



COLLOQUE DU CINQUANTENAIRE DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL

- 3 Novembre 2008 -

« Les membres du Conseil constitutionnel : 1958-2008 »

**Communication de Guy CARCASSONNE
Professeur à l'Université Paris Ouest Nanterre-La Défense**

Je vous remercie, monsieur le Président. Les sujets qui sont impartis à chacun d'entre nous sont heureusement légèrement plus circonscrits, mais j'ai eu la malchance au tirage, de tomber sur « Les membres du Conseil constitutionnel », qui est le sujet que je dois traiter devant les premiers intéressés. Les membres du Conseil constitutionnel sont présents, beaucoup d'anciens membres du Conseil constitutionnel le sont également, de sorte que je me trouve dans une situation assez délicate qui exige beaucoup de tact. Le problème est précisément que je n'en ai aucun. Je préfère commencer - plutôt que de tenter de forcer ma nature - par m'excuser platement et par avance à l'égard de ceux que mes propos pourraient froisser, mais j'ai peur de ne pouvoir faire autrement.

Il y a eu à ce jour 66 membres nommés au Conseil constitutionnel, plus évidemment, les membres de droit. Le portrait-robot est assez simple : le membre nommé - au moment où il l'est - est un homme âgé de 64 ans et 9 mois, et licencié en droit.

Qu'il s'agisse d'un homme est une vérité statistique d'évidence, puisqu'en tout et pour tout, sur 66 membres il n'y a eu à ce jour que 5 femmes, dont la première - comme chacun se le rappelle - ne fut nommée, Madame Noëlle Lenoir, qu'en 1992.

64 ans et 9 mois, c'est de nouveau une moyenne, mais une moyenne qui laisse un éventail sensiblement plus étendu, puisque le benjamin - et d'ailleurs il s'agissait de nouveau d'une benjamine, et de la même - était âgée de 43 ans au moment de sa nomination, là où les doyens (car ils furent deux), l'étaient de 77 ans. Cette moyenne d'âge de 64 ans et 9 mois : près de 65 ans, se situe dans une fourchette somme toute néanmoins assez large.

Le fait qu'il s'agisse la plupart du temps d'un licencié en droit est de nouveau une évidence statistique : c'est le titre, le diplôme universitaire le plus répandu. Néanmoins sur les 66 membres, 14 n'avaient aucune formation juridique initiale, d'aucune sorte. 14 sur 66, cela fait quand même 21 %, soit 1/5^{ème}, ce qui n'est certes pas négligeable.

Donc, cet homme de 64 ans et licencié en droit, a également connu une longévité variable. Bien évidemment, la durée du mandat au Conseil, comme chacun le sait, est de 9 ans. Mais ce « 9 ans »,

qui est la norme, n'empêche pas que neuf sont morts à la tâche¹, ce qui donne à penser qu'elle doit être épuisante ou qu'ils n'étaient pas en excellente santé. Deux ont été frappés par une incompatibilité², deux ont démissionné³. Parmi ceux qui sont morts à la tâche, le plus rapide - si j'ose dire - a été Monsieur Delepine, qui n'a siégé qu'un an, en tout et pour tout. Alors que deux autres, René Cassin et Louis Joxe, ont siégé plus de 11 ans⁴. Ce qui fait que même cette durée moyenne de 9 ans peut en vérité donner lieu à des écarts sensibles.

Enfin, il y a des effets de génération qui peuvent être observés, qui sont à mon avis assez amusants, parfois un peu anecdotiques, mais néanmoins éclairants. Ainsi par exemple, jusqu'en 1983, le Conseil a toujours compté en son sein, au moins un compagnon de la libération⁵. De la même manière - ou de manière différente - une autre observation m'a personnellement à la fois surpris et amusé : il a fallu attendre 1997 et votre nomination, monsieur le Président, pour que pour la première fois pénètre au Conseil constitutionnel, un ancien élève de l'Ecole Nationale d'Administration. 39 ans avant qu'un énarque n'accède au Conseil constitutionnel ! Mais il est vrai que depuis, ils se sont rattrapés.

En revanche, il n'y a évidemment toujours eu au sein du Conseil aucun membre né sous la V^e république. Cela viendra certainement un jour. Quand ? Nous l'ignorons. Une étape a déjà été franchie puisque avec Marc Guillaume, pour la première fois, le Conseil a un Secrétaire général qui lui, est né sous la V^e république. Mais, l'effet de génération aidant, ceci finira par se produire.

Voilà donc quelques éléments statistiques qu'il m'apparaissait amusant de rappeler pour commencer, avant d'aller plus loin. Alors, traiter les membres du Conseil constitutionnel, évidemment avec la manie des plans dont sont atteints les professeurs de droit, aurait pu en suggérer plusieurs, par exemple : ceux qui auraient dû y être, ceux qui n'auraient jamais dû y être. Cela aurait pu faire deux parties. Mais j'ai préféré un plan beaucoup plus banal et beaucoup moins risqué, c'est un Conseil et il est constitutionnel.

I - C'est un Conseil : j'aime beaucoup la définition qu'en donne Littré, du terme de Conseil au sens collectif du terme, bien sûr : « *Nom de différents conseils qui siègent ou siégeaient auprès du souverain.* » Finalement c'est une définition qui, me semble-t-il, s'applique extrêmement bien au Conseil constitutionnel, celui-ci siège auprès du pouvoir constituant souverain pour veiller à ce que ses décisions soient respectées.

Alors, que ce Conseil ne soit pas une Cour, voilà qui évidemment saute aux yeux. Surtout lorsqu'on le compare à ses homologues étrangers. La composition est, de ce point de vue, tout à fait éclairante : sur 66 membres du Conseil, 4 étaient issus de l'autorité judiciaire⁶. C'est-à-dire qu'en tout et pour tout, 4 membres ont été des magistrats de l'autorité judiciaire. Et dans son histoire, dans 50 ans d'histoire, le Conseil a pu passer 27 années sans compter en son sein de représentant de l'autorité judiciaire.

¹ Maurice Delépine décédé en 1959, Henri Rey en 1977, Paul Coste-Floret en 1979, Achille Peretti en 1983, Louis Gros en 1984, Pierre Marcihacy en 1987, Maurice-René Simonnet en 1988, Marcel Rudloff et Etienne Dailly en 1996.

² Georges Pompidou nommé Premier ministre en 1962 et Edmond Michelet élu député en 1967.

³ Bernard Chenot en 1964 et Roland Dumas en 2000.

⁴ Précisément 11 ans et 8 mois pour René Cassin, 11 ans et 4 mois pour Louis Joxe.

⁵ Continûment de 1960 à 1983 avec MM. René Cassin, Gaston Palewski, Jean Sainteny et Achille Peretti.

⁶ MM. Maurice Patin, Georges-Léon Dubois, Jean Cabannes et Guy Canivet.

Il n'y a généralement pas beaucoup de professeurs de droit. Et actuellement, comme chacun sait, il n'y en a aucun. N'y voyez pas une revendication corporatiste, mais simplement une observation au passage.

Ainsi, ces deux corporations qui, un peu partout dans les Cours comparables fournissent l'essentiel du recrutement, ne sont que très marginalement présentes au sein du Conseil constitutionnel. Mais en sens inverse il faut noter, et c'est aussi une singularité qui cette fois-ci est tout à fait à inscrire au crédit du Conseil, que, dans sa composition actuelle, siègent ensemble un ancien Premier président de la Cour de cassation, un ancien Premier président de la Cour des comptes, un ancien Vice président du Conseil d'Etat. De sorte que les trois plus hautes juridictions, par leurs trois plus hauts responsables, sont simultanément représentées au sein de ce Conseil.

Que ce Conseil, dont on vient de voir qu'il n'était pas une Cour, soit effectivement un Conseil, s'observe aussi à la diversité de son recrutement. Il va sans dire que l'on y constate une très forte présence du Conseil d'Etat qui, sauf erreur de ma part, n'a été absent du Conseil que pendant 6 ans sur 50, et plutôt vers les débuts.

Il y a une originalité heureuse qui est la présence de hauts fonctionnaires parlementaires. C'est original, mais cette originalité me paraît très bien venue. Un ancien Secrétaire général du Sénat, deux anciens Secrétares généraux de l'Assemblée nationale⁷, ont apporté ou apportent évidemment à l'Institution une compétence que, sans eux, elle n'aurait certainement pas.

Mais aussi, on trouve au Conseil un peu de tout, dans cette histoire désormais semi séculaire : un journaliste, un pharmacien, un chimiste, une sociologue, auxquels il faut encore ajouter un Saint-Cyrien, un Polytechnicien⁸. Bref, cette diversité détonne indubitablement par rapport à ce que l'on trouve habituellement dans des instances juridictionnelles, mais en revanche elle est assez cohérente avec l'idée même d'un Conseil.

Enfin, il y a aujourd'hui six énarques, en comptant les membres de droit⁹. Ce qui veut dire qu'aujourd'hui ils sont une majorité au sein du Conseil constitutionnel. C'est peut-être ce qui le distingue le plus comme étant un Conseil classique davantage qu'une juridiction.

Pour le reste, il n'en demeure pas moins - et chacun le sait - que la catégorie la plus représentée reste évidemment celle des anciens politiques : soit parlementaires, soit ministres. Encore que même sur ce registre-là, il faut observer que, par exemple, en 2004 aucun ancien parlementaire ou ancien ministre n'a été nommé au Conseil constitutionnel. Au point même que ces anciens parlementaires ou anciens ministres, ou anciens politiques quasi-professionnels dirais-je, dont on a pris l'habitude qu'ils peuplent le Conseil constitutionnel de manière majoritaire, finiraient presque par disparaître. Sans doute va-t-on devoir souhaiter - en tout cas, c'est mon cas - qu'au moins un ancien ministre ou ancien parlementaire, un vrai professionnel de la politique, soit nommé la prochaine fois, sinon nous allons assister à un tarissement de l'espèce, ce qui - et il n'est pas paradoxal pour un professeur de droit de le dire - serait à mon sens un véritable appauvrissement dans la composition du Conseil.

⁷ Respectivement, MM François Goguel, Michel Ameller et Jean-Louis Pezant.

⁸ Respectivement, MM Daniel Mayer, Robert Fabre, Charles Le Coq de Kerland, Mme Dominique Schnapper, MM André Deschamps et Jules Antonini.

⁹ Outre MM Giscard d'Estaing et Chirac, MM Olivier Dutheillet de Lamothe, Pierre Joxe, Pierre Steinmetz et Renaud Denoix de Saint-Marc.

II - Mais ce Conseil donc, qui n'est pas une Cour constitutionnelle, qui n'est pas un Tribunal constitutionnel, ce Conseil est effectivement « constitutionnel ». C'est-à-dire qu'il doit traiter à la fois du juridique et du politique. J'ai toujours beaucoup regretté que dans nos universités on ait abandonné l'ancien vocable de droit politique, celui dont se réclamait Eugène Pierre et qui continue d'exister d'ailleurs dans un certain nombre de pays étrangers, auquel personnellement j'étais très attaché, parce que je le crois très pédagogique, en même temps que très juste. Oui, le droit constitutionnel est un droit politique, et le Conseil conduit évidemment à appliquer celui-ci, avec des gens qui sont tous frottés de politique - certains en sont même carrément enduits, mais tous au moins en sont frottés. Et ceci pose inévitablement les deux questions de la compétence et de l'indépendance.

S'agissant de la compétence, je serais tenté de dire que finalement, et étonnamment, ce n'est pas un vrai problème, ou en tout cas pas un problème grave. Pourquoi ? D'abord, parce que le plus souvent elle est présente, au moins en partie : tous les membres ne sont pas nécessairement compétents en droit, mais tous les membres ne sont pas non plus incompetents : il en est même parfois de très compétents.

En second lieu, le Conseil, le Collège peut toujours s'appuyer - et il ne manque pas de le faire - sur la contribution des services, et en particulier sur le soutien du Secrétaire général. Il y a eu à ce jour, sept Secrétaires généraux du Conseil constitutionnel : six membres du Conseil d'Etat, et un seul de l'autorité judiciaire, Monsieur Bernard Poullain. Mais ces sept Secrétaires généraux ont évidemment - l'un est même resté 21 ans dans la fonction - pesé d'un poids que tout le monde subodore dans le fonctionnement de l'Institution. Toujours est-il que, sans qu'ils deviennent des membres à part entière, ils apportent au fonctionnement de celle-ci un service, avec les personnes qui les entourent, d'une qualité telle que véritablement, je pense que la question de la compétence des membres n'est est que, non pas secondaire, mais en tout cas de moindre importance qu'on pourrait le croire *a priori*. Et de toute façon, je pense personnellement que c'est préférable à la situation dans laquelle ne figureraient au sein du Conseil constitutionnel que des magistrats et professeurs de droit blanchis sous la basoche, qui finiraient par avoir des discussions sans doute passionnantes et élevées, mais qui seraient parfaitement capables de déclencher une guerre civile, pour dire les choses simplement.

Et puis, il y a les effets de l'Institution, qui sont que l'Institution conduit ceux qui y pénètrent à évoluer, à changer au besoin, parfois même à acquérir progressivement la compétence qui pouvait leur manquer à l'origine. On sait qu'ont siégé au Conseil constitutionnel cinq anciens gardes des sceaux¹⁰, mais aussi cinq anciens ministres de l'Intérieur¹¹, comme l'ont pointé malicieusement Pierre Avril et Jean Gicquel¹². Eh oui, les anciens ministres de l'intérieur, à ce jour, ont été aussi nombreux que les anciens gardes des sceaux ! Mais en même temps, y compris pour les ministres de l'Intérieur, quelle évolution spectaculaire a été, comme chacun sait, celle de Roger Frey. Olivier Duhamel le faisait remarquer dans un raccourci saisissant : « *Imaginez un instant que celui qui avait été le ministre de l'Intérieur lors des manifestations de Charonne en 1962 est le même qui, 15 ans plus tard, s'est offusqué de ce que la police pourrait avoir le pouvoir de fouiller des*

¹⁰ Edmond Michelet, Bernard Chenot, Louis Joxe, Robert Lecourt et Robert Badinter.

¹¹ Jean Gilbert-Jules, Pierre Chatenet, Roger Frey, Pierre Joxe et Jean-Louis Debré.

¹² Ces derniers, toutefois, ajoutent à cette liste Maurice Faure, qui a été ministre de l'intérieur du très éphémère gouvernement Pflimlin en mai 1958. Mais il faudrait alors également le faire également figurer comme ministre de la justice puisqu'il a été, durant un mois seulement, dans le premier gouvernement Mauroy de mai-juin 1981.

véhicules. ». C'est assez dire que l'Institution transforme ceux qui y pénètrent et Roger Frey, s'il fut l'exemple, peut-être, le plus spectaculaire, est loin d'en être l'exemple unique.

Alors voilà donc ce qui fait que la compétence finalement s'acquière au fur et à mesure que la mission s'accomplit. La fonction modifie l'organe, en quelque sorte, ou le fait évoluer.

Quant à l'indépendance, rien ne serait plus naïf évidemment, que de croire la politique absente. Mais rien ne serait plus fruste, plus faux sans doute que de la croire omniprésente. Elle est présente évidemment, elle n'est pas celle qui fait l'ensemble des décisions. Ceux des membres - car il en est malheureusement d'incurablement partisans - dont on peut supposer qu'ils manquaient à l'impartialité nécessaire, qui avaient un comportement partisan - je parle évidemment nécessairement au passé - ceux-là ont pu exister, mais se sont trouvés en quelque sorte noyés sous le nombre des autres. Ils n'avaient d'influence que leur propre voix qui certes, dans des cas particuliers pouvait se montrer déterminante, mais qui la plupart du temps ne l'étaient pas, et en tout cas n'étaient jamais influentes. Parce que se montrer partisan au sein du Conseil, c'est discréditer soi-même ses propres propos et donc finalement, le jeu des alternances successives et des décisions contrastées est là, me semble-t-il, pour montrer que le Conseil n'a plus à faire la preuve de son indépendance.

Sans doute, en outre, n'accepterait-on plus aujourd'hui la pratique de celui qui conserva son bureau à l'Élysée¹³ pendant les trois années de sa présence au Conseil.

Au-delà, dans la vie quotidienne de l'institution, et si l'on en croit le témoignage de nombre de ses membres, la différence entre droite et gauche peut être tangible, mais finalement beaucoup moins que celle qui existe entre les membres qui sont travailleurs et ceux qui ne le sont pas...

Alors - et je termine, monsieur le Président rassurez-vous, pour ne pas dépasser le délai imparti - le nouveau mode de sélection changera-t-il quelque chose ? Est-ce que l'audition parlementaire va altérer sensiblement les modes de recrutement ? Je ne le crois pas et il n'est pas fait pour cela. Il est simplement une garantie utile de ce que les autorités de nomination ne présenteront que des candidats présentables. Ce sera un progrès essentiel et il n'y a guère lieu à leur en demander plus.

Reste alors la question taraudante de cette anomalie que sont toujours les membres à vie. Au moins ce colloque aura-t-il servi à une chose déjà acquise : nous avons appris il y a quelques instants pourquoi l'amendement pourtant adopté par le Sénat à l'initiative de Robert Badinter et Hugues Portelli n'a pas été maintenu, et pourquoi en revanche ont été maintenus les membres à vie. Je dois dire que l'explication donnée par le Président de la République ne m'a paru qu'à moitié convaincante, sauf à ce que soient également promis comme futurs membres à vie, les anciens Premiers Ministres. Mais je ne crois pas que ce soit le cas, donc il faudra continuer à s'accommoder de cette étrangeté dans laquelle, à côté de ses 66 membres nommés et présentant les caractéristiques que j'ai essayé de décrire brièvement, continuent de siéger des membres à vie qui n'appellent pas de remarque autre que le rappel de l'incongruité de leur existence.

¹³ M Paul Legatte.