qu'elle ait étudié cette question spécifique. Il nous fut cependant impossible de vérifier cela.

INDEX THÉMATIQUE

Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphe.

A

Amicus curiae
« porte étroite » (*voir Contradictoire)*
définition, 679.
États-Unis, 682 et s.

Appréciation
contexte d'appréciation, 170.
en opportunité, 45, 168, 186, 214, 218 et s., 566, 572, 597.
retenue dans l' (*voir Retenue)*

Audition parlementaire
Conseil constitutionnel, 551 et s.
Sénat américain, 557.

C

Collaborateurs
Allemagne, 604, 618.
États-Unis, 604, 618.
experts judiciaires, 612.
Italie, 604, 607 et s.
secrétaire général du Conseil constitutionnel, 130, 207, 489, 513, 523 et s., 533, 605 et s., 609, 611 et s., 718 et s., 738.
service juridique du Conseil constitutionnel, 207, 352, 434, 441, 533, 594, 605 et s., 609, 718 et s., 727, 732 et s., 738, 774, 776, 778, 799.

Collégialité
« pré-délibéré », 724 et s.
Allemagne, 729 et s., 750.
définition, 717, 719.
États-Unis, 604, 724.
et compétence, 726.
et impartialité, 717.
Italie, 728, 750.
taux de présence, 744 et s.

Comité constitutionnel (III^e^ République), 31 et s.

Comité consultatif constitutionnel, 33 et s., 38, 52 et s., 62, 92, 241, 277, 463, 546 et s.

Communication
décisionnelle, 764, 768.
institutionnelle, 768.

Compétence
Allemagne, 548.
Autriche, 548.
Belgique, 548.
États-Unis, 548.
et impartialité, 541 et s., 559 et s.
Italie, 548.
Tunisie, 548.

Composition, 185, 231, 325, 355, 380, 403, 418 et s., 435 et s., 517, 540, 546 et s., 567, 585, 590, 614 et s., 624.

Conflit d'intérêts, 525-533.

Contradictoire
« porte étroite », 689 et s.
« pré-débat », 638 et s.
Amicus Curiae (voir Amicus curiae*)*
définition, 629 et s.
égalité des armes, 650 et s.
intérêt spécial, 697, 701, 702-704.
objectif / subjectif, 629 et s.

Corruption « blanche », 524.

Cour européenne des droits de l'homme
apparences, 11, 760.
épuisement des voies de recours internes, 380.
impartialité objective / subjective, 11.
procès équitable, 42, 67, 101.

D

Décorations, 469.

Délais (contrainte des), 368, 603, 614, 676, 694, 709, 734 et s., 782.

Démission
des fonctions de membre nommé du Conseil, 298, 318 et s., 747 et s., 779.
des fonctions de président du Conseil, 462
d'office, 313 et s., 459.
Italie, 387.
membres de droit, 252, 263 et s., 268 et s.

Démocratie
démocratie continue, 557, 685, 771.
et justice constitutionnelle, 36, 197, 571, 633, 684 et s., 704, 712, 714, 771, 786, 789, 793 et s.

Déontologie
Allemagne (code de conduite), 287, 532, 750.
Charte de déontologie des membres de la juridiction administrative, 14 et s., 122, 404 et s.
Collège de déontologie de la juridiction administrative, 406 et s., 422 et s.
déclaration *ad hoc*, 534 et s.
déclaration d'intérêts et de patrimoine, 528 et s.
définition, 13.
expert judiciaire, 612.
Haute autorité pour la transparence de la vie publique, 524, 528.
Recueil des obligations déontologiques des magistrats, 14 et s.
secrétaire général du Conseil constitutionnel, 612, 652 et s.

Déport
« causes d'abstention », 407.
absence de, 310, 356 et s., 360 et s.
Allemagne, 385.
Belgique, 385.
Espagne, 385.
États-Unis, 356 et s.
Italie, 387 et s.
liste de causes d'abstention, 421 et s.
rôle du président du Conseil, 352.

E

Égalité des armes *(voir Contradictoire)*

Erreur manifeste d'appréciation, 162, 177, 211, 214 et s., 228.

F

Fonction juridictionnelle, 36 et s., 60, 107, 448, 489, 612.

G

Gouvernement des juges, 31, 182, 190, 573, 619.

I

Impartialité
« objectivité dans la subjectivité », 17.
apparences, 11 et s., 286, 300, 336, 352, 361, 374, 391, 408 et s., 415 et s., 419, 427, 431, 437, 469, 535, 767 et s., 802.
définition retenue, 16 et s.
du Conseil constitutionnel / de ses juges, 76
et indépendance, 22 et s.
et neutralité, 25.
et objectivité / subjectivité, 26 et s., 800.
étymologie, 7 et s.
objective / subjective (*voir Cour européenne des droits de l'homme)*
partialité (*voir Partialité)*

Inamovibilité
Allemagne, 460.
Conseil constitutionnel, 458 et s.

Incompatibilités
Autriche, 284.
membres de droit, 249 et s.
membres nommés, 277 et s., 297 et s., 315 et s., 322, 454, 467 et s.

Indépendance
définition, 22 et s., 451 et s.
et impartialité *(voir Impartialité)*
interdépendance, 68 et s., 494 et s.

Inéligibilité, 290.

Interprétation
autorité du texte, 90 et s.
contexte d'interprétation, 101, 104 et s.
interprétation connaissance / volonté, 61, 64, 74, 186.
interprète authentique, 74, 90, 106, 155, 262, 295, 315.
méthodes d'interprétation, 561 et s.
respect du précédent, 126 et s.
théorie des contraintes juridiques, 86, 87, 90, 95, 109, 124, 132, 181, 200, 268.

L

Légitimité
contrainte de, 64 et s., 181 et s., 322.
moyens de légitimation, 66, 182 et s., 195, 197 et s.
légitimité formelle / matérielle, 185.

Litige, 48 et s., 68 et s., 666, 705.

Logique juridique (Perelman), 27, 178, 771.

M

Mandat non renouvelable
Conseil constitutionnel, 463 et s.
Espagne, 464.

Mise en congé, 297 et s., 305, 318, 320.

Motivation, 129, 135, 197 et s., 227 et s., 574, 609, 611, 767 et s., 792, 801

O

Opinions séparées, 443, 724, 772, 776, 781, 801.

Opportunité *(voir Appréciation)*

P

Partialité
causes, 19.
définition, 16 et s.
valeur du préjugé, 112 et s., 560.

Parties
dimension subjective de la QPC, 71 et s., 669 et s.
dimension subjective du contrôle *a priori*, 643 et s.
notion de, 637.

Porte étroite *(voir Contradictoire)*

Précédent *(voir Interprétation)*

Principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, 92, 101, 105, 108 et s., 116, 133 et s.

Procès constitutionnel, 48 et s., 426, 627 et s.

Q

Questions de société
jurisprudence sur les « questions de société », 135 et s., 220 et s., 506 et s., 573, 792.
questions de société au sens large, 189, 191, 704.

Quorum, 417, 535, 744 et s., 779.

R

Raison d'État, 500 et s., 524, 540.

Récusation
Belgique, 370, 373.
États-Unis, 370.
mécanisme, 362 et s.

Réserve (obligation de)
Allemagne, 287, 311.
membres de droit, 251, 256 et s., 263, 269.
membres nommés, 285 et s., 306 et s., 315, 322 et s., 459, 471 et s., 757.
Italie, 311.

Retenue, 135, 191, 209-225.

S

Secret
Brésil, 757 et s.
dans le cadre de l'obligation de réserve, 285, 306.
du nom du rapporteur, 472, 759.
et impartialité, 756.
membres de droit, 248.
qualité du procès, 628, 714 et s., 753 et s., 761 et s., 768, 777, 780, 785, 788.

Secrétariat général du Gouvernement
« réunion de travail », 641 et s., 648, 651, 653, 760 et s., 780, 783.
Bureau du Procureur général (États-Unis), 657 et s., 683.

Sénat conservateur, 29 et s., 35, 46.

Séparation des pouvoirs, 68 et s., 279, 477, 483, 494, 528, 656.

Serment, 63, 248, 257, 285, 308, 321, 329, 471.

Service juridique du Conseil constitutionnel *(voir Collaborateurs)*

T

Tiers impartial, 1 et s., 68 et s., 492 et s., 797.

Traitement des juges, 455, 470.

V

Valeurs, 45, 106, 171 et s., 355, 496, 790.

INDEX DE JURISPRUDENCE

Les numéros renvoient aux numéros de paragraphe.

Conseil constitutionnel

CC, 59-4 ORGA, 14 mai 1959, *Décision adoptant le règlement applicable à la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour le contentieux de l'élection des députés et sénateurs,* **481.**

CC, 59-3 DC, 25 juin 1959, *Règlement du Sénat*, **262.**

CC, 59-5 DC, 15 janvier 1960, *Résolution modifiant les articles 95 et 96 du règlement de l'Assemblée nationale*), **332.**

CC, 60-8 DC, 11 août 1960, *Loi de finances rectificative pour 1960*, **130, 138, 148, 741.**

CC, 60-11 DC, 20 janvier 1961, *Loi relative aux assurances maladie, invalidité et maternité des exploitants agricoles et des membres non salariés de leur famille*, **130.**

CC, 61-1 AUTR, 14 septembre 1961, *Demande d'avis présentée par le Président de l'Assemblée nationale (Recevabilité de la motion de censure)*, **129, 266.**

CC, 62-18 L, 16 janvier 1962, *Nature juridique des dispositions de l'article 31 (alinéa 2) de la loi no 60-808 du 5 août 1960 d'orientation agricole*, **44.**

CC, 62-20 DC, 6 novembre 1962, *Loi relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel direct, adoptée par le référendum du 28 octobre 1962*, **98, 129.**

CC, 63-21 DC, 12 mars 1963, *Loi portant réforme de l'enregistrement, du timbre et de la fiscalité immobilière*, **157.**

CC, 63-24 DC, 20 décembre 1963, *Règlement du Congrès,* **129.**

CC, 67-31 DC, 26 janvier 1967, *Loi organique modifiant et complétant l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature*, **176.**

CC, 74-54 DC, 15 janvier 1975, *Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse*, **99.**

CC, 76-64 DC, 2 juin 1976, *Résolution tendant à modifier et à compléter certains articles du règlement du Sénat,* **159.**

CC, 76-75 DC, 12 janvier 1977, *Loi autorisant la visite des véhicules en vue de la recherche et de la prévention des infractions pénales,* **177.**

CC, 77-82 DC, 20 juillet 1977, *Loi tendant à compléter les dispositions du code des communes relatives à la coopération intercommunale et notamment de ses articles 2, 4, 6 et 7,* **156.**

CC, 81-132 DC, 16 janvier 1982, *Loi de nationalisation,* **168, 740.**

CC, 82-143 DC, 30 juillet 1982, *Loi sur les prix et les revenus, notamment ses articles 1, 3 et 4,* **138.**

CC, 82-146 DC, 18 novembre 1982*, Loi modifiant le code électoral et le code des communes et relative à l'élection des conseillers municipaux et aux conditions d'inscription des Français établis hors de France sur les listes électorales,* **195, 333, 388, 426.**

CC, 83-164 DC, 29 décembre 1983*, Loi de finances pour 1984*, **156.**

CC, 83-165 DC, 20 janvier 1984, *Loi relative à l'enseignement supérieur,* **108.**

CC, 84-181 DC, 11 octobre 1984, *Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse,* **108, 172.**

CC, 84-983 AN, 7 novembre 1984, *A.N., Puy-de-Dôme (2ème circ.)*, **247, 249.**

CC, 84-184 DC, 29 décembre 1984, *Loi de finances pour 1985*, **101.**

CC, 85-178 DC, 25 janvier 1985, *Loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances*, **508.**

CC, 85-196 DC, 8 août 1985, *Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie,* **170.**

CC, 85-197 DC, 23 août 1985, *Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie*, **170, 212.**

CC, 86-207 DC, 26 juin 1986, *Loi autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social*, **161, 162.**

CC, 86-217 DC, 18 septembre 1986, *Loi relative à la liberté de communication,* **119.**

CC, 86-225 DC, 23 janvier 1987, *Loi portant diverses mesures d'ordre social*, **103.**

CC, 88-244 DC, 20 juillet 1988, *Loi portant amnistie*, **44, 133, 195.**

CC, 88-51 ORGA, 5 octobre 1988, *Règlement applicable à la procédure suivie par le Conseil constitutionnel pour les réclamations relatives aux opérations de référendum,* **481.**

CC, 89-258 DC, 8 juillet 1989, *Loi portant amnistie,* **44, 195.**

CC, 89-257 DC, 25 juillet 1989, *Loi modifiant le code du travail et relative à la prévention du licenciement économique et au droit à la conversion,* **101.**

CC, 89-271 DC, 11 janvier 1990*, Loi relative à la limitation des dépenses électorales et à la clarification du financement des activités politiques*, **119.**

CC, 90-273 DC, 4 mai 1990, *Loi organique relative au financement de la campagne en vue de l'élection du Président de la République et de celle des députés*, **483.**

CC, 92-307 DC, 25 février 1992, *Loi portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 modifiée relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France*, **696.**

CC, 92-313 DC, 23 septembre 1992, *Loi autorisant la ratification du traité sur l'Union européenne,* **129.**

CC, 92-316 DC, 20 janvier 1993*, Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques*, **334, 426, 473, annexe 1.**

CC, 93-325 DC, 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*, **119.**

CC, 93-332 DC, 13 janvier 1994, *Loi relative à la santé publique et à la protection sociale,* **120.**

CC, 94-343/344 DC, 27 juillet 1994, *Loi relative au respect du corps humain et loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal*, **220, 221.**

CC, 94-354 DC, 11 janvier 1995, *Loi organique relative à la déclaration de patrimoine des membres du Parlement et aux incompatibilités applicables aux membres du Parlement et à ceux du Conseil constitutionnel*, **249.**

CC, 94-359 DC, 19 janvier 1995, *Loi relative à la diversité de l'habitat,* **101**.

CC, 95-365 DC, 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 1er août 1995*, **335.**

CC, 95-366 DC, 8 novembre 1995, *Résolution modifiant le règlement de l'Assemblée nationale,* **696.**

CC, 96-373 DC, 9 avril 1996, *Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française*, **101.**

CC, 98-396 DC, 19 février 1998, *Loi organique portant recrutement exceptionnel de magistrats de l'ordre judiciaire et modifiant les conditions de recrutement des conseillers de cour d'appel en service extraordinaire*, **552, 568.**

CC, 98-399 DC, 5 mai 1998, *Loi relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d'asile*, **335, 426, annexe 1.**

CC, 98-403 DC, 29 juillet 1998, *Loi d'orientation relative à la lutte contre les exclusions*, **101.**

CC, 98-407 DC, 14 janvier 1999, *Loi relative au mode d'élection des conseillers régionaux et des conseillers à l'Assemblée de Corse et au fonctionnement des Conseils régionaux,* **195.**

CC, 98-408 DC, 22 janvier 1999, *Traité portant statut de la Cour pénale internationale*, **524.**

CC, 99-419 DC, 9 novembre 1999, *Loi relative au pacte civil de solidarité*, **157.**

CC, 99-422 DC, 21 décembre 1999, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2000*, **121.**

CC, 99-425 DC, 29 décembre 1999, *Loi de finances rectificative pour 1999*, **121.**

CC, 2000-429 DC, 30 mai 2000*, Loi tendant à favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives*, **195.**

CC, 2000-21 REF, 25 juillet 2000, *Décision du 25 juillet 2000 sur une requête présentée par Monsieur Stéphane HAUCHEMAILLE*, **129.**

CC, 2000-433 DC, 27 juillet 2000, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*, **212.**

CC, 2001-92 ORGA, 27 juin 2001, *Décision portant règlement intérieur sur les archives du Conseil constitutionnel,* **481, 484.**

CC, 2001-446 DC, 27 juin 2001, *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception,* **220, 221.**

CC, 2001-450 DC, 11 juillet 2001, *Loi portant diverses dispositions d'ordre social, éducatif et culturel*, **696.**

CC, 2001-448 DC, 25 juillet 2001, *Loi organique relative aux lois de finances,* **101, 477, 656.**

CC, 2001-456 DC, 27 décembre 2001, *Loi de finances pour 2002*, **478.**

CC, 2003-466 DC, 20 février 2003, *Loi organique relative aux juges de proximité*, **568.**

CC, 2003-469 DC, 26 mars 2003, *Révision constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République*, **129.**

CC, 2003-476 DC, 24 juillet 2003, *Loi organique portant réforme de la durée du mandat et de l'âge d'éligibilité des sénateurs ainsi que de la composition du Sénat*, **157.**

CC, 2003-484 DC, 20 novembre 2003, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité*, **119.**

CC, 2004-496 DC, 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique,* **101.**

CC, 2004-505 DC, 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, **258, 300, 337, annexes 1 et 2.**

CC, 2006-535 DC, 30 mars 2006, *Loi pour l'égalité des chances*, **101.**

CC, 2006-543 DC, 30 novembre 2006, *Loi relative au secteur de l'énergie*, **161, 162, annexe 1.**

CC, 2006-544 DC, 14 décembre 2006, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2007,* **156.**

CC, 2006-545 DC, 28 décembre 2006, *Loi pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié et portant diverses dispositions d'ordre économique et social*, **101.**

CC, 2007-547 DC, 15 février 2007, *Loi organique portant dispositions statutaires et institutionnelles relatives à l'outre-mer*, **483.**

CC, 2007-560 DC, 20 décembre 2007, *Traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne*, **337, annexe 1.**

CC, 2008-562 DC, 21 février 2008, *Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental*, **213, annexe 2.**

CC, 2008-566 DC, 9 juillet 2008, *Loi organique relative aux archives du Conseil constitutionnel*, **482, 483.**

CC, 2009-578 DC, 18 mars 2009, *Loi de mobilisation pour le logement et la lutte contre l'exclusion*, **101, 160.**

CC, 2009-579 DC, 9 avril 2009, *Loi organique relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution*, **647.**

CC, 2009-580 DC, 10 juin 2009, *Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet*, **213.**

CC, 2009-581 DC, 25 juin 2009, *Résolution tendant à modifier le règlement de l'Assemblée nationale*, **156.**

CC, 2010-117 ORGA, 4 février 2010, *Décision portant règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité*, **481.**

CC, 2010-603 DC, 11 février 2010, *Loi organisant la concomitance des renouvellements des conseils généraux et des conseils régionaux,* **216, 337, annexe 1.**

CC, 2010-602 DC, 18 février 2010, *Loi ratifiant l'ordonnance n°2009-935 du 29 juillet 2009 portant répartition des sièges et délimitation des circonscriptions pour l'élection des députés*, **216.**

CC, 2010-604 DC, 25 février 2010, *Loi renforçant la lutte contre les violences de groupes et la protection des personnes chargées d'une mission de service public*, **337, annexe 1.**

CC, 2010-605 DC, 12 mai 2010, *Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne*, **93.**

CC, 2010-1 QPC, 28 mai 2010, *Consorts L. [Cristallisation des pensions],* **672.**

CC, 2010-3 QPC, 28 mai 2010, *Union des familles en Europe [Associations familiales],* **348, 672, annexe 2.**

CC, 2010-2 QPC, 11 juin 2010, *Mme Vivianne L. [Loi dite "anti-Perruche"]*, **223, 360, 348, 426, annexe 2.**

CC, 2010-5 QPC, 18 juin 2010, *SNC KIMBERLY CLARK [Incompétence négative en matière fiscale]*, **672.**

CC, 2010-9 QPC, 2 juillet 2010, *Section française de l'Observatoire international des prisons [Article 706-53-21 du code de procédure pénale]*, **annexe 2.**

CC, 2010-12 QPC, 2 juillet 2010, *Commune de Dunkerque [Fusion de communes]*, **348, annexe 2.**

CC, 2010-4/17 QPC, 22 juillet 2010, *M. Alain C. et autre [Indemnité temporaire de retraite outre-mer]*, **426, annexe 2.**

CC, 2010-15/23 QPC, 23 juillet 2010*, Région Languedoc-Roussillon et autres [Article 575 du code de procédure pénale]*, **101.**

CC, 2010-14/22 QPC, 30 juillet 2010, *M. Daniel W. et autres [Garde à vue],* **169, 668, 674.**

CC, 2010-29/37 QPC, 22 septembre 2010, *Commune de Besançon et autre [Instruction CNI et passeports]*, **426, annexe 2.**

CC, 2010-44 QPC, 29 septembre 2010, *Époux M. [Impôt de solidarité sur la fortune]*, **426, annexe 2.**

CC, 2010-39 QPC, 6 octobre 2010, *Mmes Isabelle D. et Isabelle B. [Adoption au sein d'un couple non marié]*, **117, 169, 210, 220, 224.**

CC, 2010-613 DC, 7 octobre 2010, *Loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public*, **223, 341, 346, 426, annexe 1.**

CC, 2010-42 QPC, 7 octobre 2010, *CGT-FO et autres [Représentativité des syndicats]*, **697.**

CC, 2010-54 QPC, 14 octobre 2010, *Union syndicale des magistrats administratifs [Juge unique]*, **annexe 2.**

CC, 2010-56 QPC, 18 octobre 2010, *Département du Val-de-Marne [Mesure d'accompagnement social personnalisé - MASP],* **93.**

CC, 2010-57 QPC, 18 octobre 2010, *Société SITA FD et autres [Taxe générale sur les activités polluantes]*, **annexe 2.**

CC, 2010-61 QPC, 12 novembre 2010, *M. Charles S. [Refus de prélèvement biologique]*, **annexe 2.**

CC, 2010-71 QPC, 26 novembre 2010, *Mlle Danielle S. [Hospitalisation sans consentement],* **674, 697.**

CC, 2010-618 DC du 9 décembre 2010, *Loi de réforme des collectivités territoriales*, **annexe 1.**

CC, 2010-78 QPC, 10 décembre 2010, *Société IMNOMA [Intangibilité du bilan d'ouverture]*, **426, annexe 2.**

CC, 2010-621 DC, 13 janvier 2011, *Résolution tendant à adapter le chapitre XI bis du règlement du Sénat aux stipulations du traité de Lisbonne concernant les parlements nationaux,* **341, 426, annexe 1.**

CC, 2010-88 QPC, 21 janvier 2011, *Mme Danièle B. [Évaluation du train de vie]*, **426, annexe 2.**

CC, 2010-92 QPC, 28 janvier 2011, *Mme Corinne C. et autre [Interdiction du mariage entre personnes de même sexe]*, **220, 224.**

CC, 2010-95 QPC, 28 janvier 2011, *SARL du Parc d'activités de Blotzheim et autre [Projet d'intérêt général]*, **annexe 2.**

CC, 2010-96 QPC, 4 février 2011, *M. Jean-Louis de L. [Zone des 50 pas géométriques]*, **annexe 2.**

CC, 2010-99 QPC, 11 février 2011, *Mme Laurence N. [Impôt de solidarité sur la fortune - Plafonnement]*, **426, annexe 2.**

CC, 2010-100 QPC, 11 février 2011, *M. Alban Salim B. [Concession du stade de France]*, **annexe 2.**

CC, 2010-110 QPC, 25 mars 2011, *M. Jean-Pierre B. [Composition de la commission départementale d'aide sociale]*, **122.**

CC, 2011-117 QPC, 8 avril 2011, *M. Jean-Paul H. [Financement des campagnes électorales et inéligibilité]*, **annexe 2.**

CC, 2011-118 QPC, 8 avril 2011, *M. Lucien M. [Biens des sections de commune]*, **426, annexe 2.**

CC, 2011-121 QPC, 29 avril 2011, *Société UNILEVER FRANCE [Taux de TVA sur la margarine]*, **426, annexe 2.**

CC, 2011-129 QPC, 13 mai 2011, *Syndicat des fonctionnaires du Sénat [Actes internes des Assemblées parlementaires]*, **101, 672, annexe 2.**

CC, 2011-120 ORGA, 21 juin 2011, *Décision modifiant le règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité*, **697.**

CC, 2011-139 QPC, 24 juin 2011, *Association pour le droit à l'initiative économique [Conditions d'exercice de certaines activités artisanales]*, **217.**

CC, 2011-142/145 QPC, 30 juin 2011, *M. Pierre G. [Demande tendant à la saisine directe du Conseil constitutionnel d'une question prioritaire de constitutionnalité],* **376, annexe 2.**

CC, 2011-143 QPC, 30 juin 2011, *Départements de la Seine-Saint-Denis et de l'Hérault [Concours de l'État au financement par les départements de l'allocation personnalisée d'autonomie]*, **376, annexe 2.**

CC, 2011/144 QPC, 30 juin 2011, *Départements de l'Hérault et des Côtes-d'Armor [Concours de l'État au financement par les départements de la prestation de compensation du handicap]*, **373.**

CC, 2011-637 DC, 28 juillet 2011, *Loi organique relative au fonctionnement des institutions de la Polynésie française*, **486.**

CC, 2011-157 QPC, 5 août 2011*, Société SOMODIA [Interdiction du travail le dimanche en Alsace-Moselle],* **101, annexe 2.**

CC, 2011-165 QPC, 16 septembre 2011, Société *HEATHERBRAE LTD [Exemption de la taxe forfaitaire sur les immeubles détenus par des personnes morales]*, **annexe 2.**

CC, 2011-173 QPC, 30 septembre 2011, *M. Louis C. et autres [Conditions de réalisation des expertises génétiques sur une personne décédée à des fins d'action en matière de filiation]*, **220, 223.**

CC, 2011-180 QPC, 13 octobre 2011, *M. Jean-Luc O. et autres [Prélèvement sur les « retraites chapeau »]*, **annexe 2.**

CC, 2011-192 QPC, 10 novembre 2011, *Mme Ekaterina B., épouse D., et autres [Secret défense]*, **674, 700.**

CC, 2011-193 QPC, 10 novembre 2011, *Mme Jeannette R, épouse D. [Extinction des servitudes antérieures au 1er janvier 1900 non inscrites au livre foncier]*, **426, annexe 2.**

CC, 2011-200 QPC, 2 décembre 2011, *Banque populaire Côte d'Azur [Pouvoir disciplinaire de la Commission bancaire]*, **676.**

CC, 2011-208 QPC, 13 janvier 2012, *Consorts B. [Confiscation de marchandises saisies en douane],* **373, 376, 377, annexe 2.**

CC, 2012-646 DC, 9 février 2012, *Loi organique portant diverses dispositions relatives au statut de la magistrature,* **426, annexe 1.**

CC, 2011-220 QPC, 10 février 2012, *M. Hugh A. [Majoration fiscale de 40 % pour non déclaration de comptes bancaires à l'étranger ou de sommes transférées vers ou depuis l'étranger]*, **426, annexe 2.**

CC, 2012-233 QPC, 21 février 2012, *Mme Marine LE PEN [Publication du nom et de la qualité des citoyens élus habilités à présenter un candidat à l'élection présidentielle]*, **671.**

CC, 2012-227 QPC, 30 mars 2012, M. Omar S. *[Conditions de contestation par le procureur de la République de l'acquisition de la nationalité par mariage]*, **674.**

CC, 2012/228-229 QPC, 6 avril 2012, *M. Kiril Z. [Enregistrement audiovisuel des interrogatoires et des confrontations des personnes mises en cause en matière criminelle]*, **annexe 2.**

CC, 2012-230 QPC, 6 avril 2012, *M. Pierre G. [Inéligibilités au mandat de conseiller général]*, **annexe 2.**

CC, 2012-238 QPC, 20 avril 2012, *Société anonyme Paris Saint-Germain football [Impôt sur les spectacles]*, **annexe 2.**

CC, 2012-240 QPC, 4 mai 2012, *M. Gérard D. [Définition du délit de harcèlement sexuel]*, **535.**

CC, 2012-241 QPC, 4 mai 2012, *EURL David Ramirez [Mandat et discipline des juges consulaires]*, **568.**

CC, 2012-249 QPC, 16 mai 2012, *Société Cryo-Save France [Prélèvement de cellules du sang de cordon ou placentaire ou de cellules du cordon ou du placenta]*, **220, 222.**

CC, 2012-254 QPC, 18 juin 2012, *Fédération de l'énergie et des mines - Force ouvrière FNEM FO [Régimes spéciaux de sécurité sociale]*, **93.**

CC, 2012-653 DC, 9 août 2012, *Traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance au sein de l'Union économique et monétaire*, **annexe 1.**

CC, 2012-654 DC, 9 août 2012, *Loi de finances rectificative pour 2012 (II)*, **annexe 1.**

CC, 2012-271 QPC, 21 septembre 2012, *Association Comité radicalement anti-corrida Europe et autre [Immunité pénale en matière de courses de taureaux]*, **117, 373, 377.**

CC, 2012-281 QPC, 12 octobre 2012, *Syndicat de défense des fonctionnaires [Maintien de corps de fonctionnaires dans l'entreprise France Télécom]*, **annexe 2.**

CC, 2012-298 QPC, 28 mars 2013, *SARL Majestic Champagne [Taxe additionnelle à la contribution sur la valeur ajoutée des entreprises - Modalités de recouvrement]*, **700.**

CC, 2013-302 QPC, 12 avril 2013, *M. Laurent A. et autres [Délai de prescription d'un an pour les délits de presse à raison de l'origine, l'ethnie, la nation, la race ou la religion]*, **annexe 2.**

CC, 2013-308 QPC, 26 avril 2013, *Association « Ensemble pour la planète » [Nouvelle-Calédonie - Autorisations de travaux de recherches minières]*, **672.**

CC, 2013-669 DC, 17 mai 2013, *Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe,* **134, 135, 220, 224, 497, 508**.

CC, 2013-322 QPC, 14 juin 2013, *M. Philippe W. [Statut des maîtres des établissements d'enseignement privés]*, **426, 705, annexe 2**.

CC, 2013-328 QPC, 28 juin 2013, *Association Emmaüs Forbach [Incrimination de la perception frauduleuse de prestations d'aide sociale]*, **annexe 2.**

CC, 2013-353 QPC, 18 octobre 2013, *M. Franck M. et autres [Célébration du mariage - Absence de « clause de conscience » de l'officier de l'état civil]*, **702**.

CC, 2013-352 QPC, 15 novembre 2013, *Société Mara Télécom et autre [Saisine d'office du tribunal pour l'ouverture de la procédure de redressement ou de liquidation judiciaire en Polynésie française],* **101**.

CC, 2013-128 ORGA, 22 novembre 2013, *Décision modifiant le règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité,* **697**.

CC, 2013-355 QPC, 22 novembre 2013, *Communauté de communes du Val de Sèvre [Compensation du transfert de la taxe sur les surfaces commerciales aux communes et aux établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre]*, **426, annexe 2.**

CC, 2013-687 DC, 23 janvier 2014, *Loi de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles,* **523**.

CC, 2013-366 QPC, 14 février 2014, *SELARL PJA, ès qualités de liquidateur de la société Maflow France [Validation législative des délibérations des syndicats mixtes instituant le « versement transport »]*, **121, 674**.

CC, 2014-375 QPC, 21 mars 2014, *M. Bertrand L. et autres [Régime de saisie des navires utilisés pour commettre des infractions en matière de pêche maritime]*, **674**.

CC, 2014-393 QPC, 25 avril 2014, *M. Angelo R. [Organisation et régime intérieur des établissements pénitentiaires]*, **426, annexe 2.**

CC, 2014-694 DC, 28 mai 2014, *Loi relative à l'interdiction de la mise en culture des variétés de maïs génétiquement modifié,* **341, annexe 2.**

CC, 2014-405 QPC, 20 juin 2014, *Commune de Salbris [Répartition des sièges de conseillers communautaires entre les communes membres d'une communauté de communes ou d'une communauté d'agglomération]*, **annexe 2.**

CC, 2014-700 DC, 31 juillet 2014, *Loi pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes,* **220, 508**.

CC, 2014-696 DC, 7 août 2014, *Loi relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales*, **426, annexe 1.**

CC, 2014-414 QPC, 26 septembre 2014, *Société Assurances du Crédit mutuel [Contrat d'assurance : conséquences, en Alsace-Moselle, de l'omission ou de la déclaration inexacte de l'assuré]*, **426, annexe 2.**

CC, 2014-420/421 QPC, 9 octobre 2014, *M. Maurice L. et autre [Prolongation exceptionnelle de la garde à vue pour des faits d'escroquerie en bande organisée]*, **annexe 2.**

CC, 2014-702 DC, 16 octobre 2014, *Résolution tendant à modifier le règlement de l'Assemblée nationale afin de doter les groupes parlementaires d'un statut d'association,* **245**.

CC, 2014-432 QPC, 28 novembre 2014, *M. Dominique de L. [Incompatibilité des fonctions de militaire en activité avec un mandat électif local]*, **426, annexe 2.**

CC, 2014-435 QPC, 5 décembre 2014, *M. Jean-François V. [Contribution exceptionnelle sur les hauts revenus]*, **annexe 2.**

CC, 2014-439 QPC, 23 janvier 2015, *M. Ahmed S. [Déchéance de nationalité]*, **373, 377, 426, annexe 2**.

CC, 2014-449 QPC, 6 février 2015, *Société Mutuelle des transports assurances [Transfert d'office du portefeuille de contrats d'assurance]*, **annexe 2.**

CC, 2014-451 QPC, 13 février 2015, *Société Ferme Larrea EARL [Conditions de prise de possession d'un bien ayant fait l'objet d'une expropriation pour cause d'utilité publique II]*, **annexe 2.**

CC, 2014-450 QPC, 27 février 2015, *M. Pierre T. et autre [Sanctions disciplinaires des militaires - Arrêts simples]*, **426, annexe 2.**

CC, 2014-455 QPC, 6 mars 2015, *M. Jean de M. [Possibilité de verser une partie de l'astreinte prononcée par le juge administratif au budget de l'État]*, **annexe 2.**

CC, 2014-453/454 QPC, 18 mars 2015, *M. John L. et autres [Cumul des poursuites pour délit d'initié et des poursuites pour manquement d'initié]*, **701, annexe 2**.

CC, 2015-458 QPC, 20 mars 2015, *Époux L. [Obligation de vaccination]*, **215.**

CC, 2015-712 DC, 11 juin 2015, *Résolution réformant les méthodes de travail du Sénat dans le respect du pluralisme, du droit d'amendement et de la spécificité sénatoriale, pour un Sénat plus présent, plus moderne et plus efficace*, **245.**

CC 2015-715 DC, 5 août 2015, *Loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques*, **245.**

CC, 2015-480 QPC, 17 septembre 2015, *Association Plastics Europe [Suspension de la fabrication, de l'importation, de l'exportation et de la mise sur le marché de tout conditionnement à vocation alimentaire contenant du Bisphénol A]*, **215, 217.**

CC, 2015-481 QPC, 17 septembre 2015, *Époux B. [Amende pour défaut de déclaration de comptes bancaires ouverts, utilisés ou clos à l'étranger]*, **annexe 2.**

CC, 2015-491 QPC, 14 octobre 2015, *M. Pierre G. [Demande tendant à la saisine directe du Conseil constitutionnel d'une question prioritaire de constitutionnalité]*, **373, 397.**

CC, 2015-498 QPC, 20 novembre 2015, *Société SIACI Saint-Honoré SAS et autres [Contribution patronale additionnelle sur les "retraites chapeau"]*, **216.**

CC, 2015-506 QPC, 4 décembre 2015, *M. Gilbert A. [Respect du secret professionnel et des droits de la défense lors d'une saisie de pièces à l'occasion d'une perquisition]*, **101, 426, 756, annexe 2.**

CC, 2015-527 QPC, 22 décembre 2015, *M. Cédric D. [Assignation à résidence dans le cadre de l'état d'urgence]*, **502.**

CC, 2015-513/514/526 QPC, 14 janvier 2016, *M. Alain D. et autres [Cumul des poursuites pénales pour délit d'initié avec des poursuites devant la commission des sanctions de l'AMF pour manquement d'initié - II]*, **annexe 2.**

CC, 2015-521/528 QPC, 19 février 2016*, Commune d'Éguilles et autre [Répartition des sièges de conseillers communautaires entre les communes membres de la métropole d'Aix-Marseille-Provence]*, **672, annexe 2.**

CC, 2016-536 QPC, 19 février 2016, *Ligue des droits de l'homme [Perquisitions et saisies administratives dans le cadre de l'état d'urgence],* **503.**

CC, 2016-544 QPC, 3 juin 2016, *M. Mohamadi C. [Règles de formation, de composition et de délibération de la cour d'assises de Mayotte],* **668, 675.**

CC, 2016-554 QPC, 22 juillet 2016, *M. Gilbert B. [Amende pour défaut de déclaration de comptes bancaires ouverts, utilisés ou clos à l'étranger II],* **214.**

CC, 2016-555 QPC, 22 juillet 2016, *M. Karim B. [Subordination de la mise en mouvement de l'action publique en matière d'infractions fiscales à une plainte de l'administration]*, **705.**

CC, 2016-732 DC, 28 juillet 2016, *Loi organique relative aux garanties statutaires, aux obligations déontologiques et au recrutement des magistrats ainsi qu'au Conseil supérieur de la magistrature,* **485, 528.**

CC, 2016-561/562 QPC, 9 septembre 2016, *M. Mukhtar A. [Écrou extraditionnel]*, **annexe 2.**

CC, 2016-565 QPC, 16 septembre 2016, *Assemblée des départements de France [Clause de compétence générale des départements]*, **426, annexe 2.**

CC, 2016-566 QPC, 16 septembre 2016, *Mme Marie-Lou B. et autre [Communication des réquisitions du ministère public devant la chambre de l'instruction],* **702, 705.**

CC, 2016-570 QPC, 29 septembre 2016, *M. Pierre M. [Cumul des poursuites pénales pour banqueroute avec la procédure de redressement ou de liquidation judiciaire et cumul des mesures de faillite ou d'interdiction prononcées dans ces cadres]*, **426, annexe 2.**

CC, 2016-573 QPC, 29 septembre 2016, *M. Lakhdar Y. [Cumul des poursuites pénales pour banqueroute avec la procédure de redressement ou de liquidation judiciaire et cumul des mesures de faillite ou d'interdiction prononcées dans ces cadres]*, **426, annexe 2.**

CC, 2016-572 QPC, 30 septembre 2016, *M. Gilles M. et autres [Cumul des poursuites pénales pour le délit de diffusion de fausses informations avec des poursuites devant la commission des sanctions de l'AMF pour manquement à la bonne information du public]*, **426, annexe 2.**

CC, 2016-744 DC, 29 décembre 2016, *Loi de finances pour 2016*, **245.**

CC, 2016-611 QPC, 10 février 2017, *M. David P. [Délit de consultation habituelle de sites internet terroristes],* **195.**

CC, 2016-617/617 QPC, 9 mars 2017, *Société Barnes et autre [Procédure de sanction devant la Commission nationale des sanctions]*, **122.**

CC 2017-747 DC, 16 mars 2017, *Loi relative à l'extension du délit d'entrave à l'interruption volontaire de grossesse*, **196, 204, 245.**

CC, 2016-618 QPC, 16 mars 2017, *Mme Michelle Theresa B. [Amende pour défaut de déclaration de trust],* **214.**

CC, 2017-750 DC, 23 mars 2017, *Loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre,* **691, 693.**

CC, 2017-625 QPC, 7 avril 2017, *M. Amadou S. [Entreprise individuelle terroriste]*, **426, annexe 2.**

CC, 2017-630 QPC, 19 mai 2017, *M. Olivier D. [Renvoi au décret pour fixer les règles de déontologie et les sanctions disciplinaires des avocats]*, **373, 397.**

CC, 2017-632 QPC, 2 juin 2017, *Union nationale des associations de familles de traumatisés crâniens et de cérébro-lésés [Procédure collégiale préalable à la décision de limitation ou d'arrêt des traitements d'une personne hors d'état d'exprimer sa volonté],* **702.**

CC, 2017-634 QPC, 2 juin 2017, *M. Jacques R. et autres [Sanction par l'AMF de tout manquement aux obligations visant à protéger les investisseurs ou le bon fonctionnement du marché]*, **426, annexe 2.**

CC, 2017-638 QPC, 16 juin 2017, *M. Gérard S. [Sursis d'imposition en cas d'échanges de titres avec soulte]*, **annexe 2.**

CC, 2017-639 QPC, 23 juin 2017, *Mme Yamina B. [Amende sanctionnant le fait d'omettre sciemment de déclarer une part substantielle de son patrimoine]*, **annexe 2.**

CC, 2017-646/647 QPC, 21 juillet 2017, *M. Alexis K. et autre [Droit de communication aux enquêteurs de l'AMF des données de connexion]*, **426, annexe 2.**

CC, 2017-749 DC, 31 juillet 2017, *Accord économique et commercial global entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses États membres, d'autre part*, **692, 694.**

CC, 2017-753 DC, 8 septembre 2017, *Loi organique pour la confiance dans la vie politique*, **486.**

CC, 2017-666 QPC, 20 octobre 2017, *M. Jean-Marc L. [Compétence du vice-président du Conseil d'État pour établir la charte de déontologie de la juridiction administrative]*, **122, annexe 2.**

CC, 2017-675 QPC, 24 novembre 2017, *Société Queen Air*, *[Procédure de sanction devant l'autorité de contrôle des nuisances aéroportuaires]*, **122.**

CC, 2017-680 QPC, 8 décembre 2017, *Union syndicale des magistrats [Indépendance des magistrats du parquet]*, **177.**

CC, 2017-682 QPC, 15 décembre 2017, *M. David P. [Délit de consultation habituelle de sites internet terroristes II],* **195.**

CC, 2017-758 DC, 28 décembre 2017, *Loi de finances pour 2018*, **245, 693, 694.**

CC, 2017-684 QPC, 11 janvier 2018, *Associations La cabane juridique / Legal Shelter et autre [Zones de protection ou de sécurité dans le cadre de l'état d'urgence]*, **167, 503.**

CC, 2017-685 QPC, 12 janvier 2018, *Fédération bancaire française [Droit de résiliation annuel des contrats assurance-emprunteur]*, **annexe 2.**

CC, 2017-687 QPC, 2 février 2018, *Association Wikimédia France et autre [Droit à l'image des domaines nationaux]*, **annexe 2.**

CC, 2017-689 QPC, 8 février 2018, *M. Gabriel S. [Inscription au registre du commerce et des sociétés des loueurs en meublé professionnels]*, **170.**

CC, 2018-763 DC, 8 mars 2018, *Loi relative à l'orientation et à la réussite des étudiants,* **245.**

CC, 2018-762 DC, 15 mars 2018, *Loi permettant une bonne application du régime d'asile européen*, **692.**

CC, 2018-701 QPC, 20 avril 2018, *Société Mi Développement 2 [Réintégration de certaines charges financières dans le résultat d'ensemble d'un groupe fiscalement intégré]*, **426, annexe 2.**

CC, 2018-704 QPC, 4 mai 2018, *M. Franck B. et autre [Obligation pour l'avocat commis d'office de faire approuver ses motifs d'excuse ou d'empêchement par le président de la cour d'assises]*, **annexe 2.**

CC, 2018-705 QPC, 18 mai 2018, *Mme Arlette R. et autres [Possibilité de clôturer l'instruction en dépit d'un appel pendant devant la chambre de l'instruction]*, **705.**

CC, 2018-706 QPC, 18 mai 2018, *M. Jean-Marc R. [Délit d'apologie d'actes de terrorisme]*, **426, annexe 2.**

CC, 2018-767 DC, 5 juillet 2018, *Résolution relative aux obligations déontologiques et à la prévention des conflits d'intérêts des sénateurs*, **102.**

CC, 2018-717/718 QPC, 6 juillet 2018, *M. Cédric H. et autre [Délit d'aide à l'entrée, à la circulation ou au séjour irréguliers d'un étranger],***102, 108, 115, 209, 704.**

CC, 2018-768 DC, 26 juillet 2018, *Loi relative à la protection du secret des affaires,* **245.**

CC, 2018-770 DC, 6 septembre 2018, *Loi pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie,* **693.**

CC, 2018-731 QPC, 14 septembre 2018, *Mme Juliet I. [Peine minimale d'emprisonnement pour le délit de blanchiment douanier]*, **426, 674, annexe 2.**

CC, 2018-734 QPC, 27 septembre 2018, *Comité d'entreprise de l'établissement public d'aménagement de la Défense Seine Arche [Composition et droits de vote au sein du conseil d'administration]*, **annexe 2.**

CC, 2018-735 QPC, 27 septembre 2018, *M. Xavier B. et autres [Cotisation due au titre de la protection universelle maladie]*, **93.**

CC, 2018-741 QPC, 19 octobre 2018, *M. Belkacem B. [Délai de recours contre les arrêtés préfectoraux de reconduite à la frontière]*, **674.**

CC, 2018-771 DC, 25 octobre 2018, *Loi pour l'équilibre des relations commerciales dans le secteur agricole et alimentaire et une alimentation saine, durable et accessible à tous*, **217.**

CC, 2018-745 QPC, 23 novembre 2018, *M. Thomas T. et autre [Pénalités fiscales pour omission déclarative et sanctions pénales pour fraude fiscale],* **406, 426, 473, annexe 2.**

CC, 2018-752 QPC, 7 décembre 2018, *Fondation Ildys [Exonération de taxe d'habitation en faveur de certains établissements publics]*, **702.**

CC, 2018-773 DC, 20 décembre 2018, *Loi relative à la lutte contre la manipulation de l'information*, **691.**

CC, 2018-761 QPC, 1er février 2019, *Association Médecins du monde et autres [Pénalisation des clients de personnes se livrant à la prostitution]*, **704.**

CC, 2018-768 QPC, 21 mars 2019, *M. Adama S. [Examens radiologiques osseux aux fins de détermination de l'âge]*, **annexe 2.**

CC, 2019-778 DC, 21 mars 2019, *Loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice*, **343, 426, 611, 693, annexe 1.**

CC, 2019-779 DC, 21 mars 2019, *Loi organique relative au renforcement de l'organisation des juridictions,* **343, 426, annexe 1.**

CC, 2019-780 DC, 4 avril 2019, *Loi visant à renforcer et garantir le maintien de l'ordre public lors des manifestations*, **343, 426, 692, annexe 1.**

CC, 2019-774 QPC, 12 avril 2019, *Société Magenta Discount et autre [Contrôle des prix et des marges en Nouvelle-Calédonie]*, **217**.

CC, 2019-1 RIP, 9 mai 2019, *Proposition de loi visant à affirmer le caractère de service public national de l'exploitation des aérodromes de Paris,* **162.**

CC, 2019-778 QPC, 10 mai 2019, *Époux B. et autres [Vente ou changement d'usage des biens d'une section de commune décidé par le conseil municipal]*, **annexe 2.**

CC, 2019-781 DC, 16 mai 2019, *Loi relative à la croissance et la transformation des entreprises*, **162, 693, 694, annexe 1.**

CC, 2019-782 QPC, 17 mai 2019, *Mme Élise D. [Déductibilité de l'assiette de l'impôt de solidarité sur la fortune des dettes du redevable à l'égard de ses héritiers ou de personnes interposées]*, **annexe 2.**

CC, 2019-783 QPC, 17 mai 2019, *M. Nicolas S. [Cumul de poursuites et de sanctions en cas de dépassement du plafond de dépenses par un candidat à l'élection présidentielle]*, **426, 428, 536, annexe 2.**

CC, 2019-785 QPC, 24 mai 2019, *M. Mario S. [Point de départ du délai de prescription de l'action publique en matière criminelle],* **102.**

CC, 2019-783 DC, 27 juin 2019, *Loi organique portant modification du statut d'autonomie de la Polynésie française*, **426, annexe 1.**

CC, 2019-784 DC, 27 juin 2019, *Loi portant diverses dispositions institutionnelles en Polynésie française*, **426, annexe 1.**

CC, 2019-796 QPC, 5 juillet 2019, *Société Autolille [Annulation des réductions ou exonérations des cotisations et contributions sociales des donneurs d'ordre en cas de travail dissimulé]*, **214.**

CC, 2019-804 QPC, 27 septembre 2019, *Association française des entreprises privées [Dénonciation obligatoire au procureur de la République de certains faits de fraude fiscale]*, **annexe 2.**

CC, 2019-808 QPC, 11 octobre 2019, *Société Total raffinage France [Soumission des biocarburants à base d'huile de palme à la taxe incitative relative à l'incorporation de biocarburants]*, **215, 217.**

CC, 2019-809 QPC, 11 octobre 2019, *Union nationale des étudiants en droit, gestion, AES, sciences économiques, politiques et sociales et autres [Droits d'inscription pour l'accès aux établissements publics d'enseignement supérieur]*, **702.**

CC, 2019-811 QPC, 25 octobre 2019, *Mme Fairouz H. et autres [Seuil de représentativité applicable aux élections européennes]*, **216.**

CC, 2019-791 DC, 7 novembre 2019, *Loi relative à l'énergie et au climat*, **203.**

CC, 2019-817 QPC, 6 décembre 2019, *Mme Claire L. [Interdiction générale de procéder à la captation ou à l'enregistrement des audiences des juridictions administratives ou judiciaires]*, **172.**

CC, 2019-794 DC, 20 décembre 2019, *Loi d'orientation des mobilités*, **218, 691.**

CC, 2019-819 QPC, 7 janvier 2020, *Société Casden Banque populaire [Plafonnement de la déductibilité fiscale des frais généraux des entreprises ayant leur siège social ou leur direction effective en dehors de la Nouvelle-Calédonie]*, **672, 675.**

CC, 2019-823 QPC, 31 janvier 2020, *Union des industries de la protection des plantes [Interdiction de la production, du stockage et de la circulation de certains produits phytopharmaceutiques],* **102, 217, 775.**

CC, 2019-826 QPC, 7 février 2020, *M. Justin A. [Placement en vue de l'adoption d'un enfant né d'un accouchement sous le secret]*, **206.**

CC, 2020-799 DC, 26 mars 2020, *Loi organique d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19,* **504.**

CC, 2020-834 QPC, 3 avril 2020, *Union nationale des étudiants de France*, **203, 213.**

CC, 2020-837 QPC, 7 mai 2020, *Société A.D-Trezel [Conditions de revalorisation des loyers de certains baux commerciaux]*, **674.**

CC, 2020-843 QPC, 28 mai 2020, *Force 5 [Autorisation d'exploiter une installation de production d'électricité]*, **674.**

CC, 2020-801 DC, 18 juin 2020, *Loi visant à lutter contre les contenus haineux sur internet,* **693.**

CC, 2020-851/852 QPC, 3 juillet 2020, *M. Sofiane A. et autre [Habilitation à prolonger la durée des détentions provisoires dans un contexte d'urgence sanitaire]*, **705.**

Conseil d'État

CE, Ass., 59855, 10 août 1917, *Baldy*, rec. Lebon, **115.**

CE, 17 novembre 1922, *Légillon*, **756.**

CE, Ass., 86949, 17 février 1950, *Dame Lamotte*, rec. Lebon, **115.**

CE, Ass., 01645, 7 juillet 1950, *Dehaene,* rec. Lebon, **115.**

CE, Ass., 28238 28493 28524 30237 30256, 28 mai 1954, *Barel*, rec. Lebon, **115.**

CE, Ass., 26638, 11 juillet 1956, *Amicale des Annamites de Paris*, rec. Lebon, **115.**

CE, 42.259, 42.260, 15 février 1961, *Lagrange*, rec. Lebon, **170.**

CE, Ass., 10097 10677 10679, 8 décembre 1978, *GISTI, CFDT et CGT*, rec. Lebon, **115.**

CE, Ass., 169219, 3 juillet 1996, *Koné*, rec. Lebon, **109.**

CE Ass., 195616, 9 avril 1999, *Ba,* rec. Lebon, **489.**

CE, 236125, 12 juillet 2002, *Leniau*, rec. Lebon, **676.**

CE Ass., 235600, 25 octobre 2002, *Brouant*, rec. Lebon, **489.**

CE, 280214, 6 mai 2005, *Hoffer*, rec. Lebon, **299, 316, 488.**

CE, 258180, 9 novembre 2005, *Moitry*, rec. Lebon, **489.**

CE, 311641, 12 octobre 2009, *Petit*, rec. Lebon, **364.**

CE, 425063, 11 avril 2019, *Association Les Amis de la Terre France*, **489.**

CE, Ass., 425981, 24 décembre 2019, *Société Paris Clichy*, **193.**

CE, Ass., 425983, 24 décembre 2019, *Société hôtelière Paris Eiffel Suffren*, rec. Lebon, **193.**

CE, Ass., 428162, 24 décembre 2019, *M. A.,* rec. Lebon, **193.**

Cour de cassation

Ccass, Ass. plén., 99-12412, 24 novembre 2000, **364.**

Ccass crim., 6661, 13 janvier 2015, *AZF,* **386.**

Cour européenne des droits de l'homme

CEDH, 2689/65, 17 janvier 1970, *Delcourt c. Belgique*, **11.**

CEDH, 6878/75, 23 juin 1981, *Le Compte, Van Leuven et de Meyere c. Belgique*, **11.**

CEDH, 8692/79, 1er octobre 1982, *Piersack c. Belgique*, **11, 333.**

CEDH, 7984/77, 8 décembre 1983, *Pretto et autres c. Italie*, **760.**

CEDH, 8209/78, 22 février 1984, *Sutter c. Suisse*, **753.**

CEDH, 8790/79, 22 octobre 1984, *Sramek c. Autriche*, **22.**

CEDH, 9186/80, 26 octobre 1984, *De Cubber c. Belgique*, **11.**

CEDH, 8950/80, 30 novembre 1987, *H. c. Belgique*, **41.**

CEDH, 11179/84, 22 juin 1989, *Langborger c. Suède*, **233.**

CEDH, 12952/87, 23 juin 1993, *Ruiz-Mateos c. Espagne*, **71, 401, 632, 667.**

CEDH, 15287/89, 24 novembre 1994, *Beaumartin c. France*, **22.**

CEDH, 22107/93, 25 février 1995, *Findlay c. Royaume-Uni*, **41.**

CEDH, 55853/00, 8 mai 1995, *Miller c. Suède*, **760.**

CEDH, 14570/89, 28 septembre 1995, *Procola c. Luxembourg*, **399.**

CEDH, Gr. Ch., 20024/92, 16 septembre 1996, *Süssmann c. Allemagne*, **71, 401.**

CEDH, 21319/93, 23 octobre 1997, *National and Provincial Building Society c. Royaume-Uni*, **121.**

CEDH, Gr. Ch., 24846/94, 28 octobre 1999, *Zielinski, Pradal Gonzalez et autres c. France*, **121.**

CEDH, 28488/95, 8 février 2000, *McGonnell c. Royaume-Uni*, **122, 399.**

CEDH, 34130/96, 18 octobre 2000, *Morel c. France*, **393, 394.**

CEDH, Gr. Ch., 35605/97, 7 novembre 2000, *Kingsley c. Royaume-Uni*, **745.**

CEDH, Gr. Ch., 39594/98, 7 juin 2001, *Kress c. France*, **11.**

CEDH, Gr. Ch., 33071/96, 12 juillet 2001, *Malhous c. République Tchèque*, **760.**

CEDH, 1988/02, 12 décembre 2002, *Sofianopoulos c. Grèce*, **402.**

CEDH, 47169/99, 8 avril 2004, *Voggenreiter c. Allemagne*, **401.**

CEDH, 41579/98, 26 octobre 2004, *AB Kurt Kellermann c. Suède*, **233.**

CEDH, Gr. Ch., 73797/01, 15 décembre 2005, *Kyprianou c. Chypre*, **11, 374, 650.**

CEDH, 69742/01, 27 juillet 2006, *Gubler c. France*, **233.**

CEDH, 31930/04, 5 juillet 2007, *Sara Lind Eggertsdottir c. Islande*, **71.**

CEDH, 5242/04, 11 septembre 2009*, Dubus S.A. c. France*, **122.**

CEDH, Gr. Ch., 17056/06, 15 octobre 2009, *Micallef c. Malte*, **347, 388, 391.**

CEDH, 58688/11, 20 février 2013, *Harabin c. Slovaquie*, **402, 745.**
CEDH, Gr. Ch., 25781/94, 12 mai 2014, *Chypre c. Turquie*, **41, 42.**
CEDH, Gr. Ch., 29369/10, 23 avril 2015, *Morice c. France*, **11.**
CEDH, Gr. Ch., 35289, 19 septembre 2017, *Regner c. République Tchèque*, **650.**
CEDH, 63246/10, 9 avril 2018, *Nicholas c. Chypre*, **380, 402, 419.**
CEDH, Gr. Ch., 76639/11, 25 septembre 2018, *Denisov c. Ukraine*, **11.**

CJUE

CJUE, C-619/18 R, 19 octobre 2018, *Commission européenne c. République de Pologne*, **461.**
CJUE, Gr. Ch., C-619/18, 24 juin 2019, *Commission européenne c. République de Pologne*, **461.**

Tribunal des conflits

TC, 01420, 27 novembre 1952, *Préfet de Guyane,* **489.**

BIBLIOGRAPHIE INDICATIVE

Figurent dans cette bibliographie les références citées dans la thèse ainsi que celles ayant directement éclairé nos recherches et nos développements.

I. Dictionnaires

Trésor de la langue française informatisé, Nancy : CNRS / ATLIF, disponible sur : <http://www.cnrtl.fr/definition/>.

ACADEMIE FRANÇAISE,
- *Le dictionnaire de l'Académie françoise,* t. II, Paris : J.-B. Coignard, 1694, disponible sur : <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k50398c?rk=42918;4>.
- *Dictionnaire de l'Académie française,* 4e éd., Nancy : CNRS / ATLIF, disponible sur : <http://www.cnrtl.fr/definition/academie4/>.
- *Dictionnaire de l'Académie française,* 9e éd., Nancy : CNRS / ATLIF, disponible sur : <http://www.cnrtl.fr/definition/academie9/>.

G. CORNU (dir.), ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Vocabulaire juridique*, 13e éd. mise à jour, Paris : PUF, 2020, 1091 p.

F. GAFFIOT, *Dictionnaire latin-français, 49e éd.,* Paris : Hachette, 1934, 1719 p., disponible sur : <http://www.lexilogos.com/latin/gaffiot.php>.

C. VOLPILHAC-AUGER (dir.), *Dictionnaire Montesquieu* [en ligne], ENS Lyon, septembre 2013, disponible sur : <http://dictionnaire-montesquieu.ens-lyon.fr/fr/accueil/>.

II. Ouvrages

Le Conseil constitutionnel a 40 ans : 27-28 octobre 1998, Paris : LGDJ, 1999, 221 p.

Y. AGUILA, *Le Conseil constitutionnel et la philosophie du droit*, préface de M. Long, Paris : LGDJ, 1993, 123 p.

H. ARENDT, *Juger : sur la philosophie politique de Kant*, traduit de l'anglais par M. Revault d'Allonnes ; suivi de deux essais interprétatifs par R. Beiner et M. Revault d'Allonnes, Paris : Éd. du Seuil, 2003, 247 p.

W. BARANES, M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *La justice : l'obligation impossible*, Paris : Éd. Autrement, 2009, 213 p.

O. BEAUD, C. GUERIN-BARGUES, *L'état d'urgence, une étude constitutionnelle, historique et critique,* 2e éd., Issy-les-Moulineaux : LGDJ, Lextenso éditions, 2018, 202 p.

Y. BEAUVOIS, *Léon Noël : de Laval à de Gaulle via Pétain, 1888-1987*, Villeneuve d'Ascq : Presses universitaires du Septentrion, 2001, 468 p.

J. BONNET *et al.*, *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel : 1958-1986*, 2e éd., Paris : Dalloz, 2014, 598 p.

J. BONNET, P.-Y. GAHDOUN (dir.), *La QPC : une révolution inachevée ?*, Paris : Institut universitaire Varenne, 2016, 156 p.

E. BREEN (dir.), *Évaluer la justice*, préface de D. Cohen et A. Garapon, Paris : PUF, 2002, 301 p.

S. BREYER, *La Cour suprême, le droit américain et le monde,* traduit par R. Beauchard, préface de G. Canivet, Paris : Odile Jacob, 2015, 381 p.

L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, 2e éd., Paris : PUF, 2013, 997 p.

A. CAMUS, *Conférences et discours 1936-1958,* Paris : Gallimard, 2019, 377 p.

G. CANIVET, J. JOLY-HURARD, *La déontologie du magistrat*, 2e éd., Paris : Dalloz, 2009, 184 p.

J. CARBONNIER, *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10e éd., Paris : LGDJ, 2001, 493 p.

S. CAPORAL-GRECO, P. ESPLUGAS-LABATUT, P. SEGUR, S. TORCOL, *Droit constitutionnel*, 2e éd., Paris : Ellipses, 2019, 415 p.

R. CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État : spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français,* t. I, Paris : Éd. du CNRS, 2 vol., 837 et 638 p., disponible sur : <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k9359q>.

R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. I, 9e éd., Paris : Montchrestien, 1995, 1251 p.

COMITE NATIONAL CHARGE DE LA PUBLICATION DES TRAVAUX PREPARATOIRES DES INSTITUTIONS DE LA VE REPUBLIQUE, 1987-2001, *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958,* Paris : La Documentation française, vol. I, *Des origines de la loi constitutionnelle du 3 juin 1958 à l'avant-projet du 29 juillet 1958*, 1987, 613 p. ; vol. II, *Le Comité consultatif constitutionnel de l'avant-projet du 29 juillet 1958 au projet du 21 août 1958*, 1988, 787 p. ; vol. III, *Du Conseil d'État au référendum, 20 août-28 septembre 1958*, 1991, 777 p. ; vol. IV, *Commentaires sur la Constitution, 1958-1959*, 2001, 403 p.

CONSEIL CONSTITUTIONNEL, *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, Paris : PUF, 1989, 259 p.

P. COPPENS, *Normes et fonction de juger*, Paris : LGDJ ; Bruxelles : Bruylant, 1998, 291 p.

J.-L. DEBRE,
La Constitution de la Ve République, Paris : PUF, 1975, 340 p.
Ce que je ne pouvais pas dire : 2007-2016, Paris : Robert Laffont, 2016, 355 p.

M. DISANT, *Droit de la question prioritaire de constitutionnalité*, Rueil-Malmaison : Lamy, 2011, 420 p.

F. M. DOSTOÏEVSKI, *Crime et châtiment*, traduit par D. Victor, Paris : Le Livre de Poche, 2018, 704 p.

G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, 5e éd., Paris : PUF, 2020, 846 p.

G. DRAGO, B. FRANÇOIS, N. MOLFESSIS (dir.), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, préface de G. Vedel, Paris : Economica, 1999, 415 p.

L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 3e éd., t. II, Paris : E. de Boccard, 1928, 888 p., disponible sur : <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k9326470>.

R. DUMAS, *Politiquement incorrect*, Paris : Éd. Cherche Midi, 2015, 682 p.

L. FABIUS, *Rouge carbone*, Paris : Éd. de l'Observatoire, 2020, 255 p.

L. FAVOREU (dir.), GROUPE D'ETUDES ET DE RECHERCHES SUR LES JURIDICTIONS CONSTITUTIONNELLES DE L'UNIVERSITE DE DROIT, D'ECONOMIE ET DE SCIENCES D'AIX-MARSEILLE (éd.), *Nationalisations et constitution*, Paris : Economica ; Aix-en-Provence : Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1982, 388 p.

L. FAVOREU, L. PHILIP *et al.*,
- *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 15e éd., Paris : Dalloz, 2009, 863 p.
- *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel,* 19e éd., Paris : Dalloz, 2018, 1026 p.

L. FAVOREU, W. MASTOR, *Les cours constitutionnelles*, 2e éd., Paris : Dalloz, 2016, 169 p.

M. FROMONT, *Justice constitutionnelle comparée*, Paris : Dalloz, 2013, 510 p.

B. FRYDMAN, *Le sens des lois : histoire de l'interprétation et de la raison juridique*, 3e éd., Bruxelles : Bruylant, 2011, 708 p.

H.-S. GADAMER, *Vérité et méthode – Les grandes lignes d'une herméneutique philosophique*, éd. intégrale revue et corrigée par P. Fruchon, J. Grondin et G. Merlio, Paris : Éd. Points, 2018, 794 p.

P. GERARD, F. OST, M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *Droit et intérêt – vol. 2 : Entre droit et non-droit : l'intérêt*, Bruxelles : Presses de l'Université Saint-Louis, 1990, nouvelle éd. 2019 [en ligne], 201 p., disponible sur : <https://books.openedition.org/pusl/5286>.

R. GUASTINI, *Leçons de théorie constitutionnelle*, traduit de l'italien et présenté par V. Champeil-Desplats, Paris : Dalloz, 2010, 269 p.

V. GOESEL-LE BIHAN, *Contentieux constitutionnel*, préface de P. Wachsmann, 2e éd., Paris : Ellipses, 2016, 311 p.

S. GUINCHARD *et al.*,
- *Droit processuel : droits fondamentaux du procès*, 10e éd., Paris : Dalloz, 2019, 1548 p.
- *Procédure civile*, 35e éd., Paris : Dalloz, 2020, 1866 p.

M. GUYOMAR, B. SEILLER, *Contentieux administratif*, 5e éd., Paris : Dalloz, 2019, 641 p.

J. HABERMAS, *Droit et démocratie*, trad. par R. Rochlitz et C. Bouchindomme, Paris : Gallimard, 1997, 554 p.

F. HAMON, M. TROPER, *Droit constitutionnel*, 41e éd., Issy-les-Moulineaux : LGDJ, 2020, 902 p.

M. HAURIOU,
- *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, 2e éd., Paris : Recueil Sirey, 1930, 332 p., disponible sur : <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5042662>.
- *Précis de droit constitutionnel*, 2e éd., réédition présentée par J. Hummel, Paris : Dalloz, 2015, 759 p.

R. JACOB, *Images de la Justice : essai sur l'iconographie judiciaire du Moyen Age à l'âge classique*, préface de P. Truche et M. Ezratty, Paris : Éd. Le léopard d'or, 1994, 256 p.

P. JAN, *Le procès constitutionnel*, 2e éd., Paris : LGDJ, 2010, 233 p.

E. JEULAND, *Droit processuel général*, 4e éd., Issy-les-Moulineaux : LGDJ, 2018, 874 p.

G. JEZE, *Cours de droit public (licence), professé à la Faculté de droit de Paris pendant le 2e semestre 1923-1924*, 1924, Paris : Marcel Giard, disponible sur : <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k147761p>.

P. JOXE, *Cas de conscience*, Genève : Éd. Labor et Fides, 2010, 245 p.

H. KELSEN,
- *Théorie pure du droit*, traduit de l'allemand par C. Eisenmann, 2e éd., Paris : Dalloz, 1962, 496 p.
- *Qui doit être le gardien de la Constitution ?,* préface de S. Baume, Paris : M. Houdiard, 2006, 138 p.
- *Qu'est-ce que la justice ? ;* suivi de *Droit et morale*, traduit de l'allemand par P. Le More, J. Plourde et C. Eisenmann ; préface de V. Lasserre, Genève : M. Haller, 2012, 141 p.

A. KOJEVE, *Esquisse d'une phénoménologie du droit : exposé provisoire*, Paris : Gallimard, impr. 2007 [reprod. en fac-sim. de l'éd. 1981], 588 p.

E. LAMBERT, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis : l'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Paris : Marcel Giard & Cie, 276 p.

B. LATOUR, *La fabrique du droit : une ethnographie du Conseil d'État*, Paris : Éd. La Découverte, 2002, 319 p.

C. LEVI STRAUSS, *Tristes tropiques*, Paris : Pocket, 2007, 504 p.

F. LUCHAIRE, *Le Conseil constitutionnel*. *Tome I, Organisation et attributions*, 2e éd. refondue, Paris : Economica, 1997, 490 p.

N. LUHMANN, *La légitimation par la procédure*, trad. par L. K. Sosoe et S. Bouchard, Paris : Cerf ; Laval : Éd. les Presses de l'Université Laval, 2001, 247 p.

X. MAGNON, *Théorie(s) du droit*, Paris : Ellipses, 2008, 167 p.

F. MALHIERE (dir.), *Comment rédiger une décision de justice au XXIe siècle ?*, Paris : Dalloz, 2018, 147 p.

F. MELIN-SOUCRAMANIEN, P. PACTET, *Droit constitutionnel*, 35e éd., Paris : Sirey-Dalloz, 2016, 673 p.

É. MILLARD, *Théorie générale du droit*, Paris : Dalloz, 2006, 136 p.

C.-L. DE SECONDAT MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois : Anthologie*, préface D. de Casabianca, Paris : Flammarion, 2013, 395 p.

M. MORABITO, *Histoire constitutionnelle de la France de 1789 à nos jours,* 16e éd., Issy-les-Moulineaux : LGDJ, 2020, p. 160.

M. J. MOSSMAN, G. OTIS (dir.), INSTITUT CANADIEN D'ADMINISTRATION DE LA JUSTICE, *La montée en puissance des juges : ses manifestations, sa contestation*, Montréal : Éd. Thémis, 1999, 468 p.

H. MOTULSKY,
- *Droit processuel*, Paris : Éd. Montchrestien, 1973, 294 p.
- *Écrits. Études et notes de procédure civile*, Paris : Dalloz, 2009 (réimpr. de l'éd. 1973), 404 p.

F. MÜLLER, *Discours de la méthode juridique*, traduit de l'allemand par O. Jouajan, Paris : PUF, 1996, 438 p.

L. NOËL, *De Gaulle et les débuts de la V^e République*, Paris : Plon, 1976, 310 p.

G. PALEWSKI, *Mémoires d'action : 1924-1974,* Paris : Plon, 1988, 315 p.

C. PERELMAN,
- *Logique juridique : nouvelle rhétorique*, 2e éd., Paris : Dalloz, 1999, 193 p.
- *Éthique et droit*, 2e éd., Bruxelles : Éd. de l'Université de Bruxelles, 2012, 821 p.

J. ROBERT, *La garde de la République : le Conseil constitutionnel raconté par un de ses membres*, Paris : Plon, 2000, 226 p.

P. ROSANVALLON, *La légitimité démocratique : impartialité, réflexivité, proximité*, Paris : Éd. du Seuil, 2008, 367 p.

D. ROUSSEAU,
- *Sur le Conseil constitutionnel : la doctrine Badinter et la démocratie*, Paris : Descartes & Cie, 1997, 194 p.
- *Droit du contentieux constitutionnel*, préface de G. Vedel, 12e éd., Paris : LGDJ, 2020, 1039 p.

D. ROUSSEAU, P. PASQUINO (dir.), *La question prioritaire de constitutionnalité, une mutation réelle de la démocratie constitutionnelle française ?*, Paris : mare & martin, 2018, 152 p.

H. ROUSSILLON, P. ESPLUGAS-LABATUT, *Le Conseil constitutionnel*, 8e éd., Paris : Dalloz, 2015, 220 p.

H. RUIZ FABRI, J.-M. SOREL (dir.), *Indépendance et impartialité des juges internationaux*, Paris : Éd. A. Pedone, 2010, 302 p.

D. SCHNAPPER, *Une sociologue au Conseil constitutionnel*, Paris : Gallimard, 2010, 452 p.

A. STONE SWEET, *Governing with judges : constitutional politics in Europe*, Oxford ; New York : Oxford Univ. Press, 2000, 232 p.

F. SUDRE, C. PICHERAL (dir.), *La diffusion du modèle européen du procès équitable*, Paris : La Documentation française, 2003, 353 p.

L. TOLSTOÏ, *La Guerre et la Paix*, t. II, traduit par E. Guertik, préface de M. Acouturier, Paris : Le Livre de Poche, 2010, 960 p.

J.-R. TOURNOUX, *La tragédie du Général*, Paris : Plon, 1967, 697 p.

M. TROPER,
- *La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris : PUF, 2001, 334 p.
- *La philosophie du droit*, 4e éd., Paris : PUF, 2015, 126 p.

M. TROPER, V. CHAMPEIL-DESPLATS, C. GRZEGORCZYK (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Bruxelles : Bruylant / Paris : LGDJ, 2005, 203 p.

D. TURPIN, *Contentieux constitutionnel*, 2e éd., Paris : PUF, 1994, 543 p.

J. VAN COMPERNOLLE, T. GIUSEPPE (dir.), *L'impartialité du juge et de l'arbitre : étude de droit comparé*, Bruxelles : Bruylant, 2006, 336 p.

M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *L'interprétation en droit, approche pluridisciplinaire*, Bruxelles : Presses de l'Université Saint-Louis, 1978, disponible sur : <https://books.openedition.org/pusl/8879?lang=fr>.

G. VEDEL, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, réédition présentée par G. Carcassonne et O. Duhamel, Paris : Dalloz, 2002, 616 p.

M. VERDUSSEN, *Les douze juges – La légitimité de la Cour constitutionnelle*, Bruxelles : Éd. Labor, 2004, 96 p.

III. Ouvrages en anglais

L. BAUM, *The Supreme Court*, 12e éd., Washington, D.C. : CQ Press, 2015, 262 p.

S. BREYER, *Making our democracy work : a judge's view*, New York : A. A. Knopf, 2010, 270 p.

L. CAPLAN, *The Tenth Justice : the Solicitor General and the rule of law*, New York : Knopf, 1987, 340 p.

P. M. COLLINS, Jr., L. A. RINGHAND, *Supreme Court Confirmation Hearings and Constitutional Change*, New York : Cambridge University Press, 2015, 314 p.

R. DWORKIN, *Taking rights seriously,* London : Bloomsbury, 2019, 444 p.

D. E. EDLIN, *Common law judging : subjectivity, impartiality, and the making of law*, Ann Arbor : University of Michigan Press, 2016, 262 p.

H.L.A. HART, *The Concept of Law*, introduction de L. Green, 3e éd., Oxford : Oxford University Press, 2012, 400 p.

G. HUSCROFT, B. W. MILLER, G. WEBBER (ed.), *Proportionality and the Rule of Law*, *Rights, Justification, Reasoning*, New York : Cambridge University Press, 2014, 421 p.

R. H. JACKSON, *The Supreme Court in the American System of Government*, New York ; Evanston ; London : Harper & Row, 1963, 92 p.

D. M. O'BRIEN, *Storm center : the Supreme Court in American politics*, New York ; London : W.W. Norton, 456 p.

A. SCALIA, *A Matter of Interpretation*, new ed., Princeton : Princeton University Press, 2018, 200 p.

IV. Thèses

S. BENZINA, *L'effectivité des décisions QPC du Conseil constitutionnel*, Paris : LGDJ, 2017, 772 p.

B. BERNABE, *La récusation des juges : étude médiévale, moderne et contemporaine*, préface de J. Krynen, Paris : LGDJ, 2009, 426 p.

A.-C. BEZZINA, *Les questions et les moyens soulevés d'office par le Conseil constitutionnel*, préface de J.-P. Bel, Paris : Dalloz, 2014, 807 p.

I. BOUCOBZA, *La fonction juridictionnelle, contribution à une analyse des débats doctrinaux en France et en Italie*, préface de M. Troper, Paris : Dalloz, 2005, 456 p.

J. BRAU, *L'instruction dans le « procès constitutionnel » français - contribution à l'étude de la procédure suivie par le Conseil constitutionnel en matière de contrôle a priori de la constitutionnalité des lois*, Université Montesquieu - Bordeaux IV, 2010, 431 p.

P. CASTERA, *Les professeurs de droit membres du Conseil constitutionnel*, Université de Bordeaux – 2015, 640 p., disponible sur : <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01280310>.

V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République*, préface de M. Troper, Paris : Economica ; Aix-en-Provence : Presses univ. d'Aix-Marseille, 2001, 306 p.

S. CLEMENT, *Les droits de la défense dans le procès pénal : du principe du contradictoire à l'égalité des armes*, Université de Nantes, 2007, 527 p.

J. DELVALLEE, *La collégialité en droit des sociétés*, préface de P. Le Cannu, Paris : Dalloz, 2019, 780 p.

J.-B. DUCLERCQ, *Les mutations du contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, préfaces de J.-L. Debré et M. Verpeaux, Issy-les-Moulineaux : LGDJ-Lextenso éd., 2015, 537 p.

C. EISENMANN, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, avant-propos de G. VEDEL, préface de H. Kelsen, postface de L. Favoreu, Paris : Economica ; Aix-en-Provence : Presses univ. d'Aix-Marseille, 1986, 383 p.

A. ESSONO OVONO, *Théorie de l'interprétation et pouvoir créateur du juge constitutionnel français*, Université Toulouse 1 Capitole, 2000, 463 p.

I. FASSASSI, *La légitimité du contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois aux États-Unis : étude critique de l'argument contre-majoritaire*, préface de G. Scoffoni, Paris : Dalloz, 2017, 767 p.

I. FAVIER-VERGNE, *L'impartialité à la lumière de la Convention européenne des droits de l'homme*, Université Jean Monnet - Saint Étienne, 2003, 995 p.

L. DE FOURNOUX, *Le principe d'impartialité de l'Administration*, Université de Strasbourg, 2017, 611 p.

M.-A. FRISON-ROCHE, *Généralités sur le principe du contradictoire*, Université Panthéon-Assas Paris II, 1988, 387 p.

M. HEITZMANN-PATIN, *Les normes de concrétisation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, préface de M. Verpeaux, Paris : LGDJ, 402 p.

P. JAN, *La saisine du Conseil constitutionnel*, préface de J. Rossetto, Paris : LGDJ, 1999, 716 p.

S. JOSSERAND, *L'impartialité du magistrat en procédure pénale*, Université Pierre Mendès France - Grenoble, 1996, 607 p.

V. KONDYLIS, *Le principe de neutralité dans la fonction publique*, préface de G. Dupuis, Paris : LGDJ, 1994, 560 p.

F. KUTY, *L'impartialité du juge en procédure pénale : de la confiance décrétée à la confiance justifiée*, préface de P. Martens et M. Preumont, Bruxelles : Larcier, 2005, 796 p.

C. LAVEISSIERE, *L'impartialité du juge administratif*, Université Montesquieu - Bordeaux IV, 2007, 697 p.

A.-M. LECIS COCCU ORTU, *Les interventions des tiers porteurs d'intérêts collectifs dans les contentieux constitutionnels incidents français et italiens : étude sur l'élargissement du débat contradictoire dans un contentieux constitutionnel concret et objectif*, préfaces de T. Groppi et X. Philippe, Issy-les-Moulineaux : LGDJ, 2018, 445 p.

É. LESTRADE, *Les principes directeurs du procès dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel,* Université Montesquieu - Bordeaux IV, 2013, 722 p., disponible sur : <http://www.theses.fr/2013BOR40033/document>.

D. LOSCHAK, *Le rôle politique du juge administratif français*, Paris : LGDJ, 1972, 349 p.

F. MALHIERE, *La brièveté des décisions de justice (Conseil constitutionnel, Conseil d'État, Cour de cassation) : contribution à l'étude des représentations de la justice*, préface de D. Rousseau, Paris : Dalloz, 2013, 665 p.

W. MASTOR, *Les opinions séparées des juges* constitutionnels, préface de M. Troper, Aix-en-Provence : Presses universitaires d'Aix-Marseille ; Paris : Economica, 2005, 361 p.

S. MENETREY, *L'*amicus curiae*, vers un principe commun de droit procédural ?*, Paris : Dalloz, 2010, 515 p.

P. DE MONTALIVET, *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, préface de M. Verpeaux, Paris : Dalloz, 2006, 680 p.

G. PUYDEBOIS, *La transparence de la vie publique en France*, Université de Bordeaux, 2019, 517 p.

M.-J. REDOR, *De l'État légal à l'État de droit : l'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française, 1879-1914*, préface de J. Combacau, Paris : Economica ; Aix-en-Provence : Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1992, 389 p.

D. ROETS, *Impartialité et justice pénale*, préface de J. PRADEL, Paris : Éd. Cujas, 1997, 494 p.

S. SALLES, *Le conséquentialisme dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, avant propos de L. Fabius, préface de D. Rousseau, Issy-les-Moulineaux : LGDJ, 2016, 779 p.

T. SANTOLINI, *Les parties dans le procès constitutionnel*, préface de F. Delpérée, Bruxelles : Bruylant, 2010, 436 p.

E. SALOMON, *Le juge pénal et l'émotion*, Université Panthéon-Assas Paris II, 2015, disponible sur : <http://www.theses.fr/2015PA020003/document>.

C.-É. SENAC, *L'office du juge constitutionnel français - contribution à l'analyse du contrôle de constitutionnalité par le Conseil constitutionnel et les juridictions administratives et judiciaires*, Université Panthéon-Assas Paris II, 2010, 687 p.

D. SZYMCZAK, « La Convention européenne des droits de l'homme et le juge constitutionnel national », Bruxelles : Bruylant, 2006, 849 p.

V. THIBAUD, *Le raisonnement du juge constitutionnel - Jalons pour une structuration du discours juridique*, Université Lumière Lyon II, 2011, 770 p., disponible sur < http://www.theses.fr/2011LYO22006/document>.

J. THOMAS, *L'indépendance du Conseil constitutionnel*, préface de J. Gicquel, Fondation Varenne ; Paris : LGDJ, 2010, 446 p.

V. Articles et contributions

G. ABADIE, « Satisfaction, non sans questions », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 25, 2008/3, disponible sur : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/satisfaction-non-sans-questions>.

Y. AGUILA, L. ROLLINI, « Charte de l'environnement : le temps de la récolte », *La semaine juridique - édition générale,* n° 10, 9 mars 2020, p.466-471.

M. ALMEIDA KATO, « La communication du Tribunal fédéral suprême brésilien », *Annuaire international de justice constitutionnelle,* n° 2017-33, 2018, p. 31-43.

A. ANZIANI, « La déontologie, condition du renouveau du parlement », *Pouvoirs*, n° 146, 2013/3, p. 93-105.

P. ARDANT, « Le Conseil constitutionnel d'hier à demain », in *L'avenir du droit, mélanges en hommage à François Terré*, Paris : Dalloz ; PUF ; Éd. du Juris-classeur, 1999, p. 731-747.

J. ARRIGHI DE CASANOVA, « L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel vue du Conseil d'État », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 30, 2011/1, p. 23-29.

P. AVRIL, « Enchantement et désenchantement constitutionnels sous la V^e^ République », *Pouvoirs*, n° 126, 2008/3, p. 5-16.

P. AVRIL, J. GICQUEL,
- « Chronique constitutionnelle française – 16 août – 15 octobre 1982 », *Pouvoirs*, n° 24, janvier 1983, p. 179-198.
- « Chronique constitutionnelle française – 16 octobre 1982 – 15 janvier 1983 », *Pouvoirs*, n° 25, avril 1983, p. 181-208.
- « Chronique constitutionnelle française – 16 janvier – 15 mai 1983 », *Pouvoirs*, n° 26, septembre 1983, p. 165-191.
- « Chronique constitutionnelle française – 16 janvier – 15 mai 1984 », *Pouvoirs*, n° 30, septembre 1984, p. 157-184.
- « Chronique constitutionnelle française – 16 mai – 15 juillet 1985 », *Pouvoirs*, n° 35, novembre 1985, p. 175-199.
- « Chronique constitutionnelle française – 1^er^ janvier – 30 avril 1993 », *Pouvoirs*, n° 66, septembre 1993, p. 177-220.
- « Chronique constitutionnelle française – 1^er^ mai – 30 juin 1998, *Pouvoirs*, n° 87, novembre 1998, p. 183-202.
- « Chronique constitutionnelle française – 1^er^ juillet – 30 septembre 2004 », *Pouvoirs*, n° 112, janvier 2005, p. 187-214.
- « Chronique constitutionnelle française – 1^er^ octobre – 30 décembre 2004 », *Pouvoirs*, n° 113,

avril 2005, p. 215-247.
- « Chronique constitutionnelle française – 1er octobre – 31 décembre 2009 », *Pouvoirs*, n° 133, avril 2010, p. 159-193.
- « Chronique constitutionnelle française – 1er janvier – 30 avril 2010 », *Pouvoirs*, n° 134, septembre 2010, p. 153-186.
- « Chronique constitutionnelle française – 1er juillet – 30 septembre 2010, *Pouvoirs*, n° 136, janvier 2011, p. 171-198.
- « Chronique constitutionnelle française – 1er janvier – 10 mai 2012 », *Pouvoirs*, n° 142, septembre 2012, p. 145-181.
- « Chronique constitutionnelle française – 1er juillet – 30 septembre 2012, *Pouvoirs*, n° 144, janvier 2013, p. 163-186.
- « Chronique constitutionnelle française – 1er octobre – 31 décembre 2015 », *Pouvoirs*, n° 157, avril 2016, p. 147-178.
- « Chronique constitutionnelle française – 1er janvier – 10 mai 2017 », *Pouvoirs*, n° 162, septembre 2017, p. 151-167.

P. BACHSCHMIDT, « Le Conseil constitutionnel explicite et justifie sa jurisprudence relative aux "cavaliers législatifs" », *Constitutions*, 2019, p. 197-200.

R. BADINTER, « Une longue marche "du Conseil à la Cour constitutionnelle" », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel,* n° 25, août 2009, disponible sur : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/une-longue-marche-du-conseil-a-la-cour-constitutionnelle>.

D. BARANGER,
- « Sur la manière française de rendre la justice constitutionnelle, motivations et raisons politiques dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Jus Politicum* [en ligne], n° 7, mai 2012.
- « Comprendre le "bloc de constitutionnalité" », *Jus Politicum* [en ligne], n° 20-21, juillet 2018.
- « Quel "État de droit" ? Quels contrôles ? Le juge des référés et le maintien en vigueur de l'état d'urgence », *RFDA,* 2016, p. 355-363.
- « L'interprète est toujours en mauvaise posture – Propositions exploratoires pour une délimitation et une modélisation de l'interprétation juridique », *à paraître aux Mélanges en hommage au pr. E. Picard*, disponible sur : <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3401455>.

S. BAUME, « De l'usage des pouvoirs neutres », *Pouvoirs*, n° 143, 2012/4, p. 17-27.

O. BEATRIX, « L'indépendance de la Commission de régulation de l'énergie », *Revue française d'administration publique*, n° 143, 2012/3, p. 769-778.

O. BEAUD,
- « La responsabilité politique face à la concurrence d'autres formes de responsabilité des gouvernants », *Pouvoirs*, n° 92, 2000/1, p. 17-30.
- « La multiplication des pouvoirs », *Pouvoirs*, n° 143, 2012/4, p. 47-59.

O. BEAUD, P. WACHSMANN, « La QPC et le procès Chirac ou les impasses de la composition du Conseil constitutionnel », *Revue de droit d'Assas*, n° 5, février 2012, p. 113-114, disponible sur : <https://www.u-paris2.fr/fr/recherche/revues-en-ligne/revue-de-droit-dassas/n-5-fevrier-2012>.

D. DE BECHILLON,
- « Élargir la saisine du Conseil constitutionnel ? », *Pouvoirs*, n° 105, 2003/2, p. 103-116.
- « Comment encadrer le pouvoir normatif du juge constitutionnel ? », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 24, 2008/2, disponible sur : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/comment-encadrer-le-pouvoir-normatif-du-juge-constitutionnel>.
- « Cinq Cours suprêmes ? : Apologie (mesurée) du désordre », *Pouvoirs*, n° 137, avril 2011, p. 33-45.
- « Appel au calme (sur la composition du Conseil constitutionnel), *Revue de droit d'Assas*, n° 5,

février 2012, p. 115-118.
- « Réflexions sur le statut des “portes étroites” devant le Conseil constitutionnel », *Les notes du club des juristes*, janvier 2017, disponible sur : <https://hal-univ-pau.archives-ouvertes.fr/hal-02161541/document>.

L. BEGIN, « L’expansion du pouvoir des juges : enjeux et lieux communs », *Éthique publique*, vol. 3, n° 2, 2001, disponible sur : <http:// ethiquepublique.revues.org/2504>.

N. BELLOUBET,
- « Conseiller l’État », *Pouvoirs*, n° 123, novembre 2007, p. 33-50.
- « Huit femmes membres du Conseil constitutionnel », in *Le pouvoir, mythes et réalité. Mélanges en hommage à Henry Roussillon,* Toulouse : Presses de l’Université de Toulouse 1 Capitole, 2014, p. 105-120.
- « La motivation des décisions du Conseil constitutionnel : justifier et réformer », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 55-56, juin 2017, p. 7-21.

J. BENETTI, « Continuité jurisprudentielle ou (nouveau) revirement ? À propos de la censure de cavaliers organiques par la décision du Conseil constitutionnel du 28 juillet 2016 », *Constitutions*, 2016, p. 396-398.

S. BENZINA, « L’effectivité des décisions QPC du Conseil constitutionnel », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel,* n° 57, octobre 2017, p. 121-126.

G. BERGOUGNOUS, « Le Conseil constitutionnel et le législateur », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 38, janvier 2013, p. 5-21.

C. DE BERNARDINIS, « L’impartialité du juge : de l’apparence à la réalité juridique », *Petites affiches*, n° 44, 2 mars 2004, p. 9-20.

P. BLACHER, « Le Conseil constitutionnel en fait-il trop ? », *Pouvoirs*, n° 105, avril 2003, p. 17-28.

C. BLERY, « Justice du XXIe siècle : refonte du régime de la récusation et du renvoi pour cause de suspicion légitime », *Dalloz actualité*, 13 mai 2017.

G. BOLARD, « L’impartialité du juge au risque de la loi ? », *La semaine juridique, éd. générale*, n° 42, 12 octobre 2015, p. 1845-1847.

P. BON,
- « Récuser un membre du Conseil constitutionnel », *Recueil Dalloz*, 2010, p. 2007-2017.
- « La question d’inconstitutionnalité en Espagne », *Pouvoirs*, n° 137, avril 2011, p. 123-141.

J. BONNET,
- « Les contrôles *a priori* et *a posteriori* », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 40, juin 2013, p. 105-115.
- « La communication juridictionnelle, nouvel objet du droit », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, n° 33-2017, 2018, p. 13-15.

J. BONNET, A. ROBLOT-TROIZIER, « Chronique de droits fondamentaux et libertés publiques », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel,* n° 55-56, juin 2017, p. 117-142.

M. BORGETTO, « La fraternité devant le Conseil constitutionnel – étude par Michel Borgetto », *La semaine juridique éd. générale*, n° 30-35, 23 juillet 2018, p. 1487-1496.

I. BOUCOBZA, « Un concept erroné, celui de l’existence d’un pouvoir judiciaire », *Pouvoirs*, n° 143, novembre 2012, p. 73-87.

J. BOUDON,

- « Trois faiblesses de la composition du Conseil constitutionnel », *Revue de droit d'Assas*, n° 5, février 2012, p. 110-112.
- « La séparation des pouvoirs aux États-Unis », *Pouvoirs*, n° 143, novembre 2012, p. 113-122.

P. BOURETZ, « Entre la puissance de la loi et l'art de l'interprétation : l'énigmatique légitimité du juge », *Pouvoirs*, n° 74, septembre 1995, p. 72-83.

D. BOURMAUD, « Les V^es^ Républiques monarchie, dyarchie, polyarchie - variations autour du pouvoir sous la V^e^ République », *Pouvoirs*, n° 99, novembre 2001, p. 7-17.

V. BOUVIER, « La notion de juridiction constitutionnelle », *Droits*, n° 9, 1989, p. 119-129.

M. BOYON, P. GONOD, « Entretien sur quelques aspects de l'esprit de corps au Conseil d'État », *in Étude en l'honneur de Georges Dupuis*, préface de G. Vedel, Paris : LGDJ, 1997, p. 27-37.

P. BRAUD, L. FERRY, « Science politique et philosophie politique », *Pouvoirs*, n° 26, septembre 1983, p. 133-144.

J.-D. BREDIN, « Secret, transparence et démocratie », *Pouvoirs*, n° 97, avril 2001, p. 5-15.

V. BRENGARTH, « Le secret de l'instruction doit-il s'incliner devant la liberté d'informer ? », *Dalloz-actualité.fr*, 28 mars 2018, disponible sur : <https://www.dalloz-actualite.fr/chronique/secret-de-l-instruction-doit-il-s-incliner-devant-liberte-d-informer#.Xl0MYi2ZO8o>.

F.-H. BRIARD, « La nomination des membres de la Cour suprême des États-Unis », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, janvier 2018, n° 58, p. 59-70.

P. BRUNET,
- « Le juge constitutionnel est-il un juge comme les autres ? Réflexions méthodologiques sur la justice constitutionnelle », *in* O. JOUANJAN *et al*. (dir.), *La notion de justice constitutionnelle*, Paris : Dalloz, 2005, p.115-135, disponible sur : <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00009748>.
- « Analyse réaliste du jugement juridique », *Cahiers philosophiques, Réseau Canopé 2016*, n° 147, 2016/4, p. 9-25, disponible sur : <https://hal-paris1.archives-ouvertes.fr/hal-01413668/document>.

O. BUI-XUAN, « Le Conseil d'État : quelle composition réelle ? », *Pouvoirs*, n° 123, novembre 2007, p. 89-104.

A. CABANES, A. ROBBES, « L'impartialité objective du juge en Europe : des apparences parfois trompeuses », *AJDA*, 2004, p. 2375-2379.

J.-P. CAMBY,
- « L'autonomie des pouvoirs publics, limite de la compétence du juge administratif (réflexions sur l'arrêt Brouant du Conseil d'État du 25 octobre 2002) », *RDP*, 2002, p. 1855-1871.
- « Les archives du Conseil constitutionnel : déclaration d'indépendance », *Petites affiches*, n° 192, 24 septembre 2008, p. 6-14.

G. CANIVET,
- « Les limites de la mission du juge constitutionnel », *Cités*, n° 69, janvier 2017, p. 41-58.
- « De l'office du juge constitutionnel. Questions sur la retenue », *Revue de droit d'Assas,* n° 13-14, février 2017, p. 55-64.

I. CARBONNIER, « Récusation », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, janvier 2015.

G. CARCASSONNE,
- « Une voie sans issue ? La recherche de variables politiques objectives », *Pouvoirs*, n° 13, avril 1980, p. 101-106.

- « Le trouble de la transparence », *Pouvoirs*, n° 97, avril 2001, p. 17-23.
- « Le Parlement et la QPC », *Pouvoirs*, n° 137, avril 2011, p. 73-81.
- « Gare au faux bon sens », *Revue de droit d'Assas*, n° 5, février 2012, p. 96-98.

E. CARPENTIER, « Les évolutions récentes du recours pour excès de pouvoir en matière d'autorisation d'urbanisme », *Droit et ville*, 2015/1, n° 79, p. 11-28.

E. CARTIER, « La récusation et le déport devant le Conseil constitutionnel : cote mal taillée ou réelle avancée ? », *Petites affiches*, n° 89, 5 mai 2011, p. 22-30.

E. CARTIER, J.-P. DEROZIER, « Chronique de droits fondamentaux et libertés publiques », *Titre VII* [en ligne], n° 3, octobre 2019.

E. CARTIER (resp. sc.), « Les justiciables de la QPC. Identification et mobilisation d'un outil processuel sui generis », *Titre VII* [en ligne], hors-série, octobre 2020.

P. CASSIA, « Le site Internet du Conseil constitutionnel devant le juge administratif : des problèmes de connexion ? », *La semaine juridique, Adm. et Coll. terr.*, n° 8-9, 20 février 2006, p. 263-270.

P. CASSIA, T. CLAY, « Le Conseil constitutionnel se meurt, vive la Cour constitutionnelle ! », *Revue de droit d'Assas*, n° 5, février 2012, p. 107-109.

M.-X. CATTO, « Constitutionnalité de l'interdiction de conserver, à titre préventif, le sang de cordon dans un cadre intrafamilial », *in Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF* [en ligne], 3 juin 2012.

O. CAYLA,
- « Lire l'article 55 : Comment comprendre un texte établissant une hiérarchie des normes comme étant lui-même le texte d'une norme ? », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 7, décembre 1999, disponible sur : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/lire-l-article-55-comment-comprendre-un-texte-etablissant-une-hierarchie-des-normes-comme-etant-lui>.
- « "Si la volonté générale peut errer" À propos de "l'erreur manifeste d'appréciation" du législateur », *Le temps des savoirs*, n° 2, septembre 2000, p. 47-70.

D. CHABANOL, « Théorie de l'apparence ou apparence de théorie ? », *AJDA*, 2002, p. 9-12.

V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Les grandes lois de la République », *Revue des Droits de l'Homme* [en ligne], n° 3, 2013, disponible sur : <https://journals.openedition.org/revdh/86?lang=es>.

D. CHAMUSSY, « La procédure parlementaire et le Conseil constitutionnel », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 38, janvier 2013, p. 37-68.

M. CHARPY, « *Le Comité constitutionnel de la Constitution de la IVe République* », *Jus Politicum* [en ligne], n° 16, juillet 2016, p. 439-505.

J.-P. CHAZAL, « Philosophie du droit et théorie du droit, ou l'illusion scientifique », *Archives de philosophie du droit*, vol. 45, 2001, p. 303-333, disponible sur : <http://spire.sciencespo.fr/hdl:/2441/5l6uh8ogmqildh09h82apilqg/resources /philosophie-et-theorie-du-droit-ou-l-illusion-scientifique.pdf>.

F. CHENEDE, P. DEUMIER, « L'œuvre du Parlement, la part du Conseil constitutionnel en droit de la famille », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 39, avril 2013, p. 5-18.

J.-J. CHEVALIER, P. GELARD, *René Coty*, n° spécial de *Ethnopsychologie*, vol. 37, n° 1-2, 1982, 197 p.

J. CHEVALLIER, « Le Conseil d'État, au cœur de l'État », *Pouvoirs*, novembre 2007, n° 123, p. 5-17.

R. CHIROUX, « Faut-il réformer le Conseil ? », *Pouvoirs*, n° 13, avril 1980, p. 107-124.

M. CHRISTELLE, B.-L. COMBRADE, C.-É. SENAC (resp. sc.), « La QPC et les représentants d'intérêts : techniques d'influence et influences sur la technique », *Titre VII* [en ligne], hors-série, octobre 2020.

A. CIAUDO, « Un acteur spécifique du procès constitutionnel : le secrétaire général du Conseil constitutionnel », *RFDC*, n° 73, 2008/1, p. 17-26.

T. CLAY, « L'impartialité de l'arbitre », *in* J. VAN COMPERNOLLE, T. GIUSEPPE (dir.), *L'impartialité du juge et de l'arbitre : étude de droit comparé*, Bruxelles : Bruylant, 2006, p. 214-224.

J.-C. COLLIARD,
- « Un nouveau Conseil Constitutionnel ? », *Pouvoirs*, n° 137, avril 2011, p. 155-167.
- « Neuf ans de bonheur », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 25, août 2009, disponible sur : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/neuf-ans-de-bonheur>.

D. N. COMMARET, « Une juste distance ou réflexions sur l'impartialité du magistrat », *Recueil Dalloz*, 1998, p. 262-264.

N. COPIN, « Presse : au-delà de l'impartialité », *Pouvoirs*, n° 63, novembre 1992, p. 71-80.

B. COSPEREC, « L'indépendance de l'Autorité de régulation des activités ferroviaires », *Revue française d'administration publique*, n° 143, 2012/3, p. 779-789.

M. COUTURIER, « Santé mentale et droit pénal », *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, n° 12, 2014, p. 87-102.

J.-J. DARBY, « Garanties et limites à l'indépendance et à l'impartialité du juge aux États-Unis d'Amérique », *Revue internationale de droit comparé*, n° 55, 2003/2, p. 351-362.

B. DAUGERON, « Le contrôle des élections parlementaires avant le Conseil constitutionnel : la "vérification des pouvoirs", histoire et théorie », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 41, octobre 2013, p. 17-31.

J. GICQUEL, J.-É. GICQUEL,
- « Chronique constitutionnelle française – 1er octobre – 31 décembre 2017 », *Pouvoirs*, n° 165, avril 2018, p. 155-184.
- « Chronique constitutionnelle française – 1er octobre – 31 décembre 2018 », *Pouvoirs*, n° 169, avril 2019, p. 169-204.
- « Chronique constitutionnelle française – 1er octobre – 31 décembre 2019 », *Pouvoirs*, n° 173, juin 2020, p. 141-172.

R. DE LACHARRIERE, « Opinion dissidente* », *Pouvoirs*, n° 13, 1980/2, p. 141-159.

S. DE LA ROSA, « Droit constitutionnel et CEDH : l'article 6§1 de la Convention européenne, le Conseil constitutionnel et la question préjudicielle de constitutionnalité », *RFDC*, n° 80, 2009/4, p. 817-836.

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 2013, p. 181-203.

M. DELMAS-MARTY, « Réformer : anciens et nouveaux débats », *Pouvoirs*, n° 55, novembre 1990, p. 5-21.

M. DELON, « Réhabilitation des préjugés et crise des Lumières », *Revue germanique internationale*, n° 3, 10 janvier 1995, p. 143-156, disponible sur : <https://rgi.revues.org/494>.

F. DELPEREE, « Le Conseil constitutionnel : état des lieux »*, Pouvoirs*, n° 105, avril 2003, p. 5-16.

P. DELVOLVE, « Le contrôle de l'opportunité existe-t-il ? », in *Conseil constitutionnel et Conseil d'État, colloque des 21 et 22 janvier 1988 au Sénat, Salle Médicis, Palais du Luxembourg*, Paris : Montchrestien, 1988, p. 269-312.

A. DERRIEN, « Dialogue et compétition des cours suprêmes ou la construction d'un système juridictionnel », *Pouvoirs*, n° 105, avril 2003, p. 41-52.

P. DEUMIER,
- « Le Conseil constitutionnel, juridiction impartiale et indépendante ? », *Revue trimestrielle de droit civil*, 2012, p. 481-487.
- « Les lois de validation et le dialogue des juges », *Revue trimestrielle de droit civil*, 2014, n° 3, p. 604-610.

N. DION, « Le juge et le désir du juste », *Recueil Dalloz*, 1995, p. 195-199.

M. DISANT,
- « Les effets dans le temps des décisions QPC - Le Conseil constitutionnel, "maître du temps" ? Le législateur, bouche du Conseil constitutionnel ? », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 40, juin 2013, p. 63-82.
- « L'audience interactive devant le Conseil constitutionnel », *La semaine juridique éd. générale*, n° 26, juin 2016, p. 1298.
- « La communication du Conseil constitutionnel. Évolution, organisation, méthodes. », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, n° 33-2017, 2018, p. 59-75.

M. DOGAN, « La légitimité politique : nouveauté des critères, anachronisme des théories classiques », *Revue internationale des sciences sociales*, 2010/2, n° 196, p. 21-39.

O. DORD, « La QPC et le Parlement : une bienveillance réciproque », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 38, janvier 2013, p. 23-36.

O. DOUVRELEUR, « L'indépendance de l'autorité des marchés financiers : Témoignage », *Revue française d'administration publique*, n° 143, 2012/3, p. 747-758.

G. DRAGO, « Réformer le Conseil constitutionnel ? », *Pouvoirs*, n° 105, avril 2003, p. 73-88.

B. DROZ, « L'élection législative du 30 novembre 1958 en Algérie », *Outre-Mers. Revue d'histoire*, 2008, n° 358-359, p. 29-44.

E. DUBOUT, « Interprétation téléologique et politique jurisprudentielle de la Cour européenne des droits de l'homme »*, Revue trimestrielle des droits de l'homme*, n° 74, 2008, p. 383-418.

O. DUHAMEL, « La QPC et les citoyens », *Pouvoirs*, n° 137, avril 2011, p. 183-191.

C. DUMONT, « Le Conseil supérieur de l'audiovisuel, une autorité de régulation indépendante », *Courrier hebdomadaire du CRISP*, n° 2054-2055, 2010/9-10, p. 5-88.

G. DUMORTIER, « La procédure devant le Conseil constitutionnel, juge électoral : sous les pavés, la plage ? », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 41, octobre 2013, p. 33-45.

R. DWORKIN, « La Chaîne du droit », *Droit et société*, vol. 1, n°1, 1985, p. 51-79, disponible sur : < http://www.persee.fr/doc/dreso_0769-3362_1985_num_1_1_884>.

H. T. EDWARDS, « The Effects of Collegiality on Judicial Decision Making », *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 151, n° 5, mai 2003, p. 1639-1690.

R. ENCINAS DE MUNAGORRI, « Quel statut pour l'expert ? », *Revue française d'administration publique*, 2002/33, n° 103, p. 379-389.

J.-C. ESCARRAS,
- « Italie – éléments de référence », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 1987, n° 1, p. 475-550.
- « Les juges constitutionnels – Italie », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 4 1988, 1990, p. 165-181.

P. ESPLUGAS-LABATUT,
- *Les professeurs de droit au Conseil constitutionnel, l'exemple de Georges Vedel*, in *Les facultés de droit inspiratrices du droit ?*, Toulouse : Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, n° 3, 2005, p. 217-225.
- QPC et « gouvernement des juges », in *Le pouvoir, mythes et réalité : mélanges en hommage à Henry Roussillon,* Tome II, Toulouse : Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2014, p. 881-897.

C. FAUGERON, « Justice et opinion publique. L'ère du soupçon », *Pouvoirs*, n° 16, janvier 1981, p. 89-96.

L. FAVOREU,
- « La légitimité du juge constitutionnel », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 46, n° 2, avril-juin 1994, p. 557-581.
- « La notion de Cour constitutionnelle », *in De la Constitution : études en l'honneur de Jean-François Aubert*, Bâle/Francfort-sur-le-Main : Helbing et Lichtenhahn, 1996, p. 15-27.
- « Le Conseil constitutionnel peut-il être soumis à un contrôle du juge administratif ? », *RFDA*, 2003, p. 8-13.

L. FERRY, « Tradition ou argumentation ? Des comités de "sages" aux comités de délibération », *Pouvoirs*, n° 56, janvier 1991, p. 5-21.

L. FONBAUSTIER, « Valeur constitutionnelle de la protection de l'environnement – le Conseil constitutionnel et la liberté d'entreprendre à la lumière des objectifs de valeur constitutionnelle de protection de l'environnement et de la santé », *Droit administratif,* n° 4, avril 2020, p. 23-26.

L. FONTAINE, « Qui a peur d'une juridiction constitutionnelle ? », *L'ENA hors les murs*, octobre 2019, disponible sur : <https://www.ledroitdelafontaine.fr/qui-a-peur-du-conseil-constitutionnel/>.

B. FRANÇOIS,
- « Le Conseil constitutionnel et la Cinquième République. Réflexions sur l'émergence et les effets du contrôle de constitutionnalité en France », *Revue française de science politique*, vol. 47, 1997/3-4, p. 377-404.
- « La perception du Conseil constitutionnel par la classe politique, les médias et l'opinion », *Pouvoirs*, n° 105, avril 2003, p. 133-144.
- « Une revendication de juridiction. Compétence et justice dans le droit constitutionnel de la V^e^ République », *Politix*, n° 10-11, 1990/3, p. 92-109.

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. 37-48.
- « Délibération des juges : entre secret et transparence », *Les Cahiers de la Justice*, n° 3, 2014/3, p. 413-421.

M.-A. FRISON-ROCHE,
- « La philosophie du procès, propos introductifs », in *Le procès*, Archives de philosophie du droit, t. 39, Paris : Sirey, 1994, p. 19-23.
- « L'impartialité du juge », *Recueil Dalloz*, 1999, p. 53-57.
- « Principe d'impartialité et droit d'auto-saisine de celui qui juge », *Recueil Dalloz*, 2013, p. 28-33.

M. FROMONT, « Les juges constitutionnels - Allemagne fédérale », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 4-1988, 1998, p. 81-89.

M. GALANTER, « "Pourquoi c'est toujours les mêmes qui s'en sortent bien ?" : réflexions sur les limites de la transformation par le droit », traduction par L. Umubyeyi et L. Israël de l'article « Why the "Haves" Come Out Ahead : Speculations on the Limits of Legal Change », *Droit et société*, 2013/3, n° 85, p. 575-640.

M. GAUCHET *et al.*, « Débat autour de l'ouvrage "L'esprit démocratique des lois" », *RDP*, 1er novembre 2015, n° 6, p. 1477-1494.

L. GAY, « De la "Cour suprême junior" au "dixième membre du Conseil constitutionnel". Le pouvoir des assistants juridiques des juridictions constitutionnelles en question », *Les cahiers de l'Institut Louis Favoreu,* n° 6, 2016, p. 45-59.

B. GENEVOIS,
- « L'influence du Conseil constitutionnel », *Pouvoirs*, n° 49, avril 1989, p. 47-56.
- « La jurisprudence du Conseil constitutionnel est-elle imprévisible ? », *Pouvoirs*, n° 59, novembre 1991, p. 129-142.
- « Secrétaire général du Conseil constitutionnel : un témoignage », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 25, août 2009, disponible sur : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/secretaire-general-du-conseil-constitutionnel-un-temoignage>.
- « La composition du Conseil constitutionnel », *Revue de droit d'Assas*, n° 5, février 2012, p. 89-95.

B. GENEVOIS, R. GRANATA, « Entretien avec M. Renato Granata, Président de la Cour constitutionnelle italienne », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 6, janvier 1999, disponible sur : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/entretien-avec-m-renato-granata-president-de-la-cour-constitutionnelle-italienne>.

P. GERVIER, « La limitation des droits fondamentaux constitutionnels par l'ordre public », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel,* n° 45, octobre 2014, p. 105-112.

J. GICQUEL, P. LIBERTATE, « Le contentieux des élections parlementaires en droit comparé », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 41, octobre 2013, p. 191-199.

M. GIRARD, « Pouvoir et dynamique de groupe », *Nouvelles perspectives en sciences sociales*, vol. 2, n° 2, mai 2013, p. 177-208.

V. GOESEL-LE BIHAN, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel, technique de protection des libertés publiques ? », *Jus Politicum* [en ligne], n° 7, mai 2012.

O. GOHIN, « Qu'est-ce qu'une juridiction pour le juge français ? », *Droits*, n° 9, 1989, p. 93-105.

P. GONOD, « Le vice-président du Conseil d'État, ministre de la juridiction administrative ? », *Pouvoirs,* n° 123, p. 117-132.

P. GONOD, O. JOUANJAN, « Le Conseil constitutionnel peut-il être soumis à un contrôle du juge administratif ? », *RFDA*, 2003, p. 14-22.

A. GOUTTENOIRE, « Cohérence des contrôles de conventionnalité et de constitutionnalité en matière de droit des personnes et de la famille », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 39, avril 2013, p. 63-77.

R. DE GOUTTES, « L'impartialité du juge. Connaître, traiter, juger : quelle compatibilité », *Revue de science criminelle*, 2003, p. 63-77.

C. GREWE, « Le contrôle de constitutionnalité de la loi en Allemagne : quelques comparaisons avec le système français », *Pouvoirs*, n° 137, avril 2011, p. 143-154.

A. GROSSER, « Cours constitutionnelles et valeurs de référence », *Pouvoirs*, n° 13, avril 1980, p. 125-139.

R. GUASTINI, « Michel Troper sur la fonction juridictionnelle », *Droits*, n° 37, 2013/1, p. 111-122.

M. GUILLAUME,
- « Parlement et secret(s) », *Pouvoirs*, n° 97, avril 2001, p. 67-84.
- « Le règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité », *Petites affiches*, n° 38, 23 février 2010, p. 3-11.
- « L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel : vers de nouveaux équilibres ? », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel,* n° 30, janvier 2011, p. 49-75.
- « Question prioritaire de constitutionnalité et Convention européenne des droits de l'homme », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 32, janvier 2011, p. 67-95.
- « Impartialité et loyauté en droit constitutionnel », *Gazette du Palais*, n° 145, 24 mai 2012, p. 32-33.
- « Avec la QPC, le Conseil constitutionnel est-il devenu une Cour suprême ? », *La semaine juridique, éd. générale*, n° 24, 11 juin 2012, p. 1180.
- « Le style du Conseil constitutionnel », *Justice & Cassation : revue annuelle des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation*, 2013, p. 262-286.
- « Question prioritaire de constitutionnalité », *Répertoire de contentieux constitutionnel*, avril 2018, p. 330-335.

S. GUINCHARD, « La gestion des conflits d'intérêts du juge : entre statut et vertu », *Pouvoirs*, n° 147, novembre 2013, p. 79-90.

C. GUSY, « Considérations sur le droit politique », *Jus Politicum* [en ligne], n° 1, décembre 2008.

L. HABIB, « La notion d'erreur manifeste d'appréciation dans la jurisprudence du Conseil », *RDP*, 1986, p. 695-730.

F. HAMON, « Le droit de ne pas naître devant le Conseil constitutionnel », *Petites affiches*, 29 juillet 2010, n° 150, p. 4-9.

J.C. HENAO PEREZ, « La Cour constitutionnelle colombienne, son système de contrôle de constitutionnalité et les évolutions jurisprudentielles récentes », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 34, janvier 2012, p. 205-212.

M. HERONDART, « Le Gouvernement dans la procédure de contrôle de constitutionnalité *a priori* », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel,* n° 50, janvier 2016, p. 5-16.

T. HOCHMANN,
- « Motivation et justice constitutionnelle : le modèle allemand », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 55-56, juin 2017, p. 23-31.
- « La communication de la Cour constitutionnelle allemande, *Annuaire international de justice constitutionnelle*, n° 33-2017, 2018, p. 17-29.

G. HOLZINGER, « La Cour constitutionnelle autrichienne », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 36, juin 2013, p. 183-193.

F. JACQUELOT,
- « Regards comparés sur l'abstention et les récusations au sein du Conseil constitutionnel et de la Cour constitutionnelle italienne : histoire d'une impartialité reprogrammée », *Constitutions*, 2011, p. 347-356.
- « La procédure de la QPC », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 40, juin 2013, p. 7-36.

P. JAN, « Le Conseil constitutionnel », *Pouvoirs*, n° 99, novembre 2001, p. 71-86.

P. JAN, O. PLUEN, « Les anciens présidents de la République, membres de droit du Conseil constitutionnel : un anachronisme bien vivant », *Les petites affiches*, n° 239, 30 novembre 2016, p. 27-37.

A. JEAMMAUD, « Conflit, différend, litige », *Droits*, 2001/2, n° 34, p. 15-20.

J. JEANNENEY, « La non-théorie des "circonstances particulières" », *AJDA*, n° 15, 27 avril 2020, p. 843-847.

O. JOUANJAN, « Le Conseil constitutionnel est-il une institution libérale ? », *Droits*, 2006/1, n° 43, p. 73-90.

E. JOUANNET, « Actualité des questions d'indépendance et d'impartialité des juridictions internationales : la consolidation d'un tiers pouvoir international ? », *in* H. RUIZ FABRI, J.-M. SOREL (dir.), *Indépendance et impartialité des juges internationaux*, Paris : éditions A. Pedone, 2010, p. 271-302.

H. KELSEN, « La garantie juridictionnelle de la Constitution », *RDP*, 1928, p. 197-257.

J.-F. KERLEO, « Déontologie et santé publique en droit constitutionnel », *Médecine & Droit,* 2016, p. 154-161.

D. KESSLER, « Les médias sont-ils un pouvoir ? », *Pouvoirs*, n° 143, novembre 2012, p. 105-112.

M.-C., KESSLER, « L'esprit de corps dans les grands corps de l'État en France », *in* G. J. GUGLIELMI, C. HAROCHE, *L'esprit de corps, démocratie et espace public*, Paris : PUF, 2005, p. 277-298.

L. KLEIN, « Démocratie constitutionnelle et constitutionnalisme démocratique : essai de classification des théories juridiques de la démocratie », *Revue française de droit constitutionnel*, 2017/1, n° 109, p. 121-141.

R. KOERING-JOULIN, « Le juge impartial », *Justices*, n° 10, avril - juin 1998, p. 1-17.

C. KOBELINSKY, « Juger l'homosexualité, attribuer l'asile », *La Vie des idées*, 17 décembre 2015, disponible sur : <http://www.laviedesidees.fr/Juger-l-homosexualite-attribuer-l-asile.html>.

J.-F. KRIEGK, « L'impartialité, contrepartie exigeante de l'indépendance », *Petites affiches*,

n° 137, 12 juillet 1999, p. 5-8.

J.-M. LARRALDE, « Le mariage pour tous est conforme à la Constitution ! Quelques considérations d'un publiciste sur la décision du Conseil constitutionnel du 17 mai 2013 », *Petites affiches*, 4 juillet 2013, p. 5-12.

P. LAUVAUX, « Le contrôle, source du régime parlementaire, priorité du régime présidentiel », *Pouvoirs*, n° 134, septembre 2010, p. 23-36.

M. LAVAINE, « Le discours de la déontologie de la juridiction administrative », *Jus Politicum* [en ligne], n° 18, juillet 2017, p. 355-380.

A.-M. LECIS COCCU-ORTU,
- « L'intervention dans le cadre du contrôle *a posteriori* de la loi en droit français et italien », *RDP*, 2013/2, p. 351-377.
- « QPC et intervention des tiers : le débat contradictoire entre garantie des droits de la défense et utilité des *amici curiae* », *RFDC*, 2015/4, p. 863-886.

P. LEJARD, « Pourquoi les juge prud'homaux doivent rester des juges de "parti-pris" », *Petites affiches*, n° 15, 21 janvier 2015, p. 6-8.

E. LEMAIRE,
- « Dans les coulisses du Conseil constitutionnel. Comment le rôle de gardien des droits et libertés constitutionnellement garantis est-il conçu par les membres de l'institution ? », *Jus Politicum* [en ligne], n° 7, mars 2012.
- « À propos de quelques problèmes juridiques entourant le régime indemnitaire des membres du Conseil constitutionnel », *Jus Politicum* [en ligne], n° 20, décembre 2018.

N. LENOIR, « 1992-2001 : Souvenirs d'une femme au Conseil constitutionnel », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 25, août 2009, disponible sur : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/1992-2001-souvenirs-d-une-femme-au-conseil-constitutionnel>.

A.-M. LE POURHIET, « Pas de changements importants à apporter, mais… », *Revue de droit d'Assas*, n° 5, février 2012, p. 103-106.

D. LOCHAK,
- « Le contrôle de l'opportunité par le Conseil constitutionnel », *in* D. ROUSSEAU, F. SUDRE (dir.), *Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme*, Paris : Éd. STH, 1990, p. 77-115.
- « Le Conseil d'État en politique », *Pouvoirs*, n° 123, novembre 2007, p. 19-32.
- « Le juge administratif auteur de/du droit. Des ressorts de la légitimité aux processus de légitimation », *in* L. FONTAINE (dir.), *Droit et légitimité : actes du colloque organisé par le Centre de recherche sur les droits fondamentaux et les évolutions du droit de l'Université de Caen, avec le soutien du GIP « Droit et justice », les 19 et 20 novembre 2009*, Bruxelles : Nemesis / Bruylant, 2011, p. 161-189.

D. MAIN, « Regard désabusé sur l'acte de juger », *Pouvoirs*, n° 55, novembre 1990, p. 107-121.

J. MAÏA, « Le contrôle des cavaliers législatifs, entre continuité et innovations », *Titre VII* [en ligne], n° 4, avril 2020.

F. MALHIERE, « Le considérant est mort ! Vive les décisions du Conseil constitutionnel ? », *Gazette du Palais*, 24 mai 2016, p. 11.

B. MATHIEU,
- « Le Conseil constitutionnel "législateur positif", ou la question des interventions du juge constitutionnel français dans l'exercice de la fonction législative », *Revue internationale de droit*

comparé, n° 62-2, 2010, p. 507-531.
- « Neuf mois de jurisprudence relative à la QPC. Un bilan », *Pouvoirs*, n° 137, avril 2011, p. 57-71.
- « Les "questions de société" échappent au contrôle de constitutionnalité », *La semaine juridique, éd. générale*, n° 22, 27 mai 2013, p. 1030-1031.

P. MAZEAUD, « 2, rue de Montpensier : un bilan », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 25, août 2009, disponible sur : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-25/2-rue-de-montpensier-un-bilan.51699.html>.

A. MBENGUE, « Propos sur l'empirisme procédural dans le contrôle de constitutionnalité *a priori*. Le cas des "portes étroites" », *Jus Politicum* [en ligne], n° 22, juillet 2019, p. 185-210.

F. MELIN-SOUCRAMANIEN, « Le Conseil constitutionnel, juge électoral », *Pouvoirs*, n° 105, avril 2003, p. 117-131.

J. MEUNIER, « Les décisions du Conseil constitutionnel et le jeu politique », *Pouvoirs*, n° 105, avril 2003, p. 29-40.

M. MILLET (resp. sc.), « Groupes d'intérêt et contrôle de constitutionnalité en France depuis 2010. Conditions de "mobilisations constitutionnelles" et usages du recours à la QPC », *Titre VII* [en ligne], hors-série, octobre 2020.

N. MOLFESSIS,
- « L'irrigation du droit par les décisions du Conseil constitutionnel », *Pouvoirs*, n° 105, avril 2003, p. 89-102.
- « La résistance immédiate de la Cour de cassation à la QPC », *Pouvoirs*, n° 137, avril 2011, p. 83-99.

P. DE MONTALIVET, « QPC et "dialogue des juges" », *RFDC*, 2018/4, n° 116, p. 919-932.

T. MONTERAN, « Groupes de travail sur la réforme de la Justice commerciale : paroles de membres », *Revue Lamy droit des affaires*, juillet - août 2013, p. 19-27.

J. MOREAU, « Rhétorique, dialectique et exigence première », *Logique & Analyse*, vol. 6, n° 21-24, 1963, p. 206-218, disponible sur : <http://virthost.vub.ac.be/lnaweb/ojs/index.php/LogiqueEtAnalyse/article/view/190>.

F. L. MORTON, « Point de vue d'outre-Atlantique sur le Conseil constitutionnel », *Pouvoirs*, n° 46, septembre 1988, p. 127-145.

J.-J. PARDINI, « Question prioritaire de constitutionnalité et question incidente de constitutionnalité italienne : *ab origine fidelis* », *Pouvoirs*, n° 137, avril 2011, p. 101-122.

C. PERELMAN, « La motivation des décisions de justice, essai de synthèse », *in* C. Perelman, P. Foriers, *La motivation des décisions de justice : études*, Bruxelles : Bruylant, 1978, p. 415-426.

N. PERLO, « Les premières récusation au Conseil constitutionnel : réponses et nouveaux questionnements sur un instrument à double tranchant », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, n° XXVII, 2011, p. 61-79.

J.-B. PERRIER, « Le non-renvoi des questions prioritaires de constitutionnalité par la Cour de cassation », *RFDA*, 2011, p. 711-722.

T. PERROUD,
- « L'indépendance des autorités de régulation au Royaume-Uni », *Revue française d'administration publique*, n° 143, 2012/3, p. 735-746.
- « La neutralité procédurale du Conseil constitutionnel », *La Revue des Droits de l'homme* [en ligne], n° 15, 2019.

T. PIAZZON, « Chronique de droit privé », *Les nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 53, octobre 2016, p. 141-153.

E. PISIER, « Vous avez dit indépendantes ? Réflexions sur les AAI », *Pouvoirs*, n° 46, septembre 1988, p. 71-83.

E. PIWNICA, « L'appropriation de la question prioritaire de constitutionnalité par ses acteurs », *Pouvoirs*, n° 137, avril 2011, p. 169-181.

O. PLUEN,
- « La nomination des membres du Conseil constitutionnel à la lumière du discours présidentiel de 2010 pour l'inauguration de la QPC », *Constitutions*, 2019, p. 201-209.
- « Le(s) rôle(s) de contrôle du Conseil constitution et de la juridiction administrative pendant la période d'état d'urgence 2015-2017 : entre progression et limites d'une spécificité française », *Droits,* n° 69, 2019/1, p. 219-241.

J. PRADEL, « La notion européenne de tribunal impartial et indépendant selon le droit français », *Revue de science criminelle*, 1990, p. 692-706.

X. PRÉTOT, « Les validations législatives. De la Constitution à la Convention européenne des droits de l'homme », *RDP*, 1998, p. 11-22.

B. QUENTIN, « L'impartialité du juge : un enjeu pour l'institution judiciaire », *La semaine juridique, éd. générale*, n° 18, 4 mai 2015, p. 913.

B. QUIRINY, « Le Conseil constitutionnel dans les travaux du Comité consultatif constitutionnel de 1958 », *RFDC*, n° 117, 2019/1, p. 145-159.

L. RASCHEL, « Les aspects d'organisation judiciaire dans les décrets sur la justice du XXIe siècle », *Gazette du Palais*, n° 28, 25 juillet 2017, p. 68-70.

M.-J. REDOR-FICHOT,
- « La démocratie dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et dans ses représentations », *in* G. DRAGO, B. FRANÇOIS, N. MOLFESSIS (dir.), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, préface de G. Vedel, Paris : Economica, 1999, p. 345-361.
- « Droits fondamentaux et légitimité », *in* L. FONTAINE (dir.), *Droit et légitimité : actes du colloque organisé par le Centre de recherche sur les droits fondamentaux et les évolutions du droit de l'Université de Caen, avec le soutien du GIP « Droit et justice », les 19 et 20 novembre 2009*, Bruxelles : Nemesis / Bruylant, 2011, p. 73-97.
- « Le Conseil constitutionnel, la question prioritaire de constitutionnalité et les "droits et libertés que la Constitution garantit" », *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, n° 9, 2011, p. 41-53.

T.-S. RENOUX,
- « Le Conseil constitutionnel et le pouvoir judiciaire en France dans le modèle européen de contrôle de constitutionnalité des lois », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 46, n° 3, juillet-septembre 1994, p. 891-899.
- « Le statut des magistrats, garant de la démocratie », *Petites affiches*, n° 121, 18 juin 2003, p. 4-12.

V. REVEILLERE, « "Couvrez ces valeurs que je ne saurais voir" La discussion des valeurs au Conseil constitutionnel (1958-1985) », *RDP*, n° 2, 1er mars 2015, p. 465-498.

B. RIBADEAU DUMAS, « Les carrières dans et hors le Conseil d'État », *Pouvoirs,* n° 123, novembre 2007, p. 73-88.

D. RIBES, « Le réalisme du Conseil constitutionnel », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 22, juin 2007, disponible sur : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/le-realisme-du-conseil-constitutionnel>.

P. RICŒUR, « Morale, éthique et politique », *Pouvoirs*, n° 65, avril 1993, p. 5-17.

J. RIGAUD, « Réflexions sur la notion de consensus », *Pouvoirs*, n° 5, avril 1978, p. 7-14.

J. RIVERO, « Consensus et légitimité », *Pouvoirs*, n° 5, avril 1978, p. 57-64.

A. ROBLOT-TROIZIER,
- « Le non-renvoi des questions prioritaires de constitutionnalité par le Conseil d'État », *RFDA*, 2011, p. 691-710.
- « Question prioritaire de constitutionnalité et interprétations jurisprudentielles ou l'impartialité d'un juge statuant sur la constitutionnalité de sa propre jurisprudence », *RFDA*, 2011, p. 1215-1218.
- « Un concept moderne : séparation des pouvoirs et contrôle de la loi », *Pouvoirs*, n° 143, novembre 2012, p. 89-103.
- « La loi et les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République », *RFDA*, 2013, p. 945-951.
- « La QPC, le Conseil d'État et la Cour de cassation », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 40, juin 2013, p. 49-61.
- « Chronique de droits fondamentaux et libertés publiques », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 41, octobre 2013, p. 245-262.
- « Chronique de droits fondamentaux et libertés publiques », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 46, janvier 2015, p. 105-122.
- « Assignations à résidence en état d'urgence », *RFDA,* 2016, p. 123.
- « Le Conseil constitutionnel et les sources du droit constitutionnel », *Jus Politicum* [en ligne], n° 20-21, juillet 2018, p. 129-141.

A. ROBLOT-TROIZIER, M.-C. ARRETO (resp. sc.), « Vers l'émergence d'un droit processuel constitutionnel ? », *Titre VII* [en ligne], hors-série, octobre 2020.

A. ROSA, « La référence aux travaux parlementaires dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel : un instrument de renforcement de la légitimité du juge et du législateur », *RFDC*, n° 99, 2014/3, p. 641-664.

D. ROSENBERG, « Les anciens Présidents de la République, membres de droit du Conseil constitutionnel : l'impossible retraite », *RDP*, 1985, p. 1263-1317.

G. ROSOUX, « La Cour constitutionnelle de Belgique », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 41, octobre 2013, p. 201-214.

L. ROUBAN, « Le Conseil d'État 1958-2008 – Sociologie d'un grand corps », *Les Cahiers du CEVIPOF,* mai 2008, n° 49, 120 p., disponible sur : <https://spire.sciencespo.fr/hdl:/2441/f0uohitsgqh8dhk97gq3ggla1/resources/publication-pdf-491.pdf>.

D. ROUSSEAU,
- « Le Conseil constitutionnel (1986-1991). Vie de l'institution et politiques jurisprudentielles »,

Pouvoirs, n° 13, avril 1980, p. 199-207.
- « La démocratie continue, espace public et juge constitutionnel », *Le Débat*, n° 96, 1997/4, p. 73-88.
- « L'art italien au Conseil constitutionnel : les décisions des 6 et 14 octobre 2010 », *La Gazette du Palais,* 27 octobre 2010, n° 293-294, p. 12-15.
- « Le procès constitutionnel », *Pouvoirs*, n° 137, avril 2011, p. 47-55.
- « De quoi le Conseil constitutionnel est-il le nom ? », *Jus Politicum* [en ligne], n° 7, mars 2012.
- « Pour les opinions séparées », *in* P.-Y. GAHDOUN (dir.), J. BONNET (dir.), *La QPC, une révolution inachevée ?,* Institut Universitaire Varenne, 2016, p. 91-96.
- « Enfin une bonne nouvelle : le principe de fraternité existe ! », *Gazette du Palais*, n° 26, 17 juillet 2018, p. 12.

M. ROUYER, « La politique par le droit », *Raisons politiques*, 2003/1, n° 9, p. 65-80.

J. ROUX,
- « Le Conseil constitutionnel et le bon samaritain », *AJDA*, 2018, p. 1781-1786.
- « La jurisprudence du Conseil constitutionnel – mise en perspective avec la CEDH – sur les validations législatives et les autres lois rétroactives », *Titre VII* [en ligne], n° 5, octobre 2020.

F. SAINT-BONNET, « L'ironie du sort », *Revue de droit d'Assas*, n° 5, février 2012, p. 99-102.

D. SALAS, « Le procès », *Droits*, 2001/2, n° 34, p. 29-38.

S. SALLES, « L'activation d'un fondement constitutionnel : le principe de "fraternité" », *Gazette du Palais*, n° 40, 20 novembre 2018, p. 37-38.

J.-É. SCHOETTL,
- « Les coulisses du contrôle de constitutionnalité en France », *Justice & Cassation,* 2007, p. 157-169.
- « Jusqu'où formaliser la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel ? », *in* M. AMELLER et *al.*, *Constitutions et pouvoirs. Mélanges en l'honneur de Jean Gicquel*, avant-propos de P. GELARD, Paris : Montchrestien, 2008, p. 537-543.
- « Ma cinquantaine rue de Montpensier », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 25, novembre 2008, disponible sur : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/cahiers-du-conseil-constitutionnel-n-25-novembre-2008>.

O. SCHRAMECK,
- « Le secrétariat général du Conseil constitutionnel », *RFDA*, 1994, p. 1210-1213.
- « Les aspects procéduraux des saisines », in *Vingt ans de saisine parlementaire du Conseil constitutionnel – journée d'études du 16 mars 1994*, Paris : Economica ; Aix-en-Provence : PUAM, 1995, p. 81-89.

C. SEVERINO, H. ALCARAZ (resp. sc.), « La QPC, outil efficace de protection des personnes en situation de vulnérabilité », *Titre VII* [en ligne], hors-série, octobre 2020.

M. SOMERHAUSEN, « La motivation et la mission normative du juge », *in* C. PERELMAN, P. FORIERS, *La motivation des décisions de justice : études*, Bruxelles : Bruylant, 1978, p. 23-36.

B. STIRN, « Constitution et droit administratif », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 37, octobre 2012, p. 5-19.

H. SURREL,
- « Conseil constitutionnel et jurisprudence de la CEDH », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 41, octobre 2013, p. 311-316.
- « Conseil constitutionnel et jurisprudence de la Cour EDH », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel,* n° 55-56, juin 2017, p. 265-282.
- « Conseil constitutionnel et jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Titre*

VII [en ligne], n° 1, septembre 2018.

D. SZYMCZAK, « Question prioritaire de constitutionnalité et Convention européenne des droits de l'Homme : l'européanisation "heurtée" du Conseil constitutionnel français », *Jus Politicum* [en ligne], n° 7, 2012.

P. TERNEYRE, D. DE BECHILLON, « Le Conseil d'État, enfin juge ! », *Pouvoirs*, n° 123, novembre 2007, p. 61-72.

É. THIERS, « La majorité contrôlée par l'opposition : pierre philosophale de la nouvelle répartition des pouvoirs ? », *Pouvoirs*, n° 143, novembre 2012, p. 61-72.

M. TROPER,
- « La motivation des décisions constitutionnelles », *in* P. Foriers, C. Perelman, *La motivation des décisions de justice : études*, Bruxelles : Bruylant, 1978, p. 287-302.
- « Le pouvoir des juges constitutionnels », *La vie des idées*, 7 avril 2010, disponible sur : <http://www.laviedesidees.fr/Le-pouvoir-des-juges.html>.
- « Droit ou légitimité », *in* L. FONTAINE (dir.), *Droit et légitimité : actes du colloque organisé par le Centre de recherche sur les droits fondamentaux et les évolutions du droit de l'Université de Caen, avec le soutien du GIP « Droit et justice », les 19 et 20 novembre 2009*, Bruxelles : Nemesis / Bruylant, 2011, p. 363-378.

F. TULKENS, S. VAN DROOGHENBROECK, « La double vie du juge est-elle compatible avec son impartialité ? », in *Liber amicorum Paul Martens, L'humanisme dans la résolution des conflits. Utopie ou réalité ?,* Bruxelles : Larcier, 2007, p. 485-509.

G. TUSSEAU,
- « La fin d'une exception française ? », *Pouvoirs*, n° 137, avril 2011, p. 5-17.
- « Le gouvernement [contraint] des juges. Les juges constitutionnels face au pouvoir de réplique des autres acteurs juridiques – ou l'art partagé de ne pas pouvoir avoir toujours raison », *Droits*, n° 55, 2012/1, p. 41-84.
- « Façonner le "gardien de la conscience". Les présidents des États-Unis et les juges de la Cour suprême », *Pouvoirs*, n° 150, septembre 2014, p. 53-68.

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. 149-159.
- « Neuf ans au Conseil constitutionnel », *Le débat*, n° 55, mars-août 1989, disponible sur : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/le-conseil-constitutionnel/les-membres-du-conseil/les-membres-depuis-1959/temoignages-d-anciens-membres/neuf-ans-au-conseil-constitutionnel.25707.html>.
- « Le hasard et la nécessité », *Pouvoirs*, n° 50, septembre 1989, p. 15-30.
- « L'accès des citoyens au juge constitutionnel. La porte étroite », *La Vie Judiciaire*, n° 2344, 11-17 mars 1991, p. 1 et p. 13-14.
- « Réflexions sur quelques apports de la jurisprudence du Conseil d'État à la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *in Mélanges René Chapus : droit administratif*, Paris : Montchrestien, 1992, p. 647-671.
- « Réflexions sur les singularités de la procédure devant le Conseil constitutionnel », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? : mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Paris : Dalloz, 1995, p. 537-556.
- « Excès de pouvoir législatif et excès de pouvoir administratif (II) », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 2, mai 1997, disponible sur : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/exces-de-pouvoir-administratif-et-exces-de-pouvoir-legislatif-ii>.

M. VERPEAUX,
- « La procédure contradictoire et le juge constitutionnel », *RFDA*, 2001, p. 339-352.

- « Les avatars récents de l'indépendance des membres du Conseil constitutionnel », *in Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Paris : Dalloz, 2007, p. 969-980.

A. VIDAL-NAQUET, « Le renouveau de l'opposition », *Pouvoirs*, n° 146, septembre 2013, p. 133-147.

P. WACHSMANN, « Sur la composition du Conseil constitutionnel », *Jus Politicum* [en ligne], n° 5, décembre 2010.

M. WALINE, « Éléments d'une théorie de la juridiction constitutionnelle en Droit positif français », *RDP*, 1928, p. 441-462.

J. WALTHER, « L'indépendance des autorités de régulation en Allemagne », *Revue française d'administration publique*, n° 143, 2012/3, p. 693-706.

E. ZOLLER, « Les réformes inachevées de la motivation des arrêts de la Cour suprême des États-Unis », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel,* n° 55-56, juin 2017, p. 57-67.

VI. Articles en langue étrangère

L. W. ABRAMSON, « Deciding Recusal Motions: Who Judges the Judges? », *Valparaiso University Law Review*, vol. 28, n° 543, 1994, disponible sur : <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=999427>.

D. L. BASSETT, « Recusal and the Supreme Court », *Hastings Law Journal*, vol. 56, n° 4, 2005, art. 2, disponible sur : <https://repository.uchastings.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3585&context=hastings_law_journal >.

R. BIN, « Sull'imparzialità dei giudici costituzionali », *Giurisprudenza costituzionale*, 2009, p. 4015, disponible sur : <http://www.robertobin.it/ARTICOLI/ricusazione.pdf>.

P. M. COLLINS JR., « Friends of the Court : Examining the Influence of *Amicus Curiae* Participation in U.S. Supreme Court Litigation », *Law & Society Review*, vol. 38, n° 4, 2004, p. 807-832.

R. E. DAVIES, « The reluctant recusants: two parables of Supreme judicial disqualification », *The Green Bag*, vol. 10, n° 1, automne 2006, p. 79-107, disponible sur : <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=945552>.

A. ORR LARSEN, N. DEVINS, « The Amicus Machine », *Virginia Law Review*, 2016, vol. 102, p. 1901-1968.

O. M. FISS, « Objectivity and interpretation », *Faculty Scholarship Series*, 1982, disponible sur : <https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1217/>.

S. A. IFILL, « Do Appearances Matter ?: Judicial Impartiality and the Supreme Court in Bush v. Gore », *Maryland Law Review*, vol. 61, n° 3, p. 622, disponible sur : <https://core.ac.uk/download/pdf/56358213.pdf>

J. M. KANG, « John Locke's political plan, or, there's no such thing as judicial impartiality (and it's a good thing, too », *Vermont Law Review*, n° 29, 2005/1, disponible sur : <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=553382>.

R. F. NAGEL, « Partiality and Disclosure in Supreme Court Opinions », *Northwestern Journal of Law & Social Policy*, 2012, vol. 7, n° 1, art. 4. disponible sur : <http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/njlsp/vol7/iss1/4>.

R. A. POSNER, « The Meaning of Judicial Self-Restraint », *Indiana Law Journal*, vol. 59, n° 1, 1983, art. 1.

VI. Divers

Site du Conseil constitutionnel

M. AMELLER, « Principes d'interprétation constitutionnelle et autolimitation du juge constitutionnel », discours prononcé à l'occasion d'une rencontre organisée par l'OCDE à Istanbul, 1998, p. 6-7, disponible sur : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/princip.pdf>.

O. DUTHEILLET DE LAMOTHE, « L'influence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le Conseil constitutionnel », contribution prononcée à l'occasion de la visite du Président et d'une délégation de la Cour européenne des droits de l'homme au Conseil constitutionnel, 13 février 2009, disponible sur : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/publications/contributions-et-discours/2009/l-influence-de-la-cour-europeenne-des-droits-de-l-homme-sur-le-conseil-constitutionnel.147126.html>.

M. GUILLAUME, « Guy Carcassonne et le Conseil constitutionnel », intervention lors d'un colloque en hommage à Guy Carcassonne au Conseil constitutionnel le 10 avril 2014, disponible sur : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/colloque-hommage-a-guy-carcassonne/guy-carcassonne-et-le-conseil-constitutionnel>.

A. LANCELOT, « Éloge de la sagesse », 27 mai 2001, disponible sur : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-membres/eloge-de-la-sagesse>.

N. LENOIR, « Le métier de juge constitutionnel », extrait de "Le débat", n°114, mars-avril 2001, disponible sur : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/le-conseil-constitutionnel/les-membres-du-conseil/les-membres-depuis-1959/temoignages-d-anciens-membres/le-metier-de-juge-constitutionnel.25704.html>.

P. MAZEAUD, « La place des considérations extrajuridiques dans l'exercice du contrôle de constitutionnalité, discours prononcé à Erevan, 29 septembre – 2 octobre 2005, disponible sur : < https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/pdf/Conseil/20051001erevan.pdf>.

SERVICES DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL, « État de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur le droit d'amendement », juillet 2007, disponible sur : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/pdf/Conseil/droitamd.pdf>.

Site du Conseil d'État

CONSEIL D'ÉTAT, *Étude annuelle – Le droit souple*, 2013, disponible sur : <https://www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/144000280.pdf>.

CONSEIL D'ÉTAT, *Vade-mecum sur la rédaction des décisions de la juridiction administrative*, 10 décembre 2018, disponible sur : <https://www.conseil-etat.fr/actualites/actualites/juridiction-administrative-nouveaux-modes-de-redaction-des-decisions>.

CONSEIL D'ÉTAT, *Charte de déontologie des membres de la juridiction administrative*, version 2020, disponible sur : <https://www.conseil-etat.fr/le-conseil-d-etat/organisation/deontologie-des-membres-de-la-juridiction-administrative>.

B. STIRN, « Ordre public et libertés publiques », Intervention du 17 septembre 2015 lors du colloque sur l'Ordre public, organisé par l'association française de philosophie du droit les 17 et 18 septembre 2015, disponible sur : <https://www.conseil-etat.fr/actualites/discours-et-interventions/ordre-public-et-libertes-publiques>.

GROUPE DE TRAVAIL SUR LA REDACTION DES DECISIONS DE LA JURIDICTION ADMINISTRATIVE, *Rapport final*, avril 2012, disponible sur : <https://www.conseil-etat.fr/actualites/actualites/groupe-de-travail-sur-la-redaction-des-decisions-de-la-juridiction-administrative-rapport-final>.

Site de la Cour de cassation

C. ARENS, « Discours du 10 janvier 2020 », Audience de début d'année judiciaire 2020, disponible sur : < https://www.courdecassation.fr/publications_26/prises_parole_2039/discours_2202/premiere_presidente_9506/debut_annee_44206.html>.

COMMISSION DE MISE EN ŒUVRE DE LA REFORME DE LA COUR DE CASSATION, *Note relative à la structure des arrêts et avis et à leur motivation en forme développée*, décembre 2018, disponible sur : <https://www.courdecassation.fr/IMG///NOTE%20MOTIVATION%2018%2012%202018.pdf>.

CONSEIL SUPERIEUR DE LA MAGISTRATURE, *Recueil des obligations déontologiques des magistrats*, 16 janvier 2019, disponible sur : <http://www.conseil-superieur-magistrature.fr/publications/recueil-des-obligations-deontologiques/recueil-des-obligations-deontologiques-des-0>.

SERVICE DE DOCUMENTATION, DES ETUDES ET DU RAPPORT DE LA COUR DE CASSATION, BDP, *Les modifications de rédaction et de motivation des décisions du Conseil constitutionnel*, décembre 2016 (version actualisée au 27 avril 2017), disponible sur : <https://www.courdecassation.fr/IMG/36_SDER_BDP_Redaction_motivation_CC_1216.pdf>.

Site de cours constitutionnelles étrangères

BUNDESVERFASSUNGSGERICHT, *Code of Conduct for the Justices of the Federal Constitutional Court*, novembre 2017, disponible en anglais sur : < https://www.bundesverfassungsgericht.de/EN/Richter/Verhaltensleitlinie/Verhaltensleitlinien_node.html>.

P. MARTENS, E. DERYCKE, M. PARISSE, R. MOERENHOUT, *Rapport annuel 2009*, Cour constitutionnelle de Belgique, 2010, disponible sur : <http://www.const-court.be/public/jvra/f/jvra-2009f.pdf>.

Blogs

L. FONTAINE, P. MURY, T. PERROUD, C. YTURBIDE, « Cherche éthique désespérément au Conseil constitutionnel », *Blog Les invités de Mediapart,* 6 juillet 2020.

F. JOHANNES, « Premières demandes de récusation au Conseil constitutionnel », *Libertés surveillées*, 31 mai 2011, disponible sur : <http://libertes.blog.lemonde.fr/2011/05/31/premieres-demandes-de-recusation-au-conseil-constitutionnel/>.

J.-F. KERLEO, « La déclaration d'intérêts en a-t-elle un ? », *JP Blog*, 28 février 2020.

E. LEMAIRE, « Régime indemnitaire des membres du Conseil constitutionnel : le Gouvernement refuse la transparence », *JP Blog*, 11 avril 2019.

R. LETTERON,
- « Nicolas Sarkozy, la Syrie, et le Conseil constitutionnel », *Libertés, libertés chéries,* 12 août 2012.
- « Les cumuls de Laurent Fabius », *Libertés, libertés chéries*, 19 novembre 2017.
- « QPC Bygmalion : Nicolas Sarkozy en route vers le tribunal correctionnel », *Libertés, libertés chéries*, 17 mai 2019.

M. LOMBARD, « Une démolition du Conseil constitutionnel par son ancien président », *JP Blog*, 30 mai 2016.

T. PERROUD, « Le Conseil constitutionnel contre la transparence », *JP Blog*, 16 décembre 2016.

Autres

P. AMSELEK, « La teneur indécise du droit », rapport présenté lors d'un colloque sur *Le doute et le droit* à la Cour d'Appel de Paris le 12 avril 1991, disponible sur : <http://paul-amselek.com/textes/teneur_indecise_droit.pdf>.

CLUB DES JURISTES, « La régulation des contentieux devant les cours suprêmes », Rapport de la Commission Constitution et Institutions, octobre 2014, 192 p., disponible sur : <https://www.leclubdesjuristes.com/wp-content/uploads/2014/10/CDJ_Rapports-2014_Cours-suprêmes_Oct.2014_Web.pdf>.

E. LEMAIRE, « Propositions pour une réforme du régime indemnitaire des membres du Conseil constitutionnel », *Observatoire de l'éthique publique.com*, 26 juin 2020, disponible sur : < https://www.observatoireethiquepublique.com/propositions-pour-une-reforme-du-regime-indemnitaire-des-membres-du-conseil-constitutionnel/>.

F. MALHIERE, « L'élaboration des décisions des cours constitutionnelles et européennes », Recherche réalisée avec le soutien de la Mission de recherche Droit et Justice, mai 2017, 352 p., disponible sur : <http://www.gip-recherche-justice.fr/wp-content/uploads/2017/07/15.05-RAPPORT-FINAL-définitif.pdf>.

PROJET ARCADIE, « Lutte contre la corruption des élus : le cas de la Haute Autorité pour la Transparence dans la vie Publique », janvier 2019, 22 p., disponible sur : <https://projetarcadie.com/sites/default/files/pa_corruption_hatvp.pdf>.

A. ROBLOT-TROIZIER, ASSEMBLEE NATIONALE, « Un nouvel élan pour la déontologie parlementaire », rapport annuel remis au Président et au Bureau de l'Assemblée nationale, 14 et 30 janvier 2019, 244 p., disponible sur : < http://www2.assemblee-nationale.fr/static/15/deontologue/rapport_activite_300119.pdf>.

E. TAWIL, « L'organe de justice constitutionnelle – aspects statutaires », *Actes du VIème Congrès de l'AFDC, juin 2005*, disponible sur : < http://www.droitconstitutionnel.org/congresmtp/textes5/TAWIL.pdf>.

VII. Articles de presse

(par ordre chronologique)

« Les anciens présidents de la République ne prêteront pas serment au Conseil constitutionnel », *Le Monde*, 9 février 1959.

C. EISENMANN, « Palindromes ou stupeur ? », *Le Monde*, 5 mars 1959.

J. FAUVET, « Mérites et limites du Conseil constitutionnel », *Le Monde*, 6 mars 1962.

« M. Edmond Michelet se démettra de son mandat de membre du Conseil constitutionnel », *Le Monde*, 16 mars 1967.

« M. François Mitterrand : c'est l'institution même du Conseil constitutionnel que je mets en cause », *Le Monde*, 21 juillet 1967.

M. PROUZET, « Le gouvernement des juges », *Le Monde*, 2 août 1971.

G. VEDEL, « Le Conseil constitutionnel n'est pas Madame Soleil », *Le Monde*, 30 décembre 1971.

F. LUCHAIRE, « Le Conseil constitutionnel en accusation », *Le Monde*, 21 août 1978.

G. VEDEL, « Les 20% de femmes et la Constitution », *Le Monde*, 3 février 1979.

J. SAVIGNEAU, « M. Peyrefitte et le "fantasme du gouvernement des juges" », *Le Monde*, 21 mai 1979.

J. ROBERT, « Le "bloc de constitutionnalité" », *Le Monde*, 19 janvier 1982.

J. ROBERT, « Comment n'être plus qu'un "sage" » ?, *Le Monde*, 23 novembre 1982.

P. MARCILHACY, « Plus de gouvernement des juges ! », *Le Monde*, 16 décembre 1982.

A. LAIGNEL, « Le gouvernement des juges ? », *Le Monde*, 27 janvier 1983.

M. KAJMAN, « Péripéties avant la tempête ? », *Le Monde*, 25 janvier 1984.

« Un cas de figure inédit », *Le Monde*, 2 août 1984.

M. DUVERGER, « Une fraude à la Constitution ? », *Le Monde*, 22 février 1986.

« La majorité appréhende un "gouvernement des juges" », *Le Monde*, 21 juin 1986.

« Qui est le Conseil constitutionnel ? », *Le Monde*, 6 septembre 1986.

M. KAJMAN, « Gouvernement des juges, gouvernement sans juges », *Le Monde*, 20 novembre 1986.

« Du simple particulier à la volonté générale. Variations sur le rôle du Conseil constitutionnel », *Le Monde*, 5 mars 1987.

G. PARIS, « M. Dailly, un sénateur hostile au "gouvernement des juges" », *Le Monde*, 24 février 1995.

T. BREHIER, « Cinq membres du Conseil constitutionnel ont demandé à M. Dumas de prendre du "recul" », *Le Monde*, 24 mars 1999.

L. VAN EECKHOUT, « Une délégation du PS contre la loi Perben 2 reçue par le Conseil constitutionnel », *Le Monde*, 14 février 2004.

B. GURREY, J.-B. DE MONTVALON, « Simone Veil, en congé du Conseil constitutionnel, va se lancer dans le sauvetage du oui », *Le Monde*, 23 avril 2005.

P. ROGER, « Le Conseil constitutionnel valide la mise en congé de Simone Veil », *Le Monde*, 28 avril 2005.

« M. Debré estime que Simone Veil doit "démissionner" du Conseil constitutionnel », *LeMonde.fr*, 6 mai 2005.

J.-B. DE MONTVALON, « Autographes, photos et peu de meetings... La campagne de Simone Veil, icône de l'Europe », *Le Monde*, 25 mai 2005.

V. GISCARD D'ESTAING, « Réflexions sur la crise de l'opinion à l'égard de l'Europe », *Le Monde*, 14 juin 2005.

J. COIGNARD, « Vincent Lamanda, un premier magistrat qui file droit », *Libération*, 31 mai 2007.

J. CHIRAC, « Vérité sur les chargés de mission de Paris », *Le Monde*, 21 novembre 2007.

G. LONGUET, H. PORTELLI, « Le renforcement du Conseil constitutionnel est un atout pour mieux légiférer », *Le Monde*, 9 février 2010.

M.-L. BASILIEN-GAINCHE, P. BLACHER, F. CHALTIEL, B. FRANÇOIS, J.-P. HEURTIN, « Le Conseil constitutionnel est, plus que jamais, un vieux club de mâles en fin de carrière politique », *Le Monde*, 15 mars 2010.

F. JOHANNES, « Le Conseil constitutionnel embarrassé par le cas Chirac », *Le Monde*, 10 mars 2011.

P. ROGER, « M. Guaino et des élus de la Droite populaire dénoncent "le gouvernement des juges" », *Le Monde*, 19 avril 2011.

F. JOHANNES, « Premières récusations au Conseil constitutionnel », *Le Monde*, 31 mai 2011.

P. ROGER, « Le Conseil constitutionnel défait la composition du tribunal pour enfants », *Le Monde*, 9 juillet 2011.

M. CHETRIT, « Est-il temps de réformer le Conseil constitutionnel ? », *Le Monde*, 12 octobre 2011.

« Un ex-Sage qualifie de "belle entourloupe" la validation des comptes de campagne de Balladur », *Le Monde*, 1er décembre 2011.

« Interview de J. Robert : "On s'est tous dit qu'il se fichait de nous" », *Le Parisien,* 1er décembre 2011.

« Harcèlement sexuel : quatre "sages" connaissaient le requérant », *Le Monde*, 5 mai 2012.

J. CHIRAC, A. DIOUF, « Urgence à Tombouctou », *Le Monde*, 13 juillet 2012.

« Sarkozy réclame une intervention en Syrie », *Le Monde*, 8 août 2012.

M. COLLET, « Les Sages en font-ils trop ? », *Le Monde*, 4 janvier 2013.

A. POUCHARD, « Le Conseil constitutionnel, une institution très politique », *Le Monde*, 8 janvier 2013.

« Debré écarte la censure du mariage gay », *Le Figaro*, 23 janvier 2013, disponible sur : <http://www.lefigaro.fr/flash-actu/2013/01/23/97001-20130123FILWWW00639-debre-ecarte-la-censure-du-mariage-gay.php>.

G. PERRAULT, « Trois femmes parmi les Sages », *Le Figaro*, 13 février 2013.

« Les "Sages" censurent le bonus-malus sur les tarifs de l'énergie », *Le Monde*, 11 avril 2013.

P. ROGER, « Comment, en 1995, les comptes de campagne de MM. Chirac et Balladur n'ont pas été invalidés », *Le Monde*, 4 juillet 2013.

P. ROGER, « Nicolas Sarkozy démissionne du Conseil constitutionnel », *Le Monde*, 4 juillet 2013.

S. LAURENT, « Pourquoi Sarkozy ne peut pas "démissionner" du Conseil constitutionnel », *Le Monde*, 5 juillet 2013.

R. DE BELLESCIZE, « Contre l'indépendance du Conseil constitutionnel », *Le Monde*, 12 juillet 2013.

E. GROSS, « La réforme du Conseil constitutionnel toujours en "stand-by" », *Le Nouvel Observateur*, 3 octobre 2013.

P. LELONG, « Des "sages" en hiver », *Le Monde*, 3 février 2014.

S. SHAFY, « Supreme Court Justice Sotomayor : "Sometimes You Have To Do the Unexpected" », *Spiegel Online International*, 2 avril 2014, disponible sur : <http://www.spiegel.de/international/world/interview-with-supreme-court-justice-sonia-sotomayor-a-961986.html>.

L. EQUY, « Justice : Jean-Louis Debré rectifie Nicolas Sarkozy », *Libération*, 4 juillet 2014.

P. ROGER, « De retour en politique, Sarkozy ne peut pas démissionner du Conseil constitutionnel », *Le Monde*, 22 septembre 2014.

F. FRESSOZ, « Valéry Giscard d'Estaing : "La France est dans une situation économique catastrophique" », *Le Monde*, 3 décembre 2014.

P. ROGER, « L'homme politique français Jacques Barrot est mort », *Le Monde*, 3 décembre 2014.

AFP, « Des députés socialistes appellent Sarkozy à renoncer à ses privilèges d'ancien président », *Libération*, 4 décembre 2014.

H. BEKMEZIAN, « Lionel Jospin va faire son entrée au Conseil constitutionnel », *Le Monde*, 9 décembre 2014.

LE MONDE.FR AVEC AFP, « François Hollande ne siégera pas au Conseil constitutionnel à la fin de son mandat », *Le Monde*, 12 décembre 2014.

L. EQUY, AGENCE IDE, « Lionel Jospin, un nouveau sage parmi les neuf », *Libération*, 6 janvier 2015.

Y. THREARD, « Interview, Roland Dumas : "J'ai sauvé la République en 1995" », *Le Figaro,* 27 janvier 2015.

P. ROGER, « Marc Guillaume, un haut fonctionnaire précieux », *Le Monde*, 6 mars 2015.

L. CAPLAN, « Does the Supreme Court Need a Code of Conduct ? », *The New Yorker*, 27 juillet 2015, disponible sur : <https://www.newyorker.com/news/news-desk/does-the-supreme-court-need-a-code-of-conduct>.

M. MATHIEU, « Dans les coulisses du Conseil constitutionnel, cible des lobbies », *Mediapart.fr*, 4 novembre 2015.

S. ROGER, « Laurent Fabius entend rester président de la COP même s'il entre au Conseil constitutionnel », *Le Monde,* 10 février 2016.

S. ROGER, S. LANDRIN, R. BARROUX, « Ségolène Royal reprend "la totalité du dossier climatique" », *Le Monde.fr*, 11 février 2016.

P. ROGER, « COP et Conseil constitutionnel : les deux fonctions de Laurent Fabius sont-elles compatibles ? », *Le Monde*, 11 février 2016.

L. FONTAINE, A. SUPIOT, « Pour une vraie réforme du Conseil constitutionnel », *Le Monde,* 15 juin 2017.

AFP, « Pour Laurent Fabius, il y a "alerte rouge" sur le climat », *LCP.fr*, 14 novembre 2017.

C. RATH, « Benimm-Regeln für Verfassungsrichter », *Legal Tribune Online*, 5 janvier 2018, disponible sur : <https://www.lto.de/recht/justiz/j/bverfg-verhaltensrichtlinien-richter-ethik-code-ansehen-bevoelkerung/>.

J. IWANIUK, « La Cour suprême polonaise entre en résistance », *Le Monde,* 5 juillet 2018.

C. DUCOURTIEUX, J. IWANIUK, « Pologne : la Cour de justice de l'UE réclame la suspension de la loi sur la Cour suprême », *Le Monde*, 18 décembre 2018.

G. TABARD, « Depuis soixante ans, qui siège au Conseil constitutionnel ? », *Le Figaro*, 17 février 2019 (mis à jour le 18 février 2019).

D. ROUSSEAU, « Donner au Conseil constitutionnel des "yeux juridiques" », *AOC.media*, 22 février 2019.

L. SPONCHIADO, « Les parlementaires peuvent contrôler et refuser les nominations du Président, ils ne le font pas assez », *Huffingtonpost.fr*, 1er mars 2019.

« À la veille de son départ, Juppé affiche sa proximité avec Macron », *Challenges.fr*, 1er mars 2019.

C. LHAÏK, E. MANDONNET, « Interview de Laurent Fabius : "Nous rendons des décisions, pas des services" », *L'express*, 5 juin 2019.

P. JANUEL, « Le lobbying devant le Conseil constitutionnel : derrière les portes étroites », *Dalloz-actualité.fr*, 17 juillet 2019.

A. LEVADE, « Justice : le retour des vieux démons », *L'express*, 25 septembre 2019.

S. MANDARD, « Pesticides interdits : révélations sur le lobbying des industriels jusqu'au sommet de l'État », *Le Monde*, 28 janvier 2020.

« John Roberts Is No Pro-Choice Hero », *The New York Times,* 29 juin 2020, disponible sur : <https://www.nytimes.com/2020/06/29/opinion/supreme-court-abortion.html?smtyp=cur&smid=tw-nytopinion>.

S. MANDARD, « L'UE a autorisé l'exportation de plus de 80 000 tonnes de pesticides pourtant interdits au sein de l'Union », *Le Monde,* 10 septembre 2020.

A. LIPTAK, « Barrett's Record : A Conservative Who Would Push the Supreme Court to the Right », *The New York Times,* 15 octobre 2020, disponible sur : <https://www.nytimes.com/article/amy-barrett-views-issues.html>.

E. GUEGUEN, S. TRONCHET, CELLULE INVESTIGATION DE RADIO FRANCE, « Présidentielles 1995 : quand le Conseil constitutionnel a manœuvré pour "sauver" le Président Chirac », *Franceculture.fr,* 20 octobre 2020, disponible sur : < https://www.franceculture.fr/politique/presidentielle-1995-quand-le-conseil-constitutionnel-a-manoeuvre-pour-sauver-le-president-chirac>.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION GÉNÉRALE *1*

PARTIE I. LA PARTIALITÉ MESURÉE *45*

TITRE I. UN RISQUE INHÉRENT AU CONTRÔLE DE CONSTITUTIONNALITÉ 47

Chapitre I. Un risque existant dans l'interprétation de la Constitution 49

Section I. Les textes constitutionnels, objets dans les mains du juge 50

§I. L'existence du cadre 50

§II. La relativité du cadre 54

A. Une liberté dans la détermination de l'étendue de la compétence 55

B. Une liberté dans la détermination des principes et règles applicables 56

Section II. Un environnement juridique contraignant 63

§I. La tradition juridique existante 64

A. Le cadre interne : l'influence du juge administratif 65

B. Le cadre européen : l'influence du juge de Strasbourg 68

§II. La jurisprudence du Conseil constitutionnel 71

A. Le respect du précédent comme limite à la liberté interprétative du juge 72

B. Les limites de la contrainte du précédent 77

Chapitre II. Un risque existant dans l'appréciation de la constitutionnalité de la loi 83

Section I. L'impact relatif des critères d'appréciation sur la liberté d'appréciation du Conseil 85

§I. L'appréciation du juge constitutionnel conditionnée par les critères 85

A. Des critères d'appréciation posés par la Constitution 85

B. Des critères largement complétés par la jurisprudence 89

1. L'organisation des pouvoirs publics précisée 90

2. Le contrôle des atteintes aux droits et libertés rationalisé 91

§II. Les limites de la rationalisation opérée par les critères 94

A. L'impuissance des critères à réduire la complexité de la réalité 94

B. Des critères reflétant le relativisme de l'appréciation constitutionnelle 98

Section II. L'impact ambivalent de la contrainte de légitimité sur le risque de partialité 106

§I. La spécificité de la contrainte de légitimité pesant sur le Conseil 107

A. Une légitimité essentiellement matérielle 107

B. Une légitimité dépendant de nombreux acteurs 112

§II. La réponse du Conseil constitutionnel à la contrainte : les moyens de légitimation 114

A. Force et limites de la motivation comme contrainte pesant sur l'appréciation 115

B. Les ambiguïtés de la retenue dans l'appréciation 120

1. L'ambiguïté générale du contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation.....122
2. L'ambiguïté spécifique dans l'examen des questions de société.....127

TITRE II. UN RISQUE LIÉ À LA DOUBLE VIE DES JUGES PARTIELLEMENT APPRÉHENDÉ 137

Chapitre I. La double vie présente limitée par le statut 139
Section I. La « liberté de parole et de mouvement » des anciens Présidents de la République..140
§I. Un statut permettant la superposition des vies.....140
A. Un statut permettant une présence sélective.....140
B. Un régime d'obligations au contenu réduit.....143
§II. Une vie politique incompatible avec la vie de juge constitutionnel.....147
A. La liberté d'expression du politique face aux obligations du juge 147
B. La partialité de V. Auriol : le droit foulé aux pieds.....150
Section II. La vie de juge constitutionnel privilégiée chez les membres nommés 155
§I. Un statut contraignant.....155
A. Un choix de vie imposé par le statut.....156
1. Un régime d'incompatibilités complet 156
2. Une stricte obligation de réserve 161
B. Les tempéraments prévus par le statut.....162
§II. La survivance de la vie politique.....166
A. Une interprétation du statut à géométrie variable.....167
1. La mise en congé et le régime d'incompatibilités 167
2. L'obligation de réserve.....171
B. L'absence de décision du Conseil invalidant ces interprétations personnelles 176
Chapitre II. L'appréhension insuffisante de la double vie passée des juges.....183
Section I. Des outils insuffisants face au risque de partialité lié à la carrière antérieure des juges 184
§I. Le déport, outil perfectible.....184
A. Un outil rudimentaire dans le cadre du contrôle *a priori* 185
1. Une pratique rare et désorganisée jusqu'en 2010.....185
2. Une pratique plus fréquente et mieux formalisée sous l'influence de la QPC 188
B. Un mécanisme du procès dans le cadre de la QPC.....190
1. L'existence d'un cadre.....191
a. Le cadre minimal des textes.....191
b. L'intervention du président du Conseil et du service juridique dans l'évaluation du risque.....192
2. La persistance du risque de partialité.....193
§II. La récusation, outil limité 197
A. Les parties défaillantes face au risque 198

1. L'intérêt de la récusation 198
2. Les défauts de la récusation 201
B. L'hypothétique saisine de la Cour européenne des droits de l'homme 205
Section II. Une approche à faire évoluer 206
§I. Conserver les principes 207
A. Les inconvénients de la défiance 207
B. Le choix de la confiance 210
§II. Adopter une perspective élargie 211
A. Élaborer une liste de causes d'abstention 211
1. Les causes exclues 212
a. Les causes exclues par le Conseil 212
b. La conformité de cette approche à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme 215
2. Les causes retenues 218
a. Réflexion à partir des autres juridictions françaises 218
i. Prendre exemple sur les autres juridictions 218
ii. Prendre en compte les spécificités de la justice constitutionnelle 222
b. Proposition d'une liste de causes d'abstention 224
i. Privilégier le droit souple 224
ii. Se fonder sur les motifs récurrents des déports 225
B. Agir sur l'origine du risque ? La composition du Conseil constitutionnel 230

PARTIE II. L'IMPARTIALITÉ RECHERCHÉE 239

TITRE I. UN JUGE AUX QUALITÉS FRAGILES 241
Chapitre I. Une indépendance à renforcer 243
Section I. Des garanties classiques d'indépendance fortes 243
§I. Les dispositions protégeant l'indépendance personnelle des juges constitutionnels 244
A. Les dispositions s'imposant aux autorités de nomination 244
1. L'inamovibilité 245
2. La durée et le caractère non renouvelable du mandat 247
B. Les dispositions s'imposant au juge lui-même 249
§II. Les dispositions protégeant l'indépendance organique du Conseil 253
A. Une autonomie matérielle 253
B. Une autonomie normative 256
Section II. Les limites du statut d'indépendance 261
§I. Un risque de dépendance organique lié à la place du Conseil au sein du système 261
A. Les vertus de l'interdépendance 262
B. De l'interdépendance à la dépendance : la raison d'État et les questions de société 265

§II. Un risque de dépendance personnelle à circonscrire 272
A. Les juges constitutionnels au cœur des enjeux de pouvoir 272
1. Une proximité avec le monde politique 273
2. Des juges potentiellement sous pression 276
B. Pour une meilleure appréhension des conflits d'intérêts 280
Chapitre II. Une compétence à consolider 289
Section I. Une compétence juridique nécessaire, mais peu garantie par les textes 290
§I. Des garanties textuelles indirectes 290
A. L'absence originelle de condition de compétence 290
B. Les auditions parlementaires : une garantie contre l'incompétence manifeste 294
§II. Quelles compétences au service de l'impartialité du juge ? 298
A. Des compétences juridiques indispensables 298
B. La question des compétences politiques 304
Section II. Les limites des garanties pratiques 308
§I. Les limites des garanties liées à la carrière antérieure des juges 308
A. Une compétence en droit majoritairement garantie 308
1. Des juges ayant bénéficié d'une formation en droit 309
2. Une majorité de juristes expérimentés, une minorité de cas problématiques 310
B. Une compétence en contentieux constitutionnel non garantie 316
§II. Les limites des garanties liées à la carrière de conseiller 319
A. L'apprentissage au sein du Conseil : une garantie insuffisante de compétence 319
B. Les dangers d'une compétence reposant trop largement sur les « collaborateurs » 321
1. Une place laissée à l'expression d'une partialité voilée 322
2. Une nécessaire professionnalisation des juges constitutionnels 328
TITRE II. UN PROCÈS EN CONSTRUCTION 339
Chapitre I. Les avancées de la contradiction 341
Section I. Une contradiction se jouant entre les parties 343
§I. Les déséquilibres du contrôle *a priori* 343
A. Une contradiction étendue, au service de la réflexion des juges 344
B. L'inégalité des armes entre le Gouvernement et les saisissants 350
1. La position privilégiée du secrétariat général du Gouvernement 351
2. Des ajustements possibles 354
a. Les difficultés relatives au rôle du défendeur 354
b. La nécessité de rehausser le rôle joué par le demandeur 356
§II. Une contradiction arrivée à maturité dans le cadre de la QPC 359
Section II. Une contradiction renforcée par les tiers 364
§I. Les enjeux de la contribution des tiers 364

§II. L'apport positif de la contribution des tiers dans le cadre du procès constitutionnel français 368
A. Une égalité des armes perfectible dans le cadre du contrôle *a priori* 368
1. Un mécanisme permettant une réelle ouverture 368
2. La nécessité d'inclure les contributions extérieures dans la procédure 372
B. Une ouverture de la contradiction aux parties intervenantes dans le cadre de la QPC 374
Chapitre II. Les évolutions de la collégialité, du secret et de la publicité 385
Section I. Des failles dans la collégialité 385
§I. Les renforcements possibles au stade de l'instruction 387
A. Une collégialité se jouant essentiellement entre le rapporteur et le secrétariat général 387
B. Des pistes pour approfondir la collégialité entre les juges au stade de l'instruction 392
§II. Les renforcements possibles au stade du délibéré 396
A. Le point culminant de la collégialité 396
B. La collégialité face aux incidents de la vie du Conseil 399
Section II. L'impact incertain d'une publicité accrue sur l'impartialité des juges 404
§I. Une publicité limitée durant la procédure 404
A. Le secret du délibéré au service de l'impartialité des juges 404
B. Une asymétrie dans le secret de l'instruction 407
1. Une qualité protégée au bénéfice de l'impartialité des juges 408
2. Pour une publicité accrue : de la « réunion de travail » à l'audience publique 409
§II. Une publicité élargie une fois la décision rendue 410
A. Un impact seulement indirect sur l'impartialité des juges 411
B. Une publicité accrue au service de l'impartialité des juges ? 412
1. Les vertus idéales d'une publicité accrue 413
2. Des apparences à la réalité 417

CONCLUSION GÉNÉRALE 427

ANNEXE 1 – Tableau des déports dans le cadre du contrôle a priori de 1958 à 2019 435

ANNEXE 2 – Tableaux des déports dans le cadre de la QPC de 2010 à 2019 441

INDEX THÉMATIQUE 471

INDEX DE JURISPRUDENCE 475

BIBLIOGRAPHIE INDICATIVE 493

TABLE DES MATIÈRES 527

L'impartialité du Conseil constitutionnel

L'impartialité est une exigence relative : le juge impartial n'est pas le juge dénué d'opinions, mais celui qui n'a pas *encore* pris parti et qui, donc, conserve sa liberté de réflexion. À l'inverse, le juge partial est celui qui a pris parti *a priori*, de façon prématurée et qui, de ce fait, a perdu cette liberté de réflexion. Cette définition permet d'affirmer que les juges constitutionnels français peuvent être impartiaux s'ils en ont la volonté. Néanmoins, l'impartialité n'est pas seulement affaire de volonté : le juge peut être placé dans une situation favorable ou défavorable à son impartialité. Or, le risque de partialité apparaît fort pour le juge constitutionnel. L'appréciation de la conformité de la loi aux droits et libertés garantis par la Constitution est une opération subjective, portant sur des questions complexes, mettant en conflit des valeurs et laissant donc une large place à l'expression des préjugés individuels des juges. Le risque de partialité connaît cependant certaines limites, car les juges constitutionnels disposent d'outils pour objectiver leur raisonnement et subissent un certain nombre de contraintes juridiques qui réduisent ce risque. La question de l'impartialité du Conseil constitutionnel se pose ensuite en termes de garanties d'impartialité. Or, si l'impartialité est une qualité recherchée par le Conseil, cette recherche doit être approfondie, au bénéfice de son impartialité mais aussi, plus largement de son rôle au sein de la démocratie, en tant que lieu où se discute le sens de la loi et de la Constitution.

Mots clés : collégialité, Conseil constitutionnel, contradictoire, contrôle juridictionnel des lois, démocratie, déport, État de droit, France, impartialité, indépendance, interprétation, motivation, parties, procès, récusation.

Impartiality of the Constitutional Council

Impartiality is a relative principle: an impartial judge is not a judge without individual opinions but a judge who has not decided *yet*, which means that his freedom of thought is intact. In contrast, a partial judge is a judge that has made up his mind and, consequently, lost his freedom of thought. This means that French constitutional judges can be impartial if they want to. However, impartiality is not just a matter of willingness: judges can be placed in a more or less favourable context regarding their impartiality. Indeed, the "risk of partiality" appears to be strong for the Constitutional Council. The appreciation of whether a legislative provision violates the rights and freedoms guaranteed under the Constitution is a subjective operation which leaves plenty of room for the judges' personal bias. This risk can be overcome as constitutional judges possess tools to objectivise their reasoning. They are also subject to many juridical constraints which decrease the "risk of partiality." This thesis also examines the various guarantees aimed at protecting and strengthening the impartiality of French constitutional judges. Those guarantees appear to be fragile. Reinforcing them would be beneficial for the Constitutional Council's impartiality and, more broadly for the role of the Constitutional Council in our democracy, as a forum where constitutional and legislative meaning is discussed.

Keywords: collegiality, Constitutional Council, adversarial principle, judicial constitutionality review, democracy, abstention, Rule of law, France, impartiality, independence, interpretation, motivation, parties to the proceedings, trial, recusal motion.

Discipline : Droit public