

4. - La protection des juges constitutionnels

Les constituants ne l'avaient pas prévu : le Conseil constitutionnel ne serait pas seulement une autorité constituée, mais bien un pouvoir constitué. L'évolution du rôle du Conseil constitutionnel pour s'affirmer comme une véritable cour constitutionnelle participe à l'avènement au sein de la V^{ème} République d'un véritable pouvoir juridictionnel, que les rédacteurs de la Constitution n'avaient voulu qu'autorité. Conçu à l'origine comme un chien de garde du Parlement, le Conseil constitutionnel est devenu une véritable juridiction¹, gardienne du respect de la Constitution et protectrice des droits et libertés des citoyens. Il n'est plus seulement « un organe régulateur de l'activité des pouvoirs publics »², il fait partie des « pouvoirs publics constitutionnels »³ ; il est le gardien du principe fondamental, représentatif du constitutionalisme, selon lequel la loi « n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution »⁴.

Face à cette évolution considérable, et sans doute inespérée, du rôle du Conseil constitutionnel, la protection dont il bénéficie dans la Constitution n'a pas changé. Le statut protecteur du juge constitutionnel ne s'est pas renforcé de manière concomitante avec le renforcement du poids de l'institution. A regarder les textes pertinents, on peut être *a priori* surpris par un statut élaboré quasi-exclusivement au moment de la mise en place des institutions de la V^{ème} République. Sans même envisager une révision constitutionnelle renforçant le statut du juge⁵, les autres textes en cette matière auraient pu être au moins complétés ; or, il n'en a rien été. Pour ne s'intéresser qu'aux textes qui contiennent des dispositions sur le statut du juge constitutionnel, l'ordonnance du 7 novembre 1958, portant loi organique sur le Conseil constitutionnel⁶, intervenue en application de l'article 63 de la Constitution, n'a été modifiée que trois fois en 1959, 1974 et 1995⁷, le décret sur les obligations des membres du Conseil constitutionnel et celui relatif à l'organisation du secrétariat général du Conseil constitutionnel datent

¹ Sans qu'il soit besoin ici de discuter de cette question qui est largement acquise aujourd'hui pour peu qu'elle soit envisagée selon une approche comparatiste. Dans cette perspective, les plus sceptiques conviendront que si le Conseil constitutionnel n'est pas une juridiction, il ne l'est pas moins que la plupart des cours constitutionnelles européennes.

² C.C., n° 62-20 DC, 6 novembre 1962, *Loi référendaire*, RJC-I, p. 11, Cons. n° 2.

³ C.C., n° 2001-456 DC, 27 décembre 2001, *Loi de finances pour 2002*, J.O.R.F., 29 décembre 2001, p. 21159, Cons. n° 47.

⁴ C.C., n° 85-197 DC, 23 août 1985, *Evolution de la Nouvelle-Calédonie II*, RJC-I, p. 238, Cons. n° 27.

⁵ Le Comité Vedel avait proposé certaines modifications de la Constitution concernant le statut du Conseil constitutionnel. La suppression des membres de droit avait été suggérée ainsi que le principe de l'incompatibilité de la fonction de membre du Conseil constitutionnel avec l'exercice de tout mandat électif. Voir pour les propositions du Comité sur ces questions : T. RENOUX, M. de VILLIERS, *Code constitutionnel*, Juris Code, Litec, 2005, p. 1535.

⁶ Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958, portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, ci-après « ordonnance organique de 1958 ».

⁷ Ordonnance n° 59-223 du 4 février 1959 ; loi organique n° 74-1101 du 26 décembre 1974 et loi organique n° 95-63 du 19 janvier 1995.

tous deux du 13 novembre 1959¹. Les textes sont donc anciens et interviennent parfois, par le jeu de renvois successifs, à des niveaux normatifs faibles.

Pourquoi le statut du juge constitutionnel s'est-il en quelque sorte cristallisé en 1959 ? La réponse, la plus évidente, consiste à se prononcer en faveur du caractère satisfaisant de celui-ci. Alors même que le rôle et la vigueur de l'institution ont changé, le statut prévu en 1958 est suffisant. Ce statut était celui d'une juridiction constitutionnelle, même si à l'origine le Conseil constitutionnel n'était pas considéré comme devant accéder à une telle destinée. La lecture de la plupart de la doctrine, sous réserve de quelques adaptations sollicitées, conforte une telle analyse. Il n'en demeure pas moins que la question de la qualité du statut du juge constitutionnel mérite d'être posée et doit faire l'objet d'une lecture critique.

Le « statut » des juges constitutionnels est entendu comme regroupant l'ensemble des règles destinées à protéger les juges constitutionnels en tant que pouvoir constitué. La spécificité de ce statut doit être d'emblée précisée. Le juge constitutionnel n'est pas un pouvoir constitué comme les autres au regard de sa nature duale : il est à la fois organe constitutionnel et juridiction. L'exigence d'indépendance a ici plus de poids que là. La protection d'un pouvoir constitué juridictionnel se mesure alors à l'aune de deux éléments : l'indépendance des juges constitutionnels et l'autonomie de l'institution. La préservation de la juridiction de l'intrusion dans sa sphère d'action de tout autre pouvoir constitué comme de tout élément extérieur public ou privé impose que soient protégés à la fois les juges², en tant que tels, et l'institution au sein de laquelle ils exercent leurs fonctions. Une lecture critique de la protection des juges constitutionnels conduit à constater une préservation partielle de l'indépendance des membres (4.1) et une garantie forte de l'autonomie de l'institution (4.2.)

4.1 - La préservation partielle de l'indépendance des membres

Si l'on peut concéder avec François Luchaire qu'« 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 »³, toujours est-il que les textes sont précisément là pour éviter que la conscience des juges puisse être éprouvée. L'approche retenue par les auteurs des différents textes

¹ Décret n° 59-1292 du 13 novembre 1959 sur les obligations des membres du Conseil constitutionnel et décret n° 59-1293 du 13 novembre 1959 relatif à l'organisation du secrétariat général du Conseil constitutionnel.

² Les termes « juges » et « membres » seront indifféremment utilisés pour désigner les « membres », selon l'article 56 de la Constitution, du Conseil constitutionnel, même si cette dernière expression n'est pas neutre. Voir par exemple sur l'utilisation de ce terme : F. HOURQUEBIE, « La nomination des membres du Conseil constitutionnel », *Les Petites Affiches*, 31 mai 2001, n° 108, p. 9.

³ F. LUCHAIRE, *Le Conseil constitutionnel, Tome I – Organisation et fonctionnement*, Economica, 2^{ème} édition refondue, 1997, p. 75.

intervenues sur ce point est exclusivement statutaire. Les conditions de nomination, la durée du mandat, le régime des incompatibilités, etc., suffisent à garantir l'indépendance des membres du Conseil constitutionnel. La plupart de ces éléments sont assez connus pour que l'on s'autorise à ne pas trop s'y attarder. En revanche, dans l'exercice de leurs fonctions, les membres du Conseil constitutionnel ne jouissent d'aucune protection, ni pour les opinions ou votes émis dans l'exercice de leurs fonctions, ni contre les éventuelles poursuites dont ils peuvent faire l'objet. Sous cet angle, le juge constitutionnel ne bénéficie d'aucune protection dans l'exercice de sa fonction. A cet égard, il y a lieu de relever que le débat public et même juridique autour de l'affaire Roland Dumas, alors que ce dernier était président du Conseil constitutionnel, n'a point été envisagé au regard de la protection de celui-ci en tant que juge constitutionnel, mais plutôt de la protection du Conseil constitutionnel contre les conséquences, en termes d'image, des poursuites judiciaires dont son président faisait l'objet. Ainsi, si les juges constitutionnels jouissent d'une indépendance statutaire classique (4.1.1), leur indépendance fonctionnelle a été omise par les constituants (4.1.2).

4.1.1- Une indépendance statutaire classique

La doctrine semble unanime pour accorder un satisfecit général à l'indépendance statutaire des juges constitutionnels telle qu'elle apparaît dans les différents textes pertinents. Les attributs du mandat sont alors déterminants. Selon l'article 56 de la Constitution, les conseillers sont élus pour une durée de neuf ans. Cette durée est suffisamment longue pour garantir une autonomie du juge, en particulier vis-à-vis de l'autorité politique de nomination¹. Par ailleurs, le décalage originnaire de la durée du mandat des membres du Conseil constitutionnel, trois conseillers ayant été nommés pour trois ans, trois autres pour six ans et les trois derniers pour neuf ans², permet d'absorber les changements de majorité et garantit une certaine indépendance de l'institution dans son ensemble. Ensuite, selon le texte constitutionnel, le mandat n'est pas renouvelable. Les membres n'ont pas à espérer de gratification d'une attitude conciliante vis-à-vis des pouvoirs publics. Renforçant l'indépendance du juge sur ce point, l'ordonnance organique interdit, d'une part, toute nomination à un emploi public et, d'autre part, qu'un fonctionnaire membre du Conseil constitutionnel puisse recevoir une promotion... « pendant la durée de leurs fonctions »³. L'indépendance est ici toute relative dans la mesure où la nomination ou la promotion peut parfaitement intervenir

¹ La question présente une acuité particulière à propos du président du Conseil constitutionnel qui a toujours été nommé par le Président de la République parmi les membres qu'il avait nommés.

² Article 2 de l'ordonnance organique du 7 novembre 1958.

³ F. LUCHAIRE relève cependant qu'en pratique la nomination ou la promotion dans un ordre national, de la légion d'honneur ou du mérite a été admise. La Chancellerie de l'ordre du mérite a ainsi considéré que l'article 5 de l'ordonnance de 1958 devait être interprétée strictement (*Le Conseil constitutionnel, Tome I, op. cit.*, pp. 80-81).

après le mandat. L'hypothèse n'est pas seulement un cas d'école¹. L'abaissement de la moyenne d'âge au Conseil constitutionnel soulève la question avec d'autant plus de force : la nomination au Conseil constitutionnel n'est désormais qu'un passage dans une carrière et non une retraite, ce dont on doit, en l'occurrence, se féliciter. Dans un tel contexte, on peut penser avec Maurice Duverger que seul le mandat à vie constitue une garantie totale d'indépendance², avec l'inconvénient corrélatif de l'accroissement de la moyenne d'âge. Enfin, et surtout, le mandat est irrévocable. La seule procédure permettant de mettre fin au mandat d'un juge avant son terme et en dehors de la volonté de celui-ci est la procédure de la constatation de la démission d'office par le Conseil constitutionnel, prévue par l'article 10 de l'ordonnance. La diplomatie de la formule est remarquable, « le Conseil constitutionnel constate (...) la démission d'office »³ ; mais il ne faut pas s'y tromper. Il s'agit d'une procédure visant à écarter un juge constitutionnel s'il exerce une fonction ou une activité incompatibles avec sa qualité de juge constitutionnel, s'il ne dispose pas de la jouissance des ses droits civils et politiques, s'il présente une incapacité physique permanente, ces trois premières hypothèses étant prévues par l'ordonnance de 1958, ou s'il méconnaît ses obligations statutaires telles qu'elles sont fixées par le décret du 13 novembre 1959. Le Conseil constitutionnel dispose ainsi d'un pouvoir d'autodiscipline, sur lequel nous reviendrons, qui permet de sanctionner de manière effective le respect des obligations pesant sur les membres, tout en garantissant leur indépendance.

L'indépendance est encore assurée par le régime des incompatibilités en l'absence d'un véritable régime d'inéligibilité. Sur ce dernier point, une seule condition est exigée : la personne nommée doit jouir de ses « droits civils et politiques »⁴ selon l'article 10 de l'ordonnance du 7 novembre 1958. En ce qui concerne les incompatibilités, l'importance de la question n'a pas été prise en compte dès 1958. En effet, à l'origine, les incompatibilités étaient limitées. L'article 57 de la Constitution

¹ B. MATHIEU et M. VERPEAUX notent ainsi que si « Noëlle Lenoir n'a pas pu être nommée conseiller d'état (...) pendant la durée de ses fonctions au Conseil constitutionnel (...) le décret de nomination est paru au Journal officiel le lendemain du jour où elle a quitté ses fonctions » (*Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, L.G.D.J., 2002, p. 94).

² M. DUVERGER, *Le système politique français*, PUF, 1996, 21^{ème} édition, p. 439.

³ Pour F. LUCHAIRE, cette formule semble écarter de la mise en œuvre d'une telle procédure les anciens Présidents de la République, membres de droit du Conseil constitutionnel, d'autant que l'article 10 de l'ordonnance prévoit le remplacement du membre démissionnaire (*Le Conseil constitutionnel, Tome I, op. cit.*, p. 88). Cependant, même s'il est membre à vie, on peut considérer que la procédure de « démission d'office » est susceptible d'être utilisée à son encontre. La perte de la jouissance des droits civils et politiques d'un ancien Président, à défaut de le contraindre à démissionner, ce qui n'est matériellement pas possible, l'empêcherait de siéger. Plus que la démission d'office c'est l'impossibilité de siéger qui pourrait être prononcée par le Conseil constitutionnel. Telle semble être l'interprétation retenue par le Conseil constitutionnel (C.C., n° 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*, Considérants n° 12 et 13).

⁴ Sur l'absence de condition de compétence, comme d'ailleurs aux Etats-Unis, et sur le fait qu'en pratique une proportion très importante des membres du Conseil constitutionnel dispose d'une compétence juridique. Voir en particulier les tableaux élaborés par G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, PUF, 1998, pp. 175-179 et D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, Montchrestien, 2001, 6^{ème} édition, pp. 42-47.

pose une incompatibilité entre les fonctions de membre du Conseil et celle de ministre¹ et de membre du Parlement. A ces incompatibilités, l'article 4 de l'ordonnance organique du 7 novembre 1958 ajoute la fonction de membre du Conseil économique et social. La fonction de membre du Conseil constitutionnel était également incompatible avec celle de député européen en vertu de l'article 6 de la loi du 7 juillet 1977, relative à l'élection des représentants à l'Assemblée des communautés européennes². La loi organique du 19 janvier 1995, modifiant l'ordonnance de 1958, est intervenue pour instituer un véritable régime d'incompatibilité. La fonction de membre de Conseil constitutionnel devient une fonction à part entière à laquelle il convient de se consacrer principalement. Aussi, est-elle depuis 1995 incompatible avec l'exercice de tout mandat électoral³. En outre, le régime des incompatibilités professionnelles applicable aux parlementaires est étendu aux membres du Conseil constitutionnel. Elles sont fixées par les articles LO 142 et suivants du Code électoral. Les fonctions publiques non électives ne peuvent pas être exercées, à l'exception notable, notamment, des professeurs des universités. Les fonctions de direction, dans un sens large, d'entreprises ou d'établissements publics nationaux comme de certaines entreprises privées ne peuvent pas non plus être exercées. Le régime des incompatibilités, tel qu'il apparaît aujourd'hui, renforce tant l'indépendance que doivent avoir les membres de l'institution dans l'exercice de leur fonction que la crédibilité de l'institution au regard de l'investissement de ses membres.

Les membres du Conseil constitutionnel ont encore un certain nombre d'obligations statutaires qui contribuent à préserver leur dignité et leur indépendance. Ces obligations sont énoncées par le décret du 13 novembre 1959, intervenu sur renvoi de l'ordonnance organique de 1958. Ils ont ainsi pour « obligation générale » de « s'abstenir de tout ce qui pourrait compromettre l'indépendance et la dignité de leurs fonctions »⁴. Sont ensuite déclinées les obligations spécifiques qui en découlent, sans que le décret ne les envisage avec exhaustivité. Tout d'abord, pendant l'exercice de leur fonction, les conseillers ne doivent ni prendre de position publique ni être consultés « sur des questions ayant fait ou étant susceptibles de faire l'objet de décisions de la part du Conseil ». Le décret reprend ici un principe déjà énoncé dans l'ordonnance⁵. Cette disposition garantit notamment le secret des délibérés comme la dignité de l'institution. Cette obligation de réserve semble être en pratique

¹ Ce qui inclut également le Premier ministre. L'article 4 de l'ordonnance organique est plus explicite en ce sens puisqu'il se réfère à la fonction de « membre du gouvernement ».

² Cette dernière disposition renvoie à diverses dispositions organiques du Code électoral dont l'article LO 152 qui dispose que « Les fonctions de membre du Conseil constitutionnel sont incompatibles avec celles (...) de membre du Parlement ». Un tel renvoi a été interprété comme établissant une incompatibilité entre les fonctions de membres du Conseil constitutionnel et de membre du Parlement européen. Voir : C.E., 20 octobre 1989, *Sibon, Rec.*, p. 206.

³ Article 4 de l'ordonnance organique de 1958.

⁴ Article 1^{er} du décret n° 59-1292 du 13 novembre 1959.

⁵ Voir respectivement l'article 2 du décret et l'article 7 de l'ordonnance organique de 1958.

considérablement réduite pour le Président du Conseil constitutionnel¹. Par ailleurs, il est surprenant qu'une telle obligation n'ait pas été inscrite dans le décret du 13 novembre 1959 relatif à l'organisation du secrétariat général du Conseil constitutionnel à la charge du secrétaire général. Du seul point de vue statutaire, et alors même qu'il participe aux délibérations du Conseil constitutionnel, le secrétaire général ne se voit imposer aucune obligation de réserve. Les conseillers ont ensuite une obligation de « neutralité politique » vis-à-vis de l'extérieur. Ils ne peuvent « occuper au sein d'un parti ou groupement politique tout poste de responsabilité ou de direction et, de façon plus générale, (...) y exercer une activité inconciliable avec » l'obligation générale énoncée dans l'article 1^{er} du décret. Est ici posée une incompatibilité indirecte entre la fonction de membre du Conseil constitutionnel et celle de responsable politique. Les conseillers ne doivent enfin pas « laisser mentionner leur qualité de membre du Conseil constitutionnel dans tout document susceptible d'être publié et relatif à toute activité publique ou privé ».

Une autre obligation des juges constitutionnels doit encore être rattachée au contenu du serment des juges constitutionnels. En effet, selon l'article 3 de l'ordonnance, les juges « jurent de bien et fidèlement remplir leurs fonctions, de les exercer en toute indépendance dans le respect de la Constitution, 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 ». Si certaines de ces obligations reprennent plus ou moins directement des obligations particulières posées par le décret, toutes sont rattachables à l'obligation générale énoncée par l'article 1^{er} du décret. La question de l'autonomie des obligations contenues dans le serment présente un intérêt pratique dans la mesure où les membres de droit du Conseil constitutionnel ne sont pas astreints au serment. Doit-on en conséquence considérer qu'ils échappent aux obligations qui y sont contenues² ? Faut-il au contraire estimer que le respect des obligations contenues dans le serment s'impose en dehors de celui-ci au titre des obligations générales établies par l'article 1^{er} du décret de 1959 ? Cette dernière interprétation, téléologique, paraît devoir s'imposer : c'est moins le serment qui est décisif que le fait que 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 ».

Sous l'angle matériel, le montant de l'indemnité perçue par les juges constitutionnels est fixé par l'ordonnance de 1958. L'article 6 de cette dernière distingue entre l'indemnité du président et celle des autres membres du Conseil, qui correspondent

¹ Voir en ce sens : M. CLAPIE, « La relativité de « l'obligation de réserve » du président du Conseil constitutionnel », *R.A.*, n° 317, 2000, pp. 484-490.

² Voir en ce sens : F. LUCHAIRE, *Le Conseil constitutionnel, Tome I, op. cit.*, pp. 87-88.

respectivement aux « traitements afférents aux deux catégories supérieures des emplois de l'Etat classés hors échelle ». Pour ceux des conseillers qui exerceraient une activité professionnelle compatible avec l'exercice de leur fonction, le montant de l'indemnité est réduit de moitié. L'intervention de la loi organique sur ce point est salutaire, elle évite toute pression financière susceptible d'être exercée sur le juge constitutionnel. Cette remarque est d'autant plus pertinente que toute modification de la loi organique implique le contrôle du Conseil constitutionnel. Dans le prolongement, on peut toutefois regretter que le principe selon lequel la moitié de l'indemnité des conseillers est considérée comme constitutive de frais, échappant ainsi à l'imposition, n'ait été posé que par une décision du Secrétaire d'Etat aux finances du 4 février 1960¹. Un tel avantage financier, loin d'être négligeable, est en conséquence à la merci du pouvoir politique en place. Si la suppression d'un tel avantage pouvait apparaître comme une manœuvre grossière, il n'en reste pas moins qu'elle est parfaitement possible. La précarité de la protection matérielle du juge constitutionnel est ici manifeste. La protection contre toute diminution du montant des indemnités d'un juge constitutionnel est d'autant plus importante que les constituants américains ont pris la peine de l'inscrire dans l'article III section I de la Constitution du 17 septembre 1787, selon lequel : les juges à la Cour suprême recevront « à échéances fixes, une indemnité pour leurs services qui ne sera pas diminuée tant qu'ils resteront en fonction ». En France, la reconnaissance d'un avantage financier par une simple décision d'un membre du gouvernement soulève encore deux difficultés liées entre elles. La première, d'ordre juridique, touche à une question de compétence. Le législateur organique n'est-il pas le seul compétent pour établir le régime indemnitaire, dans un sens large, du juge constitutionnel ? La seconde est de pure opportunité. Si le secrétaire d'Etat aux finances peut décider d'un avantage fiscal au profit des juges constitutionnels, alors il dispose d'un moyen de gratifier leur activité. L'indépendance du juge est ainsi affectée, certes, par la possibilité qu'un avantage lui soit retiré, mais peut-être plus encore par le fait même qu'il puisse lui être accordé.

4.1.2 Une indépendance fonctionnelle omise

L'affaire Roland Dumas est significative de l'appréhension de la problématique de la protection des juges constitutionnels. Alors qu'il était Président de cette institution et qu'il faisait l'objet de poursuites judiciaires, la question soulevée tant par l'opinion publique que par le personnel politique et la doctrine juridique, semblait se concentrer sur les conséquences de ces poursuites sur le Conseil constitutionnel. La dignité, l'honneur de l'institution étaient bafoués, il convenait alors de savoir comment lever l'affront fait à l'institution, en utilisant, le cas échéant, la procédure de démission d'office. Au-delà du respect de la présomption d'innocence, souvent oublié dans cette

¹ *Loc. cit.*, p. 76.

affaire, il eut été possible de renverser la perspective en se focalisant, non pas sur l'institution, mais sur celui de ses membres visés, pour s'interroger sur l'opportunité de la mise en place d'une protection juridique à son profit pendant l'exercice de ses fonctions. Les membres du Conseil constitutionnel ne bénéficient en effet d'aucune protection particulière dans l'exercice de leur fonction, d'aucune immunité particulière, c'est-à-dire, dans un sens large, d'aucune dérogation au droit commun de la responsabilité¹ : ni d'une irresponsabilité, ni d'une inviolabilité, ni d'un quelconque autre régime spécifique de responsabilité pénale. Dans cette perspective, une dichotomie pourrait voir le jour entre les organes politiques qui, en tant que tels, bénéficient sous la V^{ème} République d'immunités spécifiques et le Conseil constitutionnel qui, en tant que juridiction constitutionnelle, ne devrait pas en être doté. La frontière n'est pourtant pas étanche. Si le Conseil constitutionnel est indubitablement une juridiction constitutionnelle, il n'en représente pas moins un lieu de pouvoir, au sens politique du terme. A ce dernier titre, une protection semble devoir s'imposer au profit des juges constitutionnels dans l'exercice de leur fonction. Certains juges constitutionnels étrangers bénéficient d'une protection équivalente à celle dont bénéficient des autorités politiques et, même en France, le juge judiciaire se voit garantir une protection particulière. L'indépendance des juges constitutionnels doit être assurée quelle que soit la nature que l'on prête à l'institution, leur protection est nécessaire qu'ils soient de « simples » juges ou des juges insérés dans une institution, expression d'un véritable pouvoir.

Sous l'angle théorique, la protection des juges constitutionnels est envisageable au regard des actes accomplis *dans* l'exercice des fonctions et pour ceux accomplis *en dehors* de l'exercice des fonctions. Dans ce dernier cas, la protection ne se justifie que si un juge constitutionnel est poursuivi pendant l'exercice de son mandat pour des actes accomplis en dehors de l'exercice de ses fonctions. Sous ces deux angles, il est possible de dresser une typologie des choix possibles de protection des juges constitutionnels. En tout état de cause, le premier choix consiste à aligner le juge constitutionnel sur le *droit commun*, à l'instar de ce qui se passe aujourd'hui en France en raison du silence des textes.

¹ Le terme d'« immunité » est plutôt utilisé sous la V^{ème} République pour désigner l'irresponsabilité et l'invocabilité des parlementaires. De manière plus générale, certains distinguent les immunités de fond, qui recouvrent les cas d'irresponsabilité, des immunités de procédure, regroupant les privilèges de juridiction et l'invocabilité (B. GENEVOIS, « Immunités constitutionnelles et privilèges de juridiction. France », *A.I.J.C.*, 2001, p. 195) ; d'autres encore, l'immunité matérielle, qui limite les normes pénales applicables, de l'immunité formelle, soumettant l'application de normes pénales pertinentes à des obstacles de procédure spécifique (O. PFERSMANN, « Immunités constitutionnelles et privilèges de juridiction. Autriche », *A.I.J.C.*, 2001, p. 144) ; d'autres enfin, les immunités de fond du droit (irresponsabilité) des immunités de procédure, immunités au sens strict ou invocabilité. (E. LIBONE, A. PIZZORUSSO, « Immunités constitutionnelles et privilèges de juridiction. Italie », *A.I.J.C.*, 2001, pp. 250-251). Ces différentes formules peuvent être regroupées autour de deux situations qui seront retenues : l'irresponsabilité et la responsabilité encadrée.

A l'opposé de cette hypothèse, lorsque le choix d'une protection est retenu, il est possible, d'une part, de s'orienter vers l'*irresponsabilité*. Ce choix peut être plus ou moins large selon les actes concernés et/ou la durée de l'irresponsabilité. Dans un Etat de droit, une irresponsabilité sans limitation de durée ne peut être instituée que pour certains des actes accomplis dans l'exercice des fonctions. Le régime d'irresponsabilité prévu par l'article 26 de la Constitution du 4 octobre 1958 au profit des parlementaires est relativement large : « aucun membre du Parlement ne peut être poursuivi, recherché, arrêté, détenu ou jugé à l'occasion des opinions ou votes émis par lui dans l'exercice de ses fonctions ». Dès lors qu'il s'agit « d'opinions » ou de « votes » émis dans l'exercice des fonctions, la protection est permanente, elle se poursuit après le mandat, et absolue, elle concerne n'importe quel acte accompli¹. La radicalité de cette solution ne se justifie d'un point de vue politique que parce que nous sommes dans l'exercice des fonctions et que les actes visés sont au cœur de la fonction de parlementaire. La même immunité pour les votes et opinions émis dans l'exercice des fonctions est reconnue en Italie aux juges constitutionnels². L'alignement du régime de protection des juges constitutionnels sur celui des parlementaires paraît en définitive naturel.

Une irresponsabilité plus limitée est retenue en France par la Cour de cassation pour le Président de la République pour les actes accomplis *en dehors* de l'exercice des fonctions³. L'irresponsabilité est temporaire, elle ne vaut que pour la durée du mandat, et ne concerne que les actes accomplis en dehors de l'exercice des fonctions. De plus, une irresponsabilité absolue du Chef de l'Etat peut être déduite de l'article 68 de la Constitution pour les actes accomplis *dans* l'exercice de ses fonctions qui ne constituent pas un cas de haute trahison.

La distinction, chère aux administrativistes, entre faute personnelle et faute de service commande la frontière entre responsabilité et irresponsabilité des magistrats de l'ordre judiciaire. Selon l'article 11-1 de l'ordonnance du 2 décembre 1958 sur le statut de la magistrature, modifié sur ce point par la loi organique du 18 janvier 1979 : « Les magistrats du corps judiciaire ne sont responsables que de leurs fautes personnelles ». L'irresponsabilité des magistrats est ainsi établie en cas de faute de service. Pour transposer la célèbre formule de Laferrière, on dira que « si l'acte dommageable est impersonnel, s'il révèle un [juge] plus ou moins sujet à erreur, et non l'homme avec

¹ Voir en ce sens : T. RENOUX, M. de VILLIERS, *Code constitutionnel, op. cit.*, § 0834, p. 393.

² Art. 5, Legge costituzionale 11 marzo 1953, n° 1, *Norme integrative della Costituzione concernenti la Corte costituzionale*, G.U. n. 62 del 14 marzo 1953. Voir sur cette question : A. PIZZORUSSO, « Présentation de la Cour constitutionnelle italienne », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 6, 1998, p. 26.

³ C. cass., Ass. Plén., 10 octobre 2001, *Breisacher*, Bull. n° 11.

ses faiblesses, ses passions, ses imprudences »¹, alors la responsabilité du magistrat ne peut être engagée, la faute est imputable à la fonction, non au titulaire de la fonction.

D'autre part, doit être appréhendée l'hypothèse médiane entre la soumission au droit commun de la responsabilité et l'irresponsabilité : la *responsabilité encadrée*. Tout en maintenant le principe de la responsabilité, il s'agit d'instituer un régime juridique dérogoire et protecteur. Les modalités peuvent être très diverses. Certains actes procéduraux, voire les poursuites pénales elles-mêmes, peuvent exiger l'accord préalable de l'organe dont la personne poursuivie est membre ou encore à l'accord d'un autre organe. Un tel accord préalable marque un privilège procédural fort. Le fait que l'acte ait été accompli *en dehors* ou *dans* l'exercice des fonctions paraît indifférent. Pour les parlementaires français, depuis la révision constitutionnelle du 4 août 1995, en matière criminelle ou correctionnelle, toute arrestation ou toute autre mesure privative ou restrictive de liberté ne peut se faire qu'après autorisation du bureau de l'assemblée concernée, selon l'article 26 alinéa 2 de la Constitution. En Italie, une nouvelle fois, un régime similaire est prévu au profit des juges constitutionnels. Toute action pénale intentée contre un juge constitutionnel est irrecevable sans accord de la Cour constitutionnelle. L'article 3 de la loi constitutionnelle n° 1 du 9 février 1948, portant norme sur les jugements de légitimité constitutionnelle et sur les garanties d'indépendance de la Cour constitutionnelle², renvoie d'ailleurs sur cette question à l'article 68 de la Constitution italienne concernant les parlementaires. Il résulte de la combinaison de l'article 3 de la loi constitutionnelle de 1948 et de l'article 68 de la Constitution qu'aucun juge constitutionnel « ne peut être soumis à une perquisition personnelle ou domiciliaire, ni ne peut être arrêté ou autrement privé de sa liberté personnelle, ou maintenu en détention » sans accord de la Cour « sauf en exécution d'une condamnation pénale irrévocable ou bien s'il est pris au moment où il commet un délit pour lequel est prévue l'arrestation obligatoire en flagrance ». La même autorisation est nécessaire pour soumettre les juges constitutionnels « à des interceptions, sous quelle que forme que ce soit, de conversations ou de communications et à la saisie de correspondance »³. En

¹ E. LAFFERIERE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Tome I, Berger-Levrault, 2^{ème} édition, 1896, p. 648.

² Legge costituzionale 9 febbraio 1948, n. 1, *Norme sui giudizi di legittimità costituzionale e sulle garanzie di indipendenza della Corte costituzionale*, G.U. n. 43 del 20 febbraio 1948.

³ Une difficulté a pu naître à propos de la lecture combinée de l'article 3 de la loi constitutionnelle de 1948 et de l'article 68 de la Constitution dans la mesure où l'énoncé de ce dernier a été modifié par l'article 1^{er} de la loi constitutionnelle n° 3 du 29 octobre 1993. La loi constitutionnelle de 1948 renvoie-t-elle à l'article 68 originel, thèse du renvoi formel, ou à l'article 68 dans sa rédaction de 1993, thèse du renvoi matériel ? Sur cette controverse doctrinale en Italie : E. LIBONE, A. PIZZORUSSO, « Immunités constitutionnelles et privilèges de juridiction. Italie », *précité*, p. 269.

Pour notre part, nous ne voyons pas comment il serait possible d'admettre qu'il ne faille pas se référer à l'article 68 dans sa rédaction en vigueur. Aucune autre solution ne paraît satisfaisante. On voit mal comment un texte abrogé pourrait survivre dans sa rédaction antérieure, au motif qu'un autre texte antérieur à son abrogation s'y réfère. De plus, le pouvoir de révision constitutionnelle en 1993 est censé connaître les conséquences de la modification de l'article 68 sur la responsabilité des membres de la Cour constitutionnelle. Les débats parlementaires au moment de la révision seraient éclairants sur ce point.

Pologne, l'autorisation préalable du Tribunal constitutionnel est exigée par l'article 196 de la Constitution du 2 avril 1997 en cas de mise en cause de la responsabilité pénale ou de privation de liberté d'un juge constitutionnel. Par ailleurs, cette disposition ajoute qu'un juge constitutionnel « ne peut être détenu ou arrêté, sauf si, en cas de flagrant délit, sa détention est indispensable au déroulement régulier de la procédure ». De manière plus originale, les poursuites pénales peuvent être subordonnées à l'accord d'un autre organe. Ainsi, en République tchèque, l'article 86 de la Constitution du 16 décembre 1992 prévoit que « les juges de la Cour constitutionnelle ne peuvent être poursuivis pénalement sans l'accord du Sénat » sauf flagrant délit. Au Portugal, depuis une modification du 26 février 1998 de la loi organique sur le Tribunal constitutionnel, un juge constitutionnel ne peut être poursuivi qu'après une délibération de l'Assemblée de la République¹.

Le privilège peut être par ailleurs un privilège de juridiction, que les actes soient accomplis *en dehors* ou *dans* l'exercice des fonctions. Jusqu'en 1993, les articles 679 et suivants du Code de procédure pénale prévoyaient que les magistrats judiciaires, administratifs et de la Cour des comptes et les préfets pouvaient être jugés par une autre juridiction que celle du lieu où ils exerçaient leur fonction. Désormais, depuis une loi du 4 janvier 1993, une telle procédure n'est prévue par l'article 665 du même Code que dans « l'intérêt d'une bonne administration de la justice », sans que les personnes pouvant en bénéficier ne soient mentionnées. Il est cependant admis que cette disposition peut être utilisée au profit des personnes visées par les anciens articles 679 et suivants du Code de procédure pénale². Le privilège de juridiction est faible, il n'est point prévu de juridiction spéciale, mais il existe, il est un privilège géographique.

Le plus souvent, au privilège de juridiction est lié un privilège de procédure. Tel est le cas en France pour l'exécutif, que ce soit le Président de la République ou les membres du gouvernement. Aux Etats-Unis d'ailleurs c'est la procédure d'impeachment qui est susceptible d'être engagée contre un juge à la Cour suprême, en tant que « fonctionnaires civils », en cas de « trahison, corruption ou autres hauts crimes et délits »³ selon les termes de l'article 2 section IV de la Constitution du 17 septembre 1787. Cette procédure, particulièrement lourde, la mise en accusation se faisant à la majorité simple devant la Chambre des représentants et le jugement sur la culpabilité devant être rendu à la majorité qualifiée des deux-tiers du Sénat présidé par le *Chief justice*, a néanmoins été mise en œuvre à plusieurs reprises⁴. En Espagne, au même

¹ J. MIRANDA, « Immunités constitutionnelles et privilèges de juridiction. Portugal », *A.I.J.C.*, p. 312-313.

² En ce sens : G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, p. 172.

³ L'irresponsabilité est de mise dans les autres cas.

⁴ E. ZOLLER, « Présentation de la Cour suprême des Etats-Unis », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 5, 1998, pp. 35-36.

titre que le Premier ministre et les membres du gouvernement, la responsabilité pénale des juges au Tribunal constitutionnel ne pourra être mise en jeu que devant la chambre pénale du Tribunal suprême¹.

En l'absence de protection particulière en France, c'est le droit commun qui s'applique, comme l'a illustré l'affaire Roland Dumas. Faut-il se contenter de cet état du droit ? Rares sont ceux qui se sont prononcés en faveur de l'institution d'une protection des membres du Conseil constitutionnel tant la question est peu ou pas abordée². L'indépendance des juges constitutionnels en sortirait renforcée. Reste à déterminer le type de protection à accorder. La question est politique. Sous cet angle, l'impératif et le sentiment de justice tendent à limiter les bénéficiaires et les cas d'immunités et militent, en conséquence, contre l'existence d'un régime de protection des juges constitutionnels. De telles exigences apparaissent cependant comme devant peser davantage en présence de responsables politiques que de juges. L'économie de moyen pourrait consister à aligner la protection des membres du Conseil constitutionnel sur le régime des immunités parlementaires, à l'instar de ce qui se passe en Italie. Toutefois, le régime d'irresponsabilité pour les votes et opinions émis dans l'exercice des fonctions présente une acuité plus faible, alors qu'il existe un devoir de réserve et un secret des délibérés et des votes, que le régime d'inviolabilité. En tout état de cause, une modification de la loi organique, voire du seul décret de 1959, suffirait. Sous cet angle, alors que l'indépendance « statutaire » est satisfaisante, l'indépendance des juges constitutionnels pourrait être mieux garantie d'un point de vue fonctionnel. Appréciée de manière individuelle, la protection des juges constitutionnels peut l'être également collectivement sous l'angle de l'autonomie reconnue à l'institution.

4.2 - Une garantie forte de l'autonomie de l'institution

Envisager l'autonomie du Conseil constitutionnel conduit à l'apprécier selon le triptyque classique : autonomie réglementaire, autonomie administrative et autonomie financière. Sous ces trois déclinaisons, elle est particulièrement forte. La juridiction constitutionnelle bénéficie en effet d'une maîtrise normative certaine (4.2.1) et d'une

¹ Article 26 de la loi organique 2/1979 du 3 octobre 1979 relative au Tribunal constitutionnel.

² A l'exception notable du manuel de G. DRAGO : *Contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, pp. 171-172.

A l'appui du silence de la doctrine française, le régime de protection des juges constitutionnels en Italie a pu être qualifiée de « véritable « anomalie italienne » au niveau comparé » et sa suppression préconisée. Voir en ce sens : E. LIBONE, A. PIZZORUSSO, « Immunités constitutionnelles et privilèges de juridiction. Italie », *précité*, p. 270.

L'« anomalie » dépasse pourtant l'Italie, puisque, pour ce que nous venons de voir, l'Espagne, le Portugal, les Etats-Unis d'Amérique, la Pologne et la République tchèque instituent des immunités au profit des juges constitutionnels.

ample maîtrise de son fonctionnement (4.2.2). De manière collective, l'institution dispose de moyens propres à lui assurer une autonomie importante.

4.2.1 Une maîtrise normative certaine

La maîtrise « normative » du Conseil constitutionnel embrasse deux situations différentes : d'un côté, la maîtrise du juge constitutionnel, plus ou moins directe, sur les textes qui le concernent, de l'autre, le monopole dont il dispose pour exclure l'un des membres de l'institution.

Sur le premier point, la maîtrise par le Conseil constitutionnel du processus normatif le concernant se manifeste de plusieurs manières. Selon les cas, le juge constitutionnel dispose d'un pouvoir d'initiative, d'un pouvoir d'adoption et d'un pouvoir de contrôle. L'initiative, le pouvoir de proposition du Conseil constitutionnel, intervient sur différentes questions. Concernant les obligations imposées aux membres du Conseil constitutionnel, l'article 7 de l'ordonnance prévoit « un décret pris en Conseil des ministres, sur proposition du Conseil constitutionnel ». Ce premier domaine est déterminant dans la mesure où les membres du Conseil sont ceux là même qui vont proposer les obligations qui pèsent sur eux. Ils sont à l'origine de leurs propres contraintes statutaires. Certes, de la sorte, une autonomie de l'institution est garantie. Le juge constitutionnel ne peut, *a priori*, se voir imposer des obligations trop lourdes de la part de l'exécutif. Pourtant, le fait de demander précisément à ceux qui seront contraints quelle sera l'étendue de leur contrainte suscite pour le moins la réflexion. Il est vrai que ces obligations ont pour objet de « garantir l'indépendance et la dignité » des fonctions, ce qui peut justifier dans une certaine mesure le pouvoir d'initiative. En tout état de cause, le Conseil ne fait que proposer, l'exécutif dispose, même si la courtoisie institutionnelle commande une neutralité de ce dernier. L'organisation du secrétariat général suit la même procédure. Selon l'article 15 de l'ordonnance, c'est encore un décret pris en Conseil des ministres, sur proposition du Conseil constitutionnel, qui détermine l'organisation du secrétariat général. Cette initiative s'inscrit dans l'autonomie administrative du Conseil constitutionnel. De son côté, l'autonomie financière implique un pouvoir d'initiative en matière budgétaire¹. De manière moins directe et plus générale enfin, le Conseil constitutionnel intervient dans la procédure visant à fixer par décret en Conseil des ministres les modalités d'application de l'ordonnance de 1958. Dans cette hypothèse, il est seulement consulté².

¹ Voir *infra*, 2.2.

² Article 55 de l'ordonnance organique de 1958.

Le Conseil constitutionnel dispose ensuite d'un véritable pouvoir normatif qui lui est conféré par l'article 56 de l'ordonnance pour établir, par son règlement intérieur, les règles de procédure contenues dans l'ordonnance. Le pouvoir ainsi établi ne concerne que la procédure conduite devant le juge constitutionnel au titre des différents chefs de compétence dont il dispose. Ce pouvoir est d'autant plus étendu qu'il s'exerce sans aucun contrôle possible. Le Conseil d'Etat a jugé qu'un tel règlement n'est pas un acte administratif car il se rattache aux missions que la Constitution confie au Conseil constitutionnel¹. Face à l'ampleur de ce pouvoir, qui pourrait par exemple être une voie normative à emprunter, irrégulière mais envisageable, pour établir une question préjudicielle de constitutionnalité, trois règlements seulement ont été adoptés : le règlement du 31 mai 1959, applicable à la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour le contentieux des élections des députés et des sénateurs, le règlement du 5 octobre 1988, applicable à la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les réclamations relatives aux opérations de référendum, et la décision du 27 juin 2001 portant règlement intérieur sur les archives du Conseil constitutionnel. Aucun règlement n'a été adopté en matière de contrôle de constitutionnalité des lois. Une telle absence ne matérialise cependant pas une absence de règle complétant l'ordonnance dans ce domaine, mais seulement l'absence de règle écrite. Le Conseil constitutionnel a préféré de manière pragmatique élaborer progressivement des règles tendant à la juridictionnalisation de la procédure de contrôle de la constitutionnalité des lois. Tel est le cas du principe de la publication des saisines ou de la mise en place d'un contradictoire avec les observations du gouvernement et les mémoires en réplique, également publiés au Journal officiel. Sur ces questions le juge constitutionnel a préféré garder la maîtrise des choix procéduraux plutôt que de se trouver lié par un texte. La juridictionnalisation de la procédure du contrôle de constitutionnalité des lois est ainsi informelle et spontanée. La situation est d'autant plus surprenante que le pouvoir d'adopter son règlement est en pratique sans limite. L'autonomie de l'élaboration de la procédure conduite devant lui est un attribut décisif pour la juridiction constitutionnelle.

Dernière contribution du Conseil constitutionnel aux textes qui le concernent : le contrôle de constitutionnalité obligatoire des lois organiques posé par l'article 61 de la Constitution. Le juge constitutionnel est ainsi saisi de toute modification de la loi organique le concernant et est, en conséquence, en mesure d'établir la signification des règles constitutionnelles pertinentes qui s'imposent au législateur organique. Peu d'occasions lui ont été données en pratique. Le statut original ne lui a pas été soumis car il a été adopté par la voie d'une ordonnance de l'article 92 de la Constitution, pas plus que la première modification de cette dernière, également intervenue en application de cette disposition constitutionnelle. Le Conseil constitutionnel n'a rendu

¹ CE, Ass., 25 octobre 2002, *Brouant*, *Rev. fr. de droit adm.*, n° 1, 2003, p. 14.

que deux décisions sur les modifications du 26 décembre 1974 et du 19 janvier 1995. La première décision, du 23 décembre 1974, *Saisine du Conseil constitutionnel*¹, ne présente pas d'intérêt particulier dans la mesure où la modification de l'ordonnance de 1958 est la conséquence de l'ouverture de la saisine du Conseil constitutionnel à 60 députés ou 60 sénateurs. La seconde décision, du 11 janvier 1995, *Déclaration de patrimoine des parlementaires*², a précisé le régime des incompatibilités concernant les membres de droit du Conseil constitutionnel et la constatation de la démission d'office en cas de non-respect des règles sur l'incompatibilité. La jurisprudence est donc rare et d'un apport limité sur les exigences constitutionnelles relatives au statut des juges constitutionnels.

Sur le second point, l'autonomie du Conseil constitutionnel passe par un pouvoir d'autodiscipline dont il a le monopole. Il est seul maître de l'éventuelle exclusion de l'un de ses membres ou, plus exactement, dans le langage policé de l'ordonnance, de la constatation de sa démission d'office. Cette formule renvoie à deux situations bien distinctes. Elle peut intervenir en cas de violation des obligations qui sont à la charge des membres du Conseil constitutionnel³. La constatation de la démission d'office est alors disciplinaire et conduit à une exclusion. Cette même formule est également utilisée pour des situations différentes qui ne correspondent pas à la sanction d'un comportement répréhensible mais, plutôt, au constat d'une situation objective. La constatation de démission d'office prend alors véritablement son sens, il n'y a pas de caractère infamant comme en cas de méconnaissance des obligations statutaires. Trois cas sont énoncés par l'ordonnance : l'absence de choix entre la qualité de membre du Conseil et une autre fonction ou un autre mandat incompatibles, la non-jouissance des droits civils et politiques et l'incapacité physique permanente⁴.

Dans le cadre de l'affaire Roland Dumas, la menace de la mise en œuvre d'une procédure disciplinaire a contribué à pousser le Président du Conseil constitutionnel à la démission. Il est toutefois possible de s'interroger sur les motifs qui auraient pu être invoqués. Au regard des éléments contenus dans le décret de 1959, articles 1 et 2, la situation de Roland Dumas semble ne pouvoir être rattachée qu'à la notion de « dignité » de la fonction. Le fait qu'un membre du Conseil constitutionnel fasse l'objet de poursuites judiciaires porte atteinte à la dignité de la fonction. La situation est pourtant problématique. D'abord parce que la présomption d'innocence est occultée, Roland Dumas n'est pas encore condamné. Ensuite parce que, comme on l'a

¹ C.C., n° 74-52 DC, 23 décembre 1974, *Loi organique modifiant l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel*, RJC-I, p. 29.

² C.C., n° 94-354 DC du 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*, RJC-I, p. 616.

³ Articles 5 et 7 du décret du 13 novembre 1959 sur les obligations des membres du Conseil constitutionnel.

⁴ Les deux premiers cas sont prévus par l'article 10 de l'ordonnance organique de 1958, le dernier par l'article 11.

vu, aucune protection juridique ne lui est accordée face à de telles poursuites. Enfin parce que la notion de « dignité » de la fonction est suffisamment large pour faire entrer des situations fort diverses présentant des degrés variables d'atteinte à cette notion. Elle a pu autoriser une menace d'exclusion en l'absence de condamnation définitive dans un contexte conjoncturel défavorable au président au sein du Conseil constitutionnel¹, la majorité de ses membres ne le soutenant pas. L'imprécision est source de danger au regard des menaces qu'elle fait peser sur les membres de l'institution. La loi organique espagnole du 3 octobre 1979 est autrement plus précise quant aux motifs susceptibles de justifier une exclusion. L'autonomie de l'institution est peut-être atteinte, la liberté est moins grande quant aux motifs pouvant être invoqués, en revanche, l'indépendance du juge constitutionnel est plus grande, la liberté d'utiliser le pouvoir de sanction est encadrée et prédéterminée. Le juge constitutionnel est ainsi protégé contre l'institution à laquelle il appartient, un membre de la juridiction est protégé vis-à-vis de la majorité de celle-ci. L'article 23 de la loi organique espagnole prévoit, de manière limitative, sept cas pouvant donner lieu à la cessation de fonction d'un juge constitutionnel. Trois d'entre eux concernent la discipline : le manque de diligence dans l'exercice de la fonction, la violation de la réserve imposée par la fonction et la déclaration de responsabilité civile pour dol ou la condamnation pour un délit dolosif ou une faute grave². Cette dernière hypothèse est intéressante dans la mesure où elle limite le pouvoir d'exclusion par le Tribunal constitutionnel espagnol de l'un de ses membres. Il ne peut l'être s'il est seulement poursuivi, il doit avoir été condamné civilement ou pénalement, et ce ne sont pas toutes les condamnations qui peuvent impliquer une exclusion mais seulement celles qui présentent une gravité ou un lien avec la dignité de la fonction. Un tel encadrement est une manière indirecte d'assurer une protection du juge constitutionnel : point d'immunité mais une limitation du pouvoir de sanction interne de l'institution. L'Espagne offre ainsi à la France un exemple d'une autre voie à emprunter que celle des immunités pour protéger les membres de la juridiction constitutionnelle.

4.2.2 – Une ample maîtrise du fonctionnement

L'autonomie administrative et l'autonomie financière du Conseil constitutionnel se distinguent nettement car seule la première est encadrée par un texte, le décret du 13 novembre 1959, relatif à l'organisation du secrétariat général du Conseil constitutionnel, même s'il est d'un faible niveau normatif. On sait que ce décret a été adopté en Conseil des ministres, sur proposition du Conseil constitutionnel,

¹ Selon l'article 6 du décret de 1959 sur les obligations des membres du Conseil constitutionnel, le vote constatant la violation des obligations posée aux articles 1 et 2 du décret a lieu à « la majorité simple des membres le composant, y compris les membres de droit ».

² La traduction sur ce point est plutôt imprécise (voir *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 2, 1997) d'autant que l'on sait que la responsabilité pénale d'un juge constitutionnel ne peut être mise en jeu que devant le Tribunal suprême.

conformément à l'article 15 de l'ordonnance de 1958. Du côté de l'autonomie financière la seule disposition écrite pertinente est brève, elle est contenue dans l'article 16 de l'ordonnance : « Les crédits nécessaires au fonctionnement du Conseil constitutionnel sont inscrits au budget général. Le président est ordonnateur des dépenses ».

L'autonomie administrative se manifeste par l'existence du secrétariat général dont l'organisation est prévue par le décret de 1959. Une personne domine dans l'organisation administrative du Conseil constitutionnel : le secrétaire général. Nommé par décret du Président de la République sur proposition du président du Conseil constitutionnel, il dirige des services administratifs du Conseil constitutionnel. Cette direction se fait sous l'autorité du président du Conseil. Le décret prévoit encore, autre manifestation de l'autonomie de gestion administrative, que le président est libre de recruter, soit directement soit par voie de détachement, le personnel nécessaire au fonctionnement du Conseil. La possibilité de recruter directement du personnel est fondamentale puisqu'il ne dépend que de la seule institution. En revanche, en cas de recrutement par voie de détachement, l'accord de l'autorité de rattachement est en principe exigé. La liberté de recrutement peut être en pratique d'autant plus réduite. Sans que le décret ne le prévoit de manière explicite, on peut rattacher à ce pouvoir de recrutement la création des différents services, le service juridique, le service de documentation et d'assistance informatique, le service financier et le greffe, qui gravitent autour du Conseil constitutionnel.

L'autonomie financière n'a longtemps résulté que d'une pratique institutionnelle, d'une courtoisie parlementaire. Certes, selon l'ordonnance organique de 1958, les dépenses sont inscrites au budget général ce qui conduit à poser le principe d'un contrôle parlementaire, et c'est bien le président du Conseil qui est maître de l'ordonnancement des dépenses, mais les textes ne prévoient rien d'autre. Le Conseil constitutionnel a dégagé sur cette question un principe constitutionnel général qui bénéficie à tous les pouvoirs constitués. Dans la décision du 25 juillet 2001, *Loi organique relative aux lois de finances*, il s'est référé au « principe d'autonomie financière des pouvoirs publics » qui « relève du respect de la séparation des pouvoirs »¹. Le juge constitutionnel a ensuite précisé cette exigence constitutionnelle dans la décision du 27 décembre 2001, *Loi de finances pour 2002*. Il a dégagé la règle « selon laquelle les pouvoirs publics constitutionnels déterminent eux-mêmes les crédits nécessaires à leur fonctionnement » en jugeant qu'elle était « inhérente au principe de leur autonomie financière qui garantit la séparation des pouvoirs »². Il a

¹ C.C., n° 2001-448 DC, 25 juillet 2001, *Loi organique relative aux lois de finances*, J.O.R.F., 2 août 2001, p. 12490, Cons. n° 25.

² C.C., n° 2001-456 DC, 27 décembre 2001, *Loi de finances pour 2002, précitée*, Cons. n° 47.

ainsi permis en particulier de garantir constitutionnellement l'autonomie financière du Conseil constitutionnel et, indirectement, la procédure actuelle d'élaboration du budget du Conseil.

Le projet de budget est élaboré par le Conseil constitutionnel et, plus précisément, par le service administratif et financier dirigé par le Trésorier¹. Il est ensuite arrêté par le Président du Conseil constitutionnel pour être transmis au ministère des finances qui l'insérera dans le projet de loi de finances. A l'origine, la tradition parlementaire exigeait que le budget présenté par le Conseil constitutionnel soit voté tel quel. La règle posée par le Conseil constitutionnel dans la décision du 27 décembre 2001 constitutionnalise cette pratique. Pour ce qui concerne l'exécution du budget, le principe d'autonomie est inscrit dans la loi organique puisque le président est désigné comme étant l'ordonnateur des dépenses.

C'est sans doute sous l'angle de la spécificité du Conseil constitutionnel, de part sa nature juridictionnelle, que sa protection en tant que pouvoir constitué se révèle la plus développée. L'indépendance statutaire des membres est solide, l'autonomie normative, administrative et financière est forte. L'angle traditionnel de la protection des pouvoirs constitués, les immunités, est en revanche totalement occulté, y compris du débat constitutionnel. La préservation de la dignité de l'institution prime sur la protection que l'on devrait accorder à chacun de ses membres dans l'exercice de sa fonction. Si le Conseil constitutionnel a su s'imposer comme l'expression d'un véritable pouvoir juridictionnel face aux autres pouvoirs, le juge constitutionnel reste fragilisé par ce défaut de protection. Désormais, il semble, en tant qu'institution, à l'abri de toute attaque fondamentale, mais tel n'est pas le cas de ses membres. Une réflexion qui aurait dû être faite au moment de l'affaire Roland Dumas mérite d'être (re)conduite avec d'autant plus de force aujourd'hui que celui-ci n'a en définitive pas été condamné. En d'autres termes, doit-on encore permettre que l'institution puisse être déstabilisée par les poursuites dont fait l'objet l'un de ses membres ? Le seul fait qu'une telle manœuvre soit possible, même si on l'espère improbable, justifie la réflexion.

Xavier Magnon

Professeur à l'Université de Perpignan – Via Domitia

¹ Voir pour une analyse détaillée de la procédure d'élaboration du budget du Conseil constitutionnel : F. JACQUELOT, « L'autonomie financière des Cours constitutionnelles : l'expérience du Conseil constitutionnel français », Exposé présenté lors de la conférence organisée par la Commission de Venise à Sarajevo, les 14 et 15 octobre 2004, sur les budgets des Cours constitutionnelles, [www.venice.coe.int/docs/2004/CDL-JU\(2004\)060-f.pdf](http://www.venice.coe.int/docs/2004/CDL-JU(2004)060-f.pdf).