

LES MEMBRES DE DROIT AU CONSEIL CONSTITUTIONNEL, UNE SINGULARITÉ FRANÇAISE

Brigitte VINCENT

Singulier, le Conseil constitutionnel français l'est assurément du point de vue de sa composition. Il se démarque des autres Cours constitutionnelles européennes à deux égards, les neuf membres nommés sont choisis par des autorités politiques sans que ne leur soit imposés de critères relatifs à la qualification juridique¹ ; qui plus est, les anciens présidents de la République sont membres de droit, à vie, du Conseil constitutionnel.

Pourquoi les constituants de 1958 ont-ils opté pour une telle disposition, sans équivalent en Europe ? Il semble que la catégorie des membres de droit ne doive son existence qu'à des raisons conjoncturelles. Les travaux d'élaboration de la Constitution éclairent en effet assez peu sur ses raisons d'être. Les textes des premiers avant-projets révèlent qu'à l'origine le Conseil constitutionnel ne devait être composé que de membres nommés². La disposition selon laquelle les anciens présidents de la République font, de droit, partie du Conseil constitutionnel n'est apparue qu'après les travaux du Conseil interministériel. Elle a donc surgi lors de cette réunion, sans que l'on ne sache très bien comment, faute de documents relatifs aux débats. Si l'initiateur n'est pas connu avec certitude, tous s'accordent à penser qu'il s'agit du président de la République alors en exercice, René Coty, qui aurait songé à son propre avenir...

¹ Selon l'article 56 de la Constitution de 1958, « *Le Conseil constitutionnel comprend neuf membres, dont le mandat dure neuf ans et n'est pas renouvelable. Le Conseil constitutionnel se renouvelle par tiers tous les trois ans. Trois des membres sont nommés par le Président de la République, trois par le Président de l'Assemblée nationale, trois par le Président du Sénat. (...) Le président est nommé par le Président de la République. Il a voix prépondérante en cas de partage* ». Les textes sont muets quant aux critères de choix. La liberté de choix des autorités de nomination est toutefois légèrement conditionnée depuis la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 qui impose de recueillir l'avis de commissions parlementaires qui, dans le cas des nominations présidentielles, peuvent s'opposer au choix du Président à la majorité des 3/5^{ème}. Sur la « politique de désignation des juges constitutionnels », voir Dominique Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, Montchrestien, 8^{ème} ed. 2008

² Loïc Philip a souligné que le texte de l'avant-projet originel, examiné le 8 juillet 1958 par le groupe de travail, disposait que « *Le Conseil constitutionnel comprend neuf membres, quatre d'entre eux sont nommés par le Président de la République, deux par le Président du Sénat, deux par le Président de l'Assemblée Nationale, le neuvième membre est choisi par les autres membres* » ; il relève également que la catégorie des membres de droit ne figure pas non plus dans le texte soumis au Conseil interministériel le 10 juillet 1958. Loïc Philip, « Le Conseil constitutionnel », *L'écriture de la Constitution de 1958, Actes du colloque du XXXème anniversaire*, dir. D. Maus, L. Favoreu, J.L Parodi, Economica, Presses universitaires d'Aix-Marseille, p. 469. Sur cette question, voir aussi Dominique Rosenberg, « Les anciens Présidents de la République, membres de droit du Conseil constitutionnel : l'impossible retraite », *R.D.P* 1995, p. 1263-1317 et Robert Badinter, « Une exception française : les anciens présidents de la République au Conseil constitutionnel », *Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Dalloz, 2007, p. 513-522

Sans doute « taillée sur mesure » pour le Président Coty, la fonction de membre de droit semble avoir été peu discutée par les constituants. Ce n'était certes pas l'un des enjeux majeurs des nouvelles institutions. Qui plus est, elle présentait des utilités politiques. Plusieurs auteurs évoquent les arrière-pensées politiques des constituants, au premier rang desquels le Général de Gaulle et Michel Debré. Conscients du poids politique que le Président de la V^{ème} République serait amené à prendre, ils auraient souhaité neutraliser les anciens présidents en les cantonnant au Conseil constitutionnel³. Élegante façon de s'assurer de leur silence politique... Quoiqu'il en soit, si la fonction de membre de droit a suscité peu de débats c'est sans doute aussi parce qu'elle était dans la cohérence des nouvelles institutions. Elle était dans la logique du rôle accordé au Président de la République qui « *veille au respect de la Constitution* »⁴. De plus – et la raison essentielle est peut-être là – en 1958, le Conseil constitutionnel n'a pas été conçu comme une Cour constitutionnelle⁵. La fonction de contrôle de constitutionnalité des lois ne lui a été attribuée que dans la perspective du respect du domaine de la loi, balisé par l'article 34 de la nouvelle constitution et, comme l'a écrit Charles Eisenmann en 1959, il ne devait être qu'une « *institution de faible importance réelle* »⁶. Dans cette optique, rien ne s'opposait à ce que les anciens présidents de la République siègent dans un Conseil perçu comme une institution mineure.

La catégorie des membres de droit a pourtant soulevé des interrogations, qui ont été en s'accroissant au cours de la V^{ème} République.

Dans les premières années du régime, René Coty et Vincent Auriol, anciens présidents de la IV^{ème} République, ont siégé au Conseil constitutionnel. Les prises de position publiques du second à l'encontre de la politique du Général de Gaulle ont déjà suscité quelques remous. Après avoir un peu sombré dans l'oubli⁷, la question a connu un regain d'actualité en 1981, lorsque Valéry Giscard d'Estaing s'est retrouvé en situation de membre de droit. Désireux de poursuivre sa carrière politique, il n'a pas siégé jusqu'en 2004 ; depuis cette date, il occupe son fauteuil de membre de droit, rejoint par Jacques Chirac en novembre 2007.

L'acquisition de la qualité de membre de droit par deux ex-présidents gouvernants, et les évolutions propres au Conseil Constitutionnel, amènent à considérer la question sous un nouveau jour. Désormais élu au suffrage direct, le Président de la V^{ème} République est un réel décideur politique. Peut-il alors endosser les habits de membre de droit pour siéger dans une instance qui, au fil du temps, est devenue une vraie Cour Constitutionnelle ? Les mutations de la V^{ème} République, et

³ Dominique Rosenberg démontre que les visées politiques des constituants étaient multiples et complexes. Dans l'immédiat, la neutralisation visait le Président Auriol, qui avait manifesté des velléités politiques ; à une échéance plus lointaine, les futurs présidents de la V^{ème} République. Il évoque également le souci d'apporter une caution « juridique et morale » au nouveau régime, en offrant une fonction constitutionnelle à deux anciens présidents de la IV^{ème} République, Vincent Auriol et René Coty, qui avaient facilité l'accession du Général de Gaulle au pouvoir. D. Rosenberg, op.cit., p. 1270 et s.

⁴ Article 5 de la Constitution de 1958

⁵ Les travaux préparatoires de la Constitution démontrent que la majorité des constituants était hostile à cette idée, voir Loïc Philip, op.cit., p. 468 et s.

⁶ *Le Monde*, mars 1959

⁷ À partir de 1962, aucun ancien président n'a siégé au Conseil constitutionnel. Le Président Coty est décédé en 1962. En 1960, Vincent Auriol a décidé de ne plus siéger au Conseil et il n'a plus participé à ses travaux, à l'exception des séances de novembre 1962, relatives au contentieux électoral du référendum de 1962 et à l'examen du recours contre la loi référendaire. En 1969, le Général de Gaulle avait annoncé qu'il ne participerait plus à la vie publique, et il n'a jamais siégé au Conseil. Rappelons que le Président Pompidou est décédé en cours de mandat.

les différentes déclinaisons d'un statut non dépourvu de failles, ne sont pas sans répercussions sur la fonction. Ambivalente par nature, la fonction de membre de droit du Conseil constitutionnel est aujourd'hui en débat.

I- Une fonction ambivalente

Ambivalence car, devenu membre de droit, l'ancien président doit rentrer dans une logique statutaire de silence politique ; le statut de membre du Conseil constitutionnel exclut en effet toute activité politique et il impose une obligation de réserve. Placé de facto en retrait du jeu politique, l'ex-président doit donc renoncer à être un acteur politique. Or, l'expérience de la V^{ème} République révèle que le statut comporte des brèches qui n'interdisent pas aux anciens présidents d'être des acteurs politiques épisodiques. La pratique a montré que, selon sa volonté, l'ex-président peut jouer sur les deux terrains, celui du Conseil constitutionnel et/ou celui de la politique. Autrement dit, par ses zones d'ombre, le statut est porteur d'ambiguïtés, parfois exploitées.

A- *Le statut de membre de droit : le défi de la distanciation du politique*

Il importe tout d'abord de souligner que la qualité de membre de droit est automatique et perpétuelle⁸. Dès la fin de son mandat, l'ancien président se retrouve par conséquent doté d'une qualité qu'il ne peut pas refuser. Membre de droit malgré lui, il a toutefois quelques alternatives, que les constituants n'avaient sans doute pas imaginées. Il peut ne jamais siéger, à l'instar du Général de Gaulle, ou ne siéger que lorsqu'il décide que le moment est venu, comme l'a fait Valéry Giscard d'Estaing, justement pour se libérer d'un statut politiquement contraignant.

Les membres du Conseil constitutionnel sont en effet soumis à l'obligation de réserve et au respect des incompatibilités politiques. La qualité de membre de droit actif impose alors à l'ancien président de se placer hors du champ politique. Le défi est d'autant plus lourd à relever que le président de la V^{ème} République est désormais un leader politique.

Première contrainte statutaire, le devoir de réserve interdit de s'exprimer sur les affaires soumises au Conseil constitutionnel. Or, les textes sont quelque peu équivoques et la question de l'étendue de l'obligation des anciens présidents a été discutée.

Les obligations des membres du Conseil constitutionnel sont régies par le décret du 13 novembre 1959, qui dispose qu'elles incluent « en particulier » l'interdiction de prendre une position publique sur les « questions ayant fait ou susceptibles de faire l'objet de décisions de la part du Conseil »⁹. Ceci sans faire de distinction entre membres nommés et de droit. Mais, l'ordonnance du 7 novembre 1958, portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, crée une spécificité pour les membres de droit. À la différence des membres nommés ils ne sont pas soumis à l'obligation de prêter serment lors de leur entrée en fonction¹⁰.

⁸ Selon l'art. 56 de la Constitution, les anciens présidents de la République « *font de droit partie à vie du Conseil constitutionnel* ». On peut relever que les textes sont silencieux quant aux conséquences de la destitution du président en exercice (art. 68 de la Constitution) et quant aux répercussions de la condamnation d'un ancien président pour des faits extérieurs à ses fonctions présidentielles (art. 67 de la Constitution).

⁹ Art. 2 du décret du 13 novembre 1959, pris en vertu de l'article 7 de l'ordonnance du 7 novembre 1958

¹⁰ Selon l'article 3 de l'ordonnance, « *Avant d'entrer en fonction, les membres nommés (...) prêtent serment devant le Président de la République* », la dispense de serment pour les membres de droit serait due à l'influence de René Coty, qui aurait trouvé cette obligation superfétatoire, voire irrespectueuse, pour les anciens présidents. Voir D.

Peut-on en déduire que l'obligation de réserve est moins stricte pour les membres de droit ? Débattue par la doctrine¹¹, la question semble avoir été résolue par le Conseil constitutionnel qui a considéré, en 1984, que les membres de droit sont « *soumis aux mêmes obligations que les autres membres du Conseil Constitutionnel* »¹².

L'équivoque n'est pourtant pas totalement levée, et il est permis de se demander si, dans le cas des membres de droit, le devoir de réserve n'est pas une simple question d'éthique personnelle. En effet, le respect des obligations est garanti par un système de sanctions. Selon les textes, le manquement est susceptible d'être sanctionné par la démission d'office, le membre démis d'office devant être remplacé sous huit jours. Or, membres de droit « *à vie* », les anciens présidents ne peuvent perdre cette qualité et ne peuvent bien évidemment pas être remplacés. Il semblerait donc que le dispositif juridique ne leur soit pas applicable... N'est-on alors pas devant le paradoxe d'une obligation juridique « morale », car insusceptible de sanction ?

Seconde contrainte statutaire, l'appartenance au Conseil constitutionnel induit une mise en retrait de la vie politique active. Les textes relatifs aux incompatibilités sont clairs, la fonction de membre du Conseil constitutionnel est incompatible avec toute fonction politique, notamment électorale¹³. Elle l'est aussi avec tout poste de direction, ou de responsabilité, dans un parti politique.

La fonction de membre de droit est alors piégeante pour l'ex-président qui intègre le Conseil constitutionnel. C'est le coup d'arrêt à sa carrière politique. Le couperet est d'autant plus brutal que, depuis 2000, les présidents ne sont plus élus pour sept mais pour cinq ans et que, depuis 2008, le mandat n'est renouvelable qu'une fois.

Le statut revient finalement à placer les anciens présidents dans une sorte de « cage dorée ». Mais le flou juridique des textes a généré des pratiques qui montrent que la porte de la cage est entrouverte... Entretien par là-même l'ambivalence de la fonction.

B- L'expérience de l'exercice de la fonction : la réminiscence du politique

Rosenberg, op.cit. Selon le même article, qui détermine les termes du serment, les membres nommés « *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* ». On peut relever que, sans doute parce qu'elle allait de soi, les rédacteurs de l'ordonnance de 1959 n'ont pas expressément visé l'obligation de « garder le secret des délibérations et des votes ».

¹¹ Sur cette question, voir notamment D. Rosenberg, op.cit, p. 1277 et s. et R. Badinter, op.cit, p. 517

¹² DCC °84-983 du 7 novembre 1984, A.N, Puy-de-Dôme « *Les membres de droit sont, sous la seule réserve de la dispense de serment (...) soumis aux mêmes obligations que les autres membres du Conseil constitutionnel* ». Précisons que le Conseil constitutionnel ne se prononçait pas sur l'obligation de réserve en tant que telle, mais sur la question des conséquences de l'élection d'un membre de droit en tant que député, en l'occurrence V. Giscard d'Estaing.

¹³ L'article 4 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 vise les fonctions ministérielles, celle de membre du Conseil économique et social et – depuis la loi organique du 19 janvier 1995 – « *tout mandat électoral* », ce qui inclue, outre le mandat de parlementaire, bien évidemment visé dès l'origine, les mandats locaux et le mandat de député européen.

Comment les anciens présidents ont-ils répondu au défi de la distanciation du politique ? L'expérience de V^{ème} République montre que l'ombre de l'homme politique est souvent derrière le membre de droit, et que les failles des textes statutaires ont permis des pratiques équivoques.

L'obligation de réserve envers les affaires soumises au Conseil Constitutionnel a été temporisée par les Présidents Auriol et Giscard d'Estaing¹⁴, qui ont estimé pouvoir prendre publiquement position.

Ainsi, en 1960, Vincent Auriol a réagi vivement à l'interprétation des institutions par le Général de Gaulle, qui avait refusé de convoquer le Parlement en session extraordinaire. Dans une lettre adressée au Président du Conseil constitutionnel et – le fait est là – rendue publique, il a dénoncé la « *violation de la Constitution* », tout en demandant une réunion du Conseil sur l'élargissement de sa compétence à ce type de manquements¹⁵. On était déjà à la lisière du manquement à l'obligation de réserve. D'ailleurs, quelques semaines plus tard, Vincent Auriol annonçait sa décision de ne plus siéger au Conseil, ne voulant rester « *ni impuissant ni muet* ».

Quant à Valéry Giscard d'Estaing, il a pris publiquement position sur le Traité de Lisbonne en 2007¹⁶, alors même qu'il s'agissait d'une question susceptible d'être soumise au Conseil Constitutionnel¹⁷. Il est vrai qu'il n'a pas siégé lorsque le Conseil a examiné la conformité à la Constitution, on peut malgré tout estimer qu'il prenait quelque liberté envers l'obligation de réserve.

Ces deux exemples, certes ponctuels, montrent que la distanciation du politique peut s'avérer un exercice délicat.

La question de l'activité politique de l'ancien président le démontre également. Si la qualité de membre de droit est inhérente à la personne de l'ancien président, puisqu'elle est automatique et perpétuelle, la pratique révèle que l'exercice de la fonction est à la discrétion de son titulaire. Acteur politique ou membre de droit, l'alternative est réversible au gré des choix de l'ex-président, comme l'illustre le cas de Valéry Giscard d'Estaing.

Devenu membre de droit en 1981, il a choisi de poursuivre sa carrière politique, et de solliciter des mandats électifs. Il innovait en la matière. Et son choix a rapidement posé problème au regard de son statut de membre de droit. Candidat aux élections législatives partielles du Puy-de-Dôme en 1984, Valéry Giscard d'Estaing a été élu député. Saisi d'un recours contre cette élection, le Conseil constitutionnel a dû répondre à la question de savoir si la qualité de membre de droit entraîne *de facto* l'inéligibilité. Le requérant arguait de ce que, à la différence des membres nommés en situation d'incompatibilité, le membre de droit ne peut être ni démis d'office, ni remplacé ; il serait donc automatiquement frappé d'inéligibilité. Le Conseil constitutionnel a tranché en faveur d'un relatif alignement sur le statut des membres nommés. Il a considéré que les textes statutaires relatifs aux incompatibilités n'édicte pas l'inéligibilité des

¹⁴ Le fait est assez significatif de l'ambivalence intrinsèque de la fonction de membre de droit, puisque dans le premier cas il s'agit d'un ancien président de la IV^{ème}, qui avait été cantonné à un rôle de magistrature d'influence, et dans le second d'un ex-président gouvernant de la V^{ème}.

¹⁵ V. Auriol proposait une modification de l'article 61 de la Constitution, afin que le Conseil constitutionnel puisse s'autosaisir de « *toute mesure ou tout texte non conforme à la Constitution* ». Sur cet épisode, d'autant plus discuté que le Conseil n'a pas le pouvoir d'initiative en matière de révision constitutionnelle, voir D. Rosenberg, op.cit. p. 1289 et s.

¹⁶ En s'exprimant dans le journal Le Monde, « La boîte à outils du traité », *Le Monde*, 27 octobre 2007.

¹⁷ Le Conseil constitutionnel a été saisi de la question de la conformité à la Constitution le 13 décembre et a rendu sa décision le 20 décembre.

membres du Conseil. « *En l'absence de disposition expresse en ce sens* », un membre de droit est par conséquent éligible. Soulignant que les obligations des membres nommés s'imposent aux membres de droit, le Conseil a toutefois estimé que l'incompatibilité de fonctions qui résulte de l'élection emporte une conséquence spécifique pour le membre de droit, elle « *fait obstacle à ce que celui-ci siège au sein du Conseil* ». ¹⁸

Du fait de cette jurisprudence, qui laisse une latitude de choix à l'ancien président, ce n'est qu'en 2004 que, dépourvu de tout mandat électif, Valéry Giscard d'Estaing s'est trouvé en situation de siéger au Conseil.

Membre de droit actif depuis cette date, il n'a pourtant pas renoncé à tout activisme politique. Ce que, paradoxalement, le statut n'interdit pas, compte tenu de ses lacunes. En effet, il ne règle pas la question du soutien politique à une campagne électorale.

Cette brèche est apparue en 2005, lors de la campagne pour le référendum sur le Traité portant constitution européenne. Valéry Giscard d'Estaing, tout comme Simone Veil, à l'époque membre nommé ¹⁹, a voulu y prendre une part active. Par le jeu du silence des textes statutaires, les deux membres du Conseil constitutionnel se sont déliés de leur obligation de réserve de façon différente. Simone Veil a estimé pouvoir se mettre en congé du Conseil, alors que le statut ne l'impose que lorsque l'intéressé est candidat à une élection ²⁰. En revanche, Valéry Giscard d'Estaing n'a pas estimé devoir suivre cette procédure, et il s'est simplement abstenu de siéger pendant six mois.

Lors de la campagne électorale pour les présidentielles de 2007, il a soutenu la candidature de Nicolas Sarkozy, annonçant clairement dans un entretien publié par *Le Parisien* qu'il voterait en sa faveur ²¹. Impuissant, le Conseil Constitutionnel n'a réagi qu'en se déclarant « *unaniment ému de son attitude* » ²².

L'acteur politique peut donc prendre le dessus sur le membre de droit, entretenant ainsi la confusion des genres.

La pratique a fait émerger un autre paradoxe. L'ancien président qui siège au Conseil constitutionnel peut le faire de façon intermittente... À la carte si l'on peut dire.

La pratique a été inaugurée par Vincent Auriol, dans le sens d'une opposition politique au régime. Après avoir décidé, en 1960, de ne plus siéger, il a fait un retour remarqué – et très ponctuel – en 1962. Notoirement opposé à la lecture gaullienne des institutions, il a participé à la séance d'examen du recours déposé par le Président du Sénat contre la loi référendaire qui instaurait l'élection présidentielle au suffrage direct ²³. Attitude révélatrice de la consonance politique d'une présence choisie et dosée.

¹⁸ D.C.C n° 84-983, op.cit, confirmée en par D.C.C n° 94-354 du 11/1/95

¹⁹ Simone Veil, nommée par le Président du Sénat, a siégé au Conseil constitutionnel de 1998 à 2007.

²⁰ Selon l'art. 4 du décret du 13/11/1959, la mise en congé est de droit. Le choix de Simone Veil quant à sa participation à la campagne électorale a été critiqué, d'autant plus que, à la différence du Président Giscard d'Estaing, elle avait siégé au Conseil lors de l'examen de la constitutionnalité du traité. Voir Michel Verpeaux, « Les avatars récents de l'indépendance du Conseil constitutionnel », *Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, op.cit, p. 970-980

²¹ *Le Parisien/Aujourd'hui en France*, 19 avril 2007

²² Déclaration effectuée à l'issue de la séance plénière du 19 avril 2007, citée in « Valéry Giscard d'Estaing rappelé à l'ordre par le Conseil constitutionnel », NOUVELOBS.com, 20 avril 2007

²³ Recours qui, rappelons-le, a débouché sur une déclaration d'incompétence.

Elle a été reprise, dans un tout autre sens, par Valéry Giscard d'Estaing. C'est au nom de l'exigence d'impartialité politique qu'il a parfois justifié sa participation intermittente aux travaux du Conseil constitutionnel²⁴. Prouvant par là-même combien il est difficile d'être juge et partie pour un ex-président gouvernant. Pour prendre un exemple phare, interrogé sur son absence lors de la délibération relative au traité de Lisbonne il a déclaré « *On aurait pu craindre un préjugé négatif de ma part* »²⁵.

Jacques Chirac, présent au Conseil constitutionnel depuis novembre 2007, et quelque peu plus assidu que son homologue, ne s'est pas exprimé sur les raisons de ses absences.

Sans que l'on connaisse avec certitude les critères qui déterminent leur participation ou leur absence aux travaux du Conseil, force est de constater que la présence des deux anciens présidents est sélective.

II – Une fonction en débat

Les déclinaisons des obligations inhérentes à la fonction de membre de droit, leur flexibilité, et l'évolution propre au Conseil constitutionnel, ont suscité des interrogations quant à la pertinence de la catégorie des membres de droit. Le débat reste ouvert, puisqu'elle persiste, même après la conséquente révision constitutionnelle de 2008.

A- Les membres de droit : une catégorie pertinente ?

L'existence de la catégorie des membres de droit est mise en question par la majorité de la doctrine – et par une partie de la classe politique.

L'objection principale tient à la juridictionnalisation du Conseil constitutionnel. Il n'est plus l'institution « de faible importance réelle » créée en 1958. Bien au contraire, il s'est transformé en véritable Cour constitutionnelle. Ce qui amène à reconsidérer la catégorie des membres de droit.

Les membres de droit peuvent en effet être perçus comme une catégorie de juges constitutionnels en décalage avec les standards européens, au premier rang desquels l'indépendance et l'impartialité. Sans préjuger de leur impartialité, leur simple présence peut s'avérer troublante à l'heure où la Cour européenne des droits de l'homme est attachée à la théorie des apparences²⁶.

La lancinante question de savoir si un ex-président gouvernant peut être juge et partie se pose d'ailleurs avec davantage d'acuité depuis la révision constitutionnelle de 2008. Jusqu'à présent, le contrôle *a priori* ne permettait pas à un ancien président d'avoir à connaître d'une loi qu'il avait lui-même promulguée – et en pratique initiée, compte tenu de l'évolution du rôle du Président de la V^{ème} République. Tel ne sera plus le cas avec le nouveau mécanisme de la question préjudicielle de constitutionnalité, réservé aux dispositions législatives ayant trait aux droits et libertés garantis par la Constitution, domaine sensible par nature²⁷. À cet égard, le

²⁴ Sur la « doctrine sélective » de V. Giscard d'Estaing, telle qu'il l'a exprimée entre 1981 et 1984 (date de son élection en tant que député) sans toutefois ne jamais siéger, voir D. Rosenberg, *op.cit*, p. 1307 et s.

²⁵ *Le Nouvel Observateur*, 20 avril 2007.

²⁶ Rappelons que la France a été condamnée à plusieurs reprises par la Cour européenne des droits de l'homme, sur le fondement de la théorie des apparences, du fait de la procédure devant les juridictions administratives qui induisait la présence du Commissaire du gouvernement au délibéré. C.E.D.H, 7 juin 2001, Kress c. France, C.E.D.H, 12 avril 2006, Martinie c. France.

²⁷ Selon le nouvel article 61-1 de la Constitution de 1958, issu de la révision constitutionnelle du 23/7/2008, « *Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil*

nouveau dispositif de contrôle ne semble pas dans la mouvance des exigences de la Cour européenne des droits de l'homme en matière d'impartialité. On peut d'ailleurs relever que, tout récemment, lors de l'examen du projet de loi organique nécessaire à l'application du nouvel article 61-1 par le Sénat²⁸, un amendement inspiré de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme a été déposé. Il disposait qu'un membre de droit peut ne pas participer aux délibérations dans lesquelles est en cause une disposition législative promulguée par lui. L'amendement a été retiré avant la discussion du texte...

La pratique de la présence à éclipses soulève, elle aussi, des objections, car elle peut affecter la crédibilité de l'institution. L'absence d'un membre de droit est en effet sujette à interprétation. Susceptible d'être perçue comme un indicateur de la consonance politique de la question soumise au Conseil, elle risque de donner une connotation politique aux décisions rendues hors sa présence.

Il est enfin permis de se demander si la catégorie des membres de droit n'accentue pas l'ambiguïté de l'institution, en introduisant une dose supplémentaire de politique dans sa composition.

Alors, faut-il supprimer la catégorie des membres de droit ? Plusieurs projets ont été déposés en ce sens, sans qu'aucun n'aboutisse.

B- Une catégorie intangible ?

Force est de constater que les pouvoirs publics ont opté pour le *status quo*, en dépit des incitations à revenir sur une catégorie discutée.

La suppression des membres de droit figurait parmi les nombreuses propositions du rapport Vedel, de 1993²⁹, qui, il faut le souligner, prônait aussi l'introduction d'un contrôle de constitutionnalité par voie d'exception ; mais le rapport n'a pas connu de suite concrète. Plus ciblée, puisqu'elle avait pour objet exclusif la suppression de la catégorie, la proposition de loi constitutionnelle déposée en 2005 par le sénateur Patrice Gélard, n'a pas été suivie d'effet³⁰.

La question a rebondi en 2008.

Le rapport Balladur³¹ recommandait la suppression des membres de droit, nécessaire au regard de l'avancée juridique que représente le contrôle des lois *a posteriori*, mesure qu'il

Constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de Cassation qui se prononce dans un délai déterminé.

Une loi organique détermine les conditions d'application du présent article ».

²⁸ Adopté en Conseil des ministres en avril 2009, le projet de loi organique nécessaire à la mise en application du nouveau dispositif a été adopté en première lecture par l'Assemblée Nationale le 14 septembre dernier, amendé par le Sénat le 13 octobre, le texte a été transmis en seconde lecture à l'Assemblée Nationale, où il doit être examiné prochainement.

²⁹ Rapport du Comité consultatif pour la révision de la Constitution, mis en place par le Président Mitterrand, remis au président de la République le 15 février 1993, J.O du 16 février 1993, p. 2537 et s.

³⁰ Proposition de loi constitutionnelle relative aux anciens présidents de la République française, Sénat, session ordinaire de 2004-2005, n° 186. Il était proposé de résoudre la question du devenir des anciens présidents en leur attribuant le statut de sénateur à vie, à l'instar du modèle italien.

³¹ Rapport du Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la V^{ème} République, mis en place par le Président Sarkozy le 18 juillet 2007, remis au président de la République en octobre 2007, « *Une Vème République plus démocratique* » Fayard, La Documentation française, 2007.

préconisait aussi³². Si cette dernière mesure a bien été retenue, tel n'a pas été le cas de la suppression des membres de droit. Le projet de révision constitutionnelle adopté en Conseil des ministres, et soumis au Parlement en juillet 2008, ne comportait aucune disposition en ce sens. Ceci bien que l'avis consultatif du Conseil d'État ait souligné qu'il était « *nécessaire de reconsidérer (...) la règle selon laquelle les anciens présidents de la République sont, à vie, membres de droit du Conseil constitutionnel* »³³. Le gouvernement ne l'avait pas suivi. Mais la question a resurgi lors de l'examen du texte par le Sénat. Un amendement visant à la suppression de la catégorie a été déposé à l'initiative de plusieurs sénateurs, dont Robert Badinter. Adopté par le Sénat contre l'avis du gouvernement, il a finalement été rejeté à l'Assemblée Nationale.

Comment le *status quo* a-t-il été justifié ? Les débats parlementaires de 2008 offrent un éclairage récent sur les arguments en faveur de la persistance de la catégorie.

Deux arguments principaux ont été avancés.

Premier argument, la fonction de membre de droit est le prolongement naturel de la fonction arbitrale du Président de la République, garant du respect de la Constitution selon l'article 5³⁴. L'objection relative au jeu du nouveau dispositif de contrôle de constitutionnalité des lois a été repoussée, en soutenant que si un ancien président avait à connaître d'une loi qu'il avait promulguée, il ne siègerait pas. L'argument peut convaincre. On peut toutefois se demander s'il ne conviendrait pas alors de modifier les textes, pour garantir ce qui repose, pour l'instant, sur la simple éthique. Or, comme nous l'avons relevé, la proposition d'amendement au projet de loi organique portant sur le nouveau mécanisme de contrôle, qui allait en ce sens, a été retirée.

L'apport de l'éclairage et de l'expérience des anciens présidents a par ailleurs été fortement souligné, en tant que critère majeur de la pertinence de la présence des membres de droit au Conseil constitutionnel.

Restent l'argument du symbole de la reconnaissance de la Nation envers ses anciens présidents et – beaucoup plus terre à terre – celui d'une retraite honorable. La condition financière des ex-présidents, régie par une loi de 1955³⁵, est jugée tout juste « convenable » et le traitement de membre du Conseil constitutionnel est présenté comme un complément compensateur³⁶. Ce à quoi les auteurs des projets de suppression ont proposé des alternatives. À l'instar de l'Italie, les anciens

³² Le rapport évoquait aussi le problème de l'activité politique des membres de droit : « *Les intéressés tiennent généralement à continuer à prendre part à la vie publique et cette volonté entre parfois en contradiction avec les obligations de discrétion et de réserve qui s'imposent aux membres du Conseil* », op.cit, p. 90

³³ *Conseil d'État, Rapport public 2009, Activité juridictionnelle et consultative des juridictions administratives*, La Documentation française, 2009, p. 65. Le Conseil d'État proposait une disposition transitoire prévoyant que la réforme ne s'applique pas aux anciens présidents membres de droit à la date de son entrée en vigueur, soit les Présidents Giscard d'Estaing et Chirac.

³⁴ Telle était l'argumentation de Madame Rachida Dati, Garde des Sceaux, lors des débats constitutionnels de juillet 2008.

³⁵ L'article 19 de la loi du 3 avril 1955 fixe un montant égal au traitement indiciaire brut d'un conseiller d'État en service ordinaire, soit actuellement 63.000 euros bruts par an, ceci quel que soit le nombre de mandats présidentiels.

³⁶ 12.000 euros bruts par mois. Précisons que ces montants se cumulent avec ceux des retraites perçues en tant que titulaire d'un mandat local et/ou parlementaire. On estime ainsi qu'actuellement V. Giscard d'Estaing perçoit 30.000 euros mensuels et J. Chirac 31.000.

présidents pourraient être sénateurs à vie, sans voix délibérative³⁷. Le rapport Balladur proposait simplement qu'ils soient dotés d'une retraite leur assurant des conditions de vie dignes des fonctions qu'ils ont assurées.

Ainsi, en dépit du « lifting » conséquent effectué sur la Constitution en juillet 2008, la catégorie des membres de droit persiste. Est-ce à dire qu'elle est intangible ? La question reste ouverte.

³⁷ La proposition de loi constitutionnelle relative aux anciens présidents de la République française, déposée par le sénateur P. Gélard allait en ce sens, op.cit.