

# Présidents de la République, QPC et justice constitutionnelle

Par Pierre Esplugas, professeur de droit public à l'Université de Clermont-Ferrand I

L'étude des rapports entre QPC et Présidents de la République paraît relever du non-sens. La difficulté ne porte naturellement pas sur le Président de la République en fonction : celui-ci est effectivement un (modeste) acteur de procédure auquel les décisions QPC doivent, dans un but de publicité, être communiquées<sup>1</sup>.

En revanche, le statut des anciens Présidents de la République cristallise aujourd'hui les difficultés. Le développement des missions juridictionnelles du Conseil constitutionnel induite par la Question prioritaire de constitutionnalité (QPC ci-après) rendrait en effet incongrue la présence au sein de cette institution de personnalités politiques, aussi prestigieuses ou expérimentées soient-elles, que sont les anciens Présidents de la République.

Il est vrai que cette catégorie des membres de droit, prévue par l'article 56 de la Constitution<sup>2</sup>, répond à des justifications très conjoncturelles d'un autre temps. Celles-ci sont connues et résultent de la volonté du général de Gaulle de réserver une place honorable aux anciens Présidents de la IVème République. Il convient d'ajouter que, de manière moins désintéressée, celui-ci souhaitait remercier le Président René Coty de l'avoir appelé comme dernier Président du Conseil de la IVème République et d'avoir ainsi permis un changement de Régime. La situation actuelle des anciens Présidents de la République est donc le produit de circonstances historiques bien particulières que l'on peut estimer aujourd'hui datées.

---

<sup>1</sup> Ord. n° 58-1067, 7 nov. 1958, art. 23-11.

<sup>2</sup> Const. 1958, art. 56, al. 2 : « En sus des neuf membres prévus ci-dessus, font de droit partie à vie du Conseil constitutionnel les anciens Présidents de la République ».

En ce sens, dès avant l'institution de la QPC, la doctrine s'était prononcée en faveur de l'abrogation de cette catégorie singulière notamment au motif qu'il s'agit d'une exception française au regard de la composition des cours constitutionnelles étrangères<sup>3</sup>. Surtout, à partir de 2007, les débats autour d'une question préjudicielle de constitutionnalité auront pour corollaire la mise en cause du statut des anciens Présidents de la République. A cet égard, le Comité dit « Balladur » avait lié sa proposition de créer un contrôle d'une loi promulguée sur renvoi du Conseil d'Etat, de la Cour de cassation ou des juges du fond qui leur sont subordonnés<sup>4</sup> avec la suppression des membres de droit au Conseil constitutionnel<sup>5</sup>. L'existence de ces derniers devenait en effet, selon le Comité, incohérente au regard du « renforcement du caractère juridictionnel de la mission assignée au Conseil constitutionnel »<sup>6</sup>. Cette proposition n'a toutefois pas été reprise par la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 car elle a dû être retirée en 2<sup>ème</sup> lecture du projet présenté par le Gouvernement à la demande du Sénat<sup>7</sup>. L'analyse des débats parlementaires montre que les sénateurs de la majorité de l'époque n'avaient pas conscience du changement de rôle et de nature du Conseil constitutionnel qu'allait impliquer la question préjudicielle. Leurs arguments, très classiques, opposés en particulier au sénateur Robert Badinter soutenant un amendement visant à supprimer les membres de droit au Conseil, s'en tenaient à rappeler l'expérience et à la sagesse qu'apporteraient à l'institution les anciens Présidents de la République. Ces arguments pouvaient, il est vrai, se concevoir dans le cadre du contentieux *a priori* qui est connecté au processus politique d'élaboration de la loi. En revanche, la nature du contentieux *a posteriori* est d'être déconnectée de ce processus ce qui rend moins évident la présence d'une personnalité dont la légitimité est d'avoir une expérience politique.

C'est sans doute pourquoi, éclairée par l'impact de la QPC en 2012, la Commission dite « Jospin » réitère la proposition de supprimer la catégorie des membres de droit alors même que celle-ci ne figurait pas dans le périmètre de sa lettre de mission. Cette Commission souligne ainsi que la réforme de 2008 met « en lumière des problèmes que le constituant de 1958 n'avait pas anticipés » et que « l'appartenance de droit au Conseil constitutionnel de ceux qui ont été les plus hauts responsables politiques du pays entretient une forme de confusion entre fonctions juridictionnelles et fonctions politiques »<sup>8</sup>.

---

<sup>3</sup> R. Badinter, « Une exception française : les anciens présidents de la République au Conseil constitutionnel », *Mélanges L. Favoreu*, Dalloz, 2007, p. 513.

<sup>4</sup> Rapport du « Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Vème République », proposition n° 74, p. 90.

<sup>5</sup> Rapport du « Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Vème République », proposition n° 75.

<sup>6</sup> *Ibid.*

<sup>7</sup> Séance du 16 juillet 2008, rejet de l'amendement n° 135, présenté par MM. Badinter, Frimat, Bel, Collombat, Dreyfus-Schmidt, C. Gautier, Mauroy, Peyronnet, Sueur, Yung et les membres du groupe Socialiste, apparentés et rattachés.

<sup>8</sup> Rapport de la « Commission de rénovation et de déontologie de la vie publique », proposition n° 32, p. 102.

Cette proposition est reprise par l'un des projets de loi constitutionnelle visant à mettre en œuvre les travaux de la « Commission Jospin » tout en étant adossée, de manière curieuse car sans rapport direct, aux dispositions sur la modification du régime des incompatibilités applicables à l'exercice des fonctions gouvernementales<sup>9</sup>. Ce texte précise que la suppression de la catégorie des membres de droit ne s'appliquera pas à ceux en fonction. L'intérêt supposé de cette précision est de faciliter politiquement un vote favorable du texte par chacune des chambres et le Congrès dans la mesure où les anciens Présidents de la République effectivement en fonction ne sont pas concernés. Il était pourtant envisageable juridiquement, sans méconnaître le principe de rétroactivité, de supprimer immédiatement cette catégorie des membres de droit. Cela se serait inscrit dans la logique même de l'exposé des motifs du projet de loi constitutionnelle qui spécifie bien que la présence des anciens Présidents de la République au Conseil constitutionnel est rendue inadéquate par l'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité.

Au-delà de cette affirmation de principe, il convient aujourd'hui de vérifier si la présence des anciens Présidents de la République au Conseil constitutionnel constitue une réelle difficulté pour le bon fonctionnement du Conseil dans le contentieux *a posteriori*. La réponse que nous voudrions apporter est que si la qualité des anciens Présidents de la République comme membre de droit constitue bien un obstacle sérieux à la QPC (I.), cette dernière peut ponctuellement s'accommoder de leur statut dérogatoire (II).

## **I. La qualité des anciens Présidents de la République obstacle à la QPC**

La situation particulière des membres de droit liée à leur qualité d'ancien président de la République est un obstacle au bon fonctionnement de la QPC compte tenu d'une raison pratique qui est leur absence fréquente au Conseil constitutionnel (A.) et d'une raison politique qui est le rôle qu'ils ont joué sous la Vème République (B.).

### **A. L'absentéisme des anciens présidents de la République**

Une différence essentielle entre la situation des membres nommés et celle des membres de droit résulte étonnamment de la pratique. En effet, depuis la création du Conseil constitutionnel, les premiers font preuve, au vu des archives désormais accessibles<sup>10</sup> ou des décisions sur lesquelles figurent depuis 1995 les noms des membres ayant participé au délibéré, d'une assiduité remarquable en n'étant absents principalement que pour des raisons de santé.

---

<sup>9</sup> Projet de loi constitutionnelle relatif aux incompatibilités applicables à l'exercice des fonctions gouvernementales et à la composition du Conseil constitutionnel délibéré en Conseil des ministres le 13 mars 2013.

<sup>10</sup> V. le dépouillement des archives du Conseil constitutionnel pour la période 1958-1983 in *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel* (dir. B. Mathieu, J.-P. Machelon, F. Mélin-Soucrannanien, D. Rousseau, X. Philippe), Dalloz, 2009.

La présence des membres de droit est au contraire laissée à leur bon vouloir. Ce fut le cas par le passé dans le cadre du contrôle *a priori*<sup>11</sup>, cela est encore plus vrai spécifiquement dans le contentieux *a posteriori* concernant lequel on observe une présence faible et aléatoire des anciens présidents de la République. Ainsi, le président Nicolas Sarkozy n'a siégé qu'à l'occasion de huit « décisions QPC »<sup>12</sup>, le président Jacques Chirac à l'occasion de quatre décisions<sup>13</sup> réparties en seulement deux séances, et le président Valéry Giscard d'Estaing à l'occasion d'aucune.

Compte tenu du nombre peu élevé de QPC concernées, on pourrait ainsi en déduire que la remise en cause du statut de membre de droit serait en quelque sorte « beaucoup de bruit pour rien » et ne changerait pas fondamentalement l'économie générale du système. On peut estimer au contraire qu'en étant aussi absents, les anciens présidents de la République font preuve de leur inutilité ce qui militerait pour la suppression de leur statut.

Leur participation ou absence de participation ne s'explique finalement, en dehors de toute rationalité, qu'en fonction de leur propre volonté ou situation personnelle. Le président Giscard d'Estaing a ainsi manifesté sa volonté de ne pas siéger spécifiquement pour les « séances QPC » alors qu'il continue de le faire pour les « séances DC ». On peut se risquer à avancer une raison d'ordre psychologique pour comprendre cette position : celui qui est à l'origine de la réforme essentielle de 1974 sur l'extension de la saisine du Conseil aux parlementaires accepterait mal la dénaturation, selon lui, du rôle du Conseil provoquée par la QPC. Son absence pourrait donc s'analyser en une réaction d'orgueil.

---

<sup>11</sup> Le président Vincent Auriol refusa de siéger au Conseil à partir de 1960 pour n'y revenir que ponctuellement en 1962 afin de s'opposer au projet de référendum constitutionnel sur l'élection du chef de l'Etat au suffrage universel. Le président René Coty y a siégé jusqu'à son décès en 1962. Il ne fut pas question pour le général de Gaulle d'y siéger à la suite de sa démission en 1969. La question ne s'est pas posée pour le président Pompidou décédé encours de mandat. Le président Valéry Giscard d'Estaing ne décida d'y siéger, de manière d'ailleurs épisodique, qu'à l'issue de sa carrière politique, soit à partir du 10 juin 2004. Le président François Mitterrand, affecté par la maladie, n'y siégea jamais. En revanche, à l'issue de son mandat, Jacques Chirac a immédiatement siégé au Conseil à partir du 15 novembre 2007. De manière anecdotique, son entrée au Conseil provoqua au demeurant avec Valéry Giscard d'Estaing une émulation pour y siéger effectivement. Nicolas Sarkozy n'a à ce jour jamais siégé à l'occasion d'une « décision DC ».

<sup>12</sup> Cons. const., n° 2012-259 QPC, 29 juin 2012, *M. Mouloud A. [Statut civil de droit local des musulmans d'Algérie et citoyenneté française]*; 29 juin 2012, n° 2012-260 QPC, *M. Roger D. [Mariage d'une personne en curatelle]*; n° 2012-274 QPC, 28 sept. 2012, *Consorts G. [Calcul de l'indemnité de réduction due par le donataire ou le légataire d'une exploitation agricole en Alsace-Moselle]*; n° 2012-275 QPC, 28 sept. 2012, *Consorts J. [Obligation pour le juge de l'expropriation de statuer sur le montant de l'indemnité indépendamment des contestations]*; n° 2012-276 QPC, 28 sept. 2012, *Fondation Hans Hartung et Anna Eva Bergman [Transmission du droit de suite sur les oeuvres d'art graphiques et plastiques]*; n° 2012-278 QPC, 5 oct. 2012, *Mme Elisabeth B. [Condition de bonne moralité pour devenir magistrat]*; n° 2012-285 QPC, 30 nov. 2012, *M. Christian S. [Obligation d'affiliation à une corporation d'artisans en Alsace-Moselle]*, n° 2012-285 QPC, 30 nov. 2012, *M. Christian S. [Obligation d'affiliation à une corporation d'artisans en Alsace-Moselle]*; n° 2012-286 QPC, 7 déc. 2012, *Société Pyrénées services et autres [Saisine d'office du tribunal pour l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire]*.

<sup>13</sup> Cons. const., n° 2010-1 QPC, 28 mai 2010, *Consorts L. [Cristallisation des pensions]*; 28 mai 2010, n° 2010-3 QPC, *Union des familles en Europe [Associations familiales]*; n° 2010-2 QPC, 11 juin 2010, *Mme Vivianne L. [Loi dite "anti-Perruche"]*; n° 2010-6/7 QPC, 11 juin 2010, *M. Stéphane A. et autres [Article L. 7 du code électoral]*.

L'absence de Jacques Chirac tient à sa volonté de se mettre en congé du Conseil constitutionnel à partir de mars 2011 à la fois compte tenu de sa mise en cause puis condamnation dans le cadre d'un procès pénal<sup>14</sup> et de son état de santé neurologique. Indépendamment de ces causes objectives, il ne semble pas non plus que Jacques Chirac ait manifesté un grand intérêt personnel à siéger au Conseil constitutionnel, pas spécifiquement d'ailleurs pour les séances QPC.

La participation ou l'absence de participation de Nicolas Sarkozy tient dans un premier temps tout simplement à des contraintes d'agenda personnelles. On sait que celui-ci est encore actif et participe notamment à des conférences qui l'éloignent d'une activité régulière au Conseil constitutionnel. L'absence de Nicolas Sarkozy s'explique aussi dans un deuxième temps par sa volonté de ne pas ou plus siéger après le double rejet de son compte de campagne pour l'élection présidentielle de 2012 par la Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques<sup>15</sup> et le Conseil constitutionnel<sup>16</sup>. En outre, sa mise en examen pour abus de faiblesse le 21 mars 2013 l'avait conduit à se mettre en congé du Conseil constitutionnel dès cette date.

On peut finalement déplorer que la participation d'un membre du Conseil soit aléatoire et laissée simplement à son bon-vouloir. De surcroît, l'absence fréquente des membres de droit lors des « séances QPC » conduit à faire un distinguo discutable entre, d'une part, un contentieux *a priori* noble qui porte sur les grands enjeux venant d'être discutés au Parlement et pour lequel les membres de droit daigneraient encore siéger, et, d'autre part, un contentieux *a posteriori* plus mineur ou fastidieux car s'intéressant à des questions qui relèvent parfois de la « micro-constitutionnalité » et concernant lequel les membres de droit s'épargneraient de traiter.

## **B. Le rôle politique des présidents sous la Vème République**

Le rôle politique joué par les Présidents sous la Vème République constitue une difficulté au regard du principe de l'impartialité des juridictions. Il convient tout d'abord de rappeler que ce principe, déduit de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme relatif au droit à un procès équitable, est applicable, selon la Cour européenne des droits de l'Homme, devant les juridictions constitutionnelles pour les procédures *a posteriori* et concrètes comme la QPC qui portent effectivement sur des contestations relatives aux droits et obligations de caractère civil d'une personne ou sur le bien-fondé de toute accusation en matière pénale<sup>17</sup>. Ce principe est ensuite entendu par cette Cour de manière large et se conçoit ainsi, d'une part, d'un point de vue subjectif ce qui renvoie à la conception personnelle du juge en ce sens qu'aucun des membres de la juridiction ne doit manifester de parti pris ou de préjugé personnel ; il se conçoit, d'autre part, d'un point de vue objectif ce qui conduit à se demander si, « indépendamment de la conduite personnelle du juge, certains faits vérifiables autorisent à suspecter l'impartialité de ce dernier » ; la Cour ajoute « qu'en la matière, même les apparences peuvent revêtir de l'importance »<sup>18</sup>.

---

<sup>14</sup> Condamnation de Jacques Chirac pour détournement de fonds publics, abus de confiance et prise illégale d'intérêt par un jugement du tribunal correctionnel de Paris le 15 décembre 2011.

<sup>15</sup> Déc. CNCCFP, 19 déc. 2012.

<sup>16</sup> Cons. const., 2013-156 PDR, 4 juill. 2013.

<sup>17</sup> CEDH, 23 juin 1993, *Ruiz-Mateos c/ Espagne*, req. n° 12952/87 ; 3 mars 2000, *Krcmar c/ République tchèque*, req. n° 35376/97.

<sup>18</sup> CEDH, 27 août 2002, *Didier c/ France*, § 2, req. n° 58188/00.

Au regard de cette grille de lecture, la place des anciens présidents de la République fait naturellement débat compte tenu de la pratique de l'exercice de leurs pouvoirs. Certes, on sait que le Président de la République est sensé être, au terme de l'article 5 de la Constitution de 1958, le gardien de la Constitution ce qui justifierait précisément, une fois ses fonctions achevées, son statut de membre de droit du Conseil constitutionnel. A ce titre, juridiquement, le Président de la République n'a ni l'initiative des lois, ni la maîtrise du processus législatif qui appartient au Gouvernement. En ce sens, si une lecture parlementaire de la Constitution s'était imposée, la présence d'un membre de droit lors d'une délibération d'une décision QPC aurait sans doute constitué une moindre difficulté.

Toutefois, même en appliquant littéralement la Constitution, on observe que le Président de la République participe objectivement au processus législatif au moins en présidant le Conseil des ministres à l'occasion de la délibération d'un projet de loi, en pouvant saisir le Conseil constitutionnel d'un texte de loi, en pouvant demander une nouvelle délibération de celui-ci ou en promulguant une loi. Cela répondrait ainsi à l'hypothèse où l'impartialité objective d'un juge peut être mise en cause. Celle-ci empêcherait donc *a priori* un ancien Président de la République de traiter toute QPC concernant une disposition législative adoptée pendant son mandat.

Cet empêchement peut encore se doubler d'un cas de partialité subjective dans le cadre d'une logique présidentialiste dont on sait qu'elle n'est pas un cas d'école sous la Vème République. En effet, selon cette logique, le Président de la République est un véritable acteur de la procédure législative qui peut être amené à se prononcer publiquement en faveur de telle ou telle réforme législative et être à leur initiative.

Un ancien Président de la République pourrait également se trouver en situation de partialité, non pas en cette qualité, mais en celle, avant d'accéder à la fonction de chef de l'Etat, de membre du Gouvernement. Cette situation le placerait de nouveau dans un cas d'impartialité objective au moins pour toute QPC dirigée contre une disposition législative tirée d'un projet de loi relevant de son secteur ministériel. Une délibération en Conseil des ministres étant collégiale, on peut même penser que l'impartialité objective s'étend à l'égard de toute QPC dirigée contre une disposition législative issue d'un projet de loi délibéré en Conseil des ministres auquel a participé le membre de droit. De la même manière, le Gouvernement étant un acteur de la procédure législative devant le Parlement, l'impartialité objective jouerait pour toute disposition législative émanant d'une proposition de loi touchant au secteur ministériel dont a eu la charge le membre de droit et adoptée au moment où il était en fonction. A cet égard, les trois membres de droit siégeant actuellement au Conseil constitutionnel ont tous exercé des fonctions ministérielles avant d'être chef de l'Etat. Leur présence au Conseil constituerait donc une difficulté concernant des lois adoptées pour une période assez large qu'il appartient de vérifier au cas par cas.

Un ancien Président de la République peut aussi avoir été un simple opposant politique à une loi adoptée avant son entrée en fonction comme chef d'Etat ou après la fin de ses fonctions. On serait alors en présence d'un cas d'impartialité subjective. Cette situation vise les trois actuels membres de droit qui, avant d'être élus Président de la République, ont été des responsables de partis politiques ayant pu s'exprimer sur des réformes législatives engagées par un Gouvernement auquel ils n'appartenaient pas. Cette situation s'applique encore plus particulièrement à Valéry Giscard d'Estaing qui a continué à mener une vie politique une fois son mandat de Président de la République achevé entre 1981 et 2004.

Enfin, un ancien Président de la République est nécessairement un ancien candidat à l'élection présidentielle. Or on sait que le Conseil constitutionnel est compétent pour juger en appel des comptes de campagne des candidats à l'élection présidentielle rejetés par la Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques. Cette compétence le conduit donc potentiellement à juger l'un de ses membres si celui-ci a été battu à l'élection présidentielle comme c'est le cas pour Nicolas Sarkozy. Celui-ci est alors structurellement en situation de partialité s'il siège lors d'une audience et délibération QPC aux côtés de juges qui seront amenés à trancher sur son propre cas. C'est d'ailleurs logiquement que Nicolas Sarkozy avait décidé de ne pas siéger au Conseil le temps que soit tranché son recours devant le Conseil constitutionnel contre la décision de la Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques du 19 décembre 2012 ayant rejeté son compte de campagne pour l'élection présidentielle de 2012. Dans le prolongement de ce recours, on peut de même comprendre son annonce, même si elle ne tient pas juridiquement, de « démissionner » du Conseil<sup>19</sup> dès lors qu'il lui apparaît humainement impossible de siéger aux côtés de membres qui l'ont sanctionné après la confirmation du rejet de son compte de campagne<sup>20</sup>. Il reste que cette interférence entre un statut de justiciable dans le contentieux électoral et de juge dans les autres contentieux laisse une impression de confusion des genres que ne dissipe qu'imparfaitement l'absence au Conseil de l'intéressé.

## **II. La QPC compatible avec le statut dérogatoire des anciens Présidents de la République**

La QPC peut être compatible avec le statut des anciens présidents de la République dans la mesure où celui-ci n'est que très partiellement dérogatoire avec celui des membres nommés. Le statut de ces membres de droit diffère certes en effet s'agissant des conditions d'accès direct au Conseil et de la durée perpétuelle de leurs fonctions. Toutefois, s'agissant de l'exercice même des fonctions, leur statut n'est dissemblable que sur un point, mais capital, qui est l'absence de prêter serment devant le Président de la République. Cette dispense constitue sans doute une difficulté mais surmontée par la jurisprudence de Conseil constitutionnel (A.). De plus, la QPC peut être rendue compatible avec la qualité des membres de droit grâce à l'existence de « portes de sortie » formalisées par les procédures de déport et de récusation offertes à eux comme aux autres membres (B.).

### **A. La question de l'absence d'obligation de prêter serment**

L'obligation de prêter serment est posée par l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel : celle-ci dispose que seuls les « membres nommés » jurent d'exercer leurs fonctions « 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 »<sup>21</sup>. Cette dérogation « au profit » des membres de droit pourrait donc constituer une difficulté sérieuse en laissant penser aux justiciables auteurs d'une QPC que ceux-ci peuvent s'exonérer de l'obligation d'impartialité et d'un devoir de réserve.

---

<sup>19</sup> Communiqué à l'AFP du jeudi 4 juillet 2013.

<sup>20</sup> Cons. const., 2013-156 PDR, 4 juill. 2013.

<sup>21</sup> Ord. n° 58-1067, 7 nov. 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, art. 3.

Toutefois, cette carence a été comblée par la jurisprudence du Conseil constitutionnel qui pose le principe de l'assimilation entre les membres de droit et les membres nommés à l'exception précisément de l'obligation de prêter serment. Il considère en effet que « 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 »<sup>22</sup>. Or, en particulier, l'obligation de respecter un devoir de réserve est reprise, en dehors du serment, par l'ordonnance du 7 novembre 1958 qui prévoit expressément parmi les obligations imposées à tous les membres du Conseil celle de « l'interdiction pour les membres du Conseil constitutionnel, pendant la durée de leurs fonctions, de prendre aucune position publique sur les questions ayant fait, ou susceptibles de faire l'objet de décisions de la part du Conseil, ou de consulter sur les mêmes questions »<sup>23</sup>. En revanche, l'obligation d'impartialité n'est pas expressément mentionnée par cette disposition. Elle est cependant induite par le décret du 13 novembre 1959 auquel renvoie l'ordonnance du 7 novembre 1958 et qui fait obligation à tous les membres du Conseil sans distinction de « s'abstenir de tout ce qui pourrait compromettre l'indépendance et la dignité de leurs fonctions »<sup>24</sup>. Ce texte rappelle également l'interdiction faite à tous les membres « de prendre aucune position publique ou de consulter sur des questions ayant fait ou étant susceptibles de faire l'objet de décisions de la part du Conseil »<sup>25</sup>. Il en résulte donc clairement que *tous* les membres du Conseil sont astreints à un devoir de réserve ainsi qu'à une obligation d'impartialité. Il appartient au Conseil lui-même d'apprécier la méconnaissance de ces obligations par l'un de ses membres et de prononcer des sanctions « au scrutin secret à la majorité simple des membres le composant, y compris ses membres de droit »<sup>26</sup>. L'absence de serment prive donc simplement, les membres de droit d'un engagement symbolique et solennel, ce qui n'est d'ailleurs pas neutre. Pour autant, juridiquement les obligations statutaires auxquelles ceux-ci sont soumis satisfont aux standards du droit processuel.

## **B. Les « portes de sortie » : le déport et la récusation des anciens Présidents de la République**

---

<sup>22</sup> Cons. const., 7 nov. 1984, n° 84-983 AN, *A.N., Puy-de-Dôme (2ème circ.)*.

<sup>23</sup> Ord. n° 58-1067, 7 nov. 1958, *op. cit.*, art. 7.

<sup>24</sup> D. n° 59-1292, 13 nov. 1959 sur les obligations des membres du Conseil constitutionnel, art. 1.

<sup>25</sup> D. n° 59-1292, 13 nov. 1959, *op. cit.*, art. 2.

<sup>26</sup> D. n° 59-1292, 13 nov. 1959, *op. cit.*, art. 5 et 6.



Le rôle politique joué par les anciens Présidents de la République les place dans des cas d'impartialité potentiellement nombreux<sup>27</sup>. Il était donc impératif de concevoir des « portes de sorties », pour faire un parallèle avec la terminologie dite des « portes étroites » imaginée dans le contrôle *a priori*, afin de résoudre cette difficulté. Ces « portes de sortie » sont prévues par le règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité<sup>28</sup>. Celui-ci organise deux procédures distinctes, d'une part, de déport, d'autre part, de récusation d'un membre du Conseil<sup>29</sup>. Ces procédures sont sensées répondre à l'exigence conventionnelle tirée de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme relatif au procès équitable<sup>30</sup>. S'agissant du déport, celui-ci vise un membre qui « estime devoir s'abstenir de siéger » ; il en informe alors le Président<sup>31</sup>. Il s'agit d'une pratique simple et de bon sens qui permet de faire échapper, notamment un membre de droit, à un risque d'impartialité. Il est à noter que la responsabilité personnelle de l'intéressé est en l'occurrence d'autant plus grande que le choix de se déporter ne fait pas l'objet d'une décision du Conseil ou de son président à la différence du droit en vigueur devant les juridictions administratives<sup>32</sup>. S'agissant d'un ex-président de la République, on peut d'ailleurs trouver logique que, du fait de sa qualité, il n'ait pas à soumettre sa décision personnelle à une délibération du Conseil ou une décision de son président. En revanche, comme pour les autres membres, il serait bon en pratique que l'on sache officiellement quand un membre de droit a souhaité se déporter. A l'heure actuelle, cette information n'apparaît qu'éventuellement dans le commentaire aux *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* ou à la suite du visionnage de la vidéo de la séance montrant le départ du membre se déportant. Il est donc difficile de savoir si, à ce jour, un membre de droit a déjà souhaité se déporter sans que l'on puisse préjuger qu'une absence puisse être assimilée à un déport.

---

<sup>27</sup> *Supra* I., B.

<sup>28</sup> Règlement intérieur du 4 février 2010 sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité, art. 4. V. M. Guillaume, « Le règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel », *Petites affiches*, 23 févr. 2010, p. 3.

<sup>29</sup> V. E. Cartier, « La récusation et le déport devant le Conseil constitutionnel : cote mal taillée ou réelle avancée ? », *Petites affiches*, 5 mai 2011 n° 89, p. 22.

<sup>30</sup> CEDH, 23 févr. 1996, *Bulut c/ Autriche* — CEDH, 6 juin 2000, *Morel c/ France*.

<sup>31</sup> Règlement intérieur, *op. cit.*, art. 4, al. 1.

<sup>32</sup> C. just. adm., art. R. 721-1 : « Un membre de la juridiction peut souhaiter d'abstenir soit qu'il suppose en sa personne une cause de récusation ou soit qu'il estime en conscience ne pouvoir siéger ou conclure ; il peut alors solliciter son remplacement du président de la juridiction. Sa demande fait l'objet d'une décision ».

Cette procédure aurait cependant eu naturellement vocation à s'appliquer, tout comme *a fortiori* la récusation, si la Cour de cassation avait renvoyé une QPC concernant le régime légal de la prescription de l'action publique dans un procès où était en cause l'ancien Président de la République Jacques Chirac. La Cour a cependant estimé que la QPC n'était ni nouvelle, ni sérieuse et ne l'a donc pas renvoyée au Conseil constitutionnel<sup>33</sup>. Si la Cour de cassation avait au contraire souhaité transmettre au Conseil constitutionnel cette QPC, le déport de Jacques Chirac se serait naturellement imposé comme un moindre mal. Nous soulevons toutefois l'hypothèse, inextricable, selon laquelle il aurait été possible alors d'arguer de l'impartialité de tous les autres membres du Conseil car ceux-ci effectivement connaissent leur collègue Jacques Chirac et sont liés avec lui par des relations de travail, voire d'amitié<sup>34</sup>.

S'agissant de la récusation, le règlement intérieur dispose qu'une partie ou son représentant peut la demander à l'égard d'un membre du Conseil constitutionnel ; soit celui-ci y accède, soit, dans le cas contraire, le Conseil l'examine hors sa présence<sup>35</sup>. La clé de cette procédure réside dans les causes de la récusation. Celle-ci doit être justifiée « par un écrit spécialement motivé accompagné des pièces propres à la justifier »<sup>36</sup>. Concernant un membre de droit, l'auteur de la demande de récusation pourra ainsi prouver sa partialité subjective en produisant des documents, datés de la période où il était un responsable politique, comme une déclaration politique ou un article de journal exprimant un parti-pris sur la disposition législative contestée.

En revanche, la partialité objective d'un membre de droit est, en l'état de la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel, plus compliquée à prouver pour l'auteur d'une demande de récusation. Le règlement intérieur prévoit en effet « en creux » un cas négatif d'impartialité objective et dispose que « le seul fait qu'un membre du Conseil constitutionnel a participé à l'élaboration de la disposition législative faisant l'objet de la question de constitutionnalité ne constitue pas en lui-même une cause de récusation »<sup>37</sup>. Cette réserve paraît avoir été écrite pour « sauver » la présence des anciens présidents de la République qui ont pu effectivement participer à l'élaboration d'une disposition législative.

---

<sup>33</sup> C. cass. Ass. plénière, arrêts n° 595 à 598, 20 mai 2012.

<sup>34</sup> V. O. Beaud, P. Wachsmann, « La QPC et le procès Chirac ou les impasses de la composition du Conseil constitutionnel », *Revue de Droit d'Assas*, févr. 2012, p. 113 ; V. aussi même article sous le titre « Révisons la Constitution », *Le Monde*, 11 mars 2011 « Révisons la Constitution ».

<sup>35</sup> Règlement intérieur, *op. cit.*, art. 4, al. 2 et 3 ; V. P. Bon, « Récuser un membre du Conseil constitutionnel », *Recueil Dalloz* 2010 p. 2007 ; F. Jacquelot, « Regards comparés sur l'abstention et les récusations au sein du Conseil constitutionnel et de la Cour constitutionnelle italienne : histoire d'une impartialité reprogrammée », *Constitutions* 2011 p. 347.

<sup>36</sup> Règlement intérieur, *op. cit.*, art. 4, al. 2.

<sup>37</sup> Règlement intérieur, *op. cit.*, art. 4, al. 4.

On apprend certes, à la lecture d'un commentaire autorisé du règlement intérieur rédigé par son secrétaire général, Marc Guillaume, que « cette disposition reprend, à la suite de la jurisprudence de la CEDH rappelée ci-dessus, l'article 101 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 modifiée sur la Cour d'arbitrage de Belgique »<sup>38</sup> (aujourd'hui Cour constitutionnelle belge). Ces deux analogies sont cependant discutables. En ce qui concerne la jurisprudence européenne visée, celle-ci ne porte que sur le rôle du juge-commissaire devant le tribunal de commerce durant la phase d'observation des sociétés<sup>39</sup> qui nous semble difficilement comparable avec celui d'un Président de la République française dans le processus législatif. La référence au statut de la Cour constitutionnelle belge nous paraît davantage pertinent au moins parce qu'elle concerne également des juges d'une Cour constitutionnelle. Toutefois, outre qu'il n'est pas sûr que l'article 101 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 soit également conforme aux exigences de l'article 6-1 de la Convention, l'analogie n'est pas tenable dans le sens où la Cour constitutionnelle belge ne comprend pas en son sein des juges qui ont l'importance dans le processus législatif d'un Président de la République française.

Nous pensons donc, au contraire, que, s'agissant spécifiquement d'un Président de la République française, celui-ci se trouve dans une situation objective de partialité compte tenu de sa participation effective à l'élaboration d'une loi. Cette participation résulte, par exemple, au moins de la délibération d'un projet de loi en Conseil des ministres présidé par le Président de la République ou de la promulgation par lui-même d'un texte de loi. En ce sens, il n'est pas certain que la rédaction retenue du règlement intérieur réponde de manière satisfaisante aux exigences conventionnelles tirées de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme. Pour la Cour européenne des droits de l'Homme, il est effet possible de faire valoir au contraire que toute cause est susceptible de constituer un motif de récusation dès lors qu'elle crée un « doute légitime » quant à l'impartialité d'un des membres d'une juridiction<sup>40</sup>. La présence à une audience et à une délibération d'une décision QPC d'un ancien Président de la République nous semble bien introduire, un « doute légitime » de partialité.

---

<sup>38</sup> V. M. Guillaume, *ibid.*

<sup>39</sup> CEDH, 6 juin 2000, *Morel c/ France*, req. n° 34130/96.

<sup>40</sup> La Cour apprécie l'impartialité d'un point de vue objectif d'un juge au sens de l'article 6 § 1 selon une démarche qui consiste à s'assurer que celui-ci offre des « garanties suffisantes pour exclure à cet égard tout doute légitime » (voir, par exemple, l'arrêt *Gautrin et autres c. France* du 20 mai 1998, § 58).

Cette question s'est directement posée à la suite de la demande, formulée par le président du conseil général de Saône-et-Loire, Arnaud Montebourg, de récusation de six membres du Conseil dont un membre de droit, en l'occurrence, Jacques Chirac, dans la mesure où ceux-ci avaient eu à connaître, selon le requérant, de dispositions législatives relatives à l'allocation personnalisée d'autonomie et au revenu minimum d'activité dont la conformité au principe de libre administration des collectivités territoriales était discutée par plusieurs départements<sup>41</sup>. La réponse donnée par le Conseil constitutionnel est incertaine : il est seulement indiqué dans les visas de la décision, que la demande de récusation a été examinée par le Conseil constitutionnel le 26 mai 2011. Un éclairage complémentaire est apporté par la voie des *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* qui précisent que « Jacques Chirac ne participe plus aux travaux du Conseil depuis mars 2011 »<sup>42</sup>. Ces réponses, pour le moins lapidaires, ne font que traduire le caractère approximatif de la procédure de récusation, notamment lorsqu'elle vise un membre de droit. Il faudra donc plus sûrement attendre la réponse donnée par la Cour européenne des droits de l'Homme lorsqu'elle sera saisie par un requérant contestant le rejet d'une demande de récusation.

Il a sans doute pu être démontré que le statut dérogatoire des anciens Présidents de la République pouvait ponctuellement être compatible avec la QPC. Cela suppose néanmoins d'avoir recours à des raisonnements ou procédés de substitution qui au final laissent une impression de « bricolage ». Il est un fait pourtant que la présence des membres de droit conduit à une rupture de l'équilibre des pouvoirs au sein du Conseil constitutionnel. Celle-ci est d'autant plus importante que ceux-ci représentent aujourd'hui potentiellement le quart des membres siégeant au Conseil sans qu'il soit d'ailleurs exclu que cette proportion augmente à terme dans un contexte d'allongement de la durée de vie. Pour l'heure, la QPC, *de facto*, pousse vers la sortie du Conseil les anciens présidents de la République. Il serait toutefois préférable pour l'avenir que la composition du Conseil soit *de jure* à la hauteur des exigences induites par la QPC et qu'ainsi la catégorie des membres de droit soit officiellement supprimée.

---

<sup>41</sup> Cons. const., n° 2011-143 QPC, 30 juin 2011, *Départements de la Seine-Saint-Denis et de l'Hérault [Concours de l'État au financement par les départements de l'allocation personnalisée d'autonomie]*.

<sup>42</sup> Commentaire de la décision 30 juin 2011, n° 2011-143 QPC, *Départements de la Seine-Saint-Denis et de l'Hérault [Concours de l'État au financement par les départements de l'allocation personnalisée d'autonomie]*, *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, p. 3 .