



SOCIEDAD, ESTADO Y DERECHO

Homenaje a Álvaro Tafur Galvis

Tomo II

Antonio Aljure Salame
Rocío Araújo Oñate
William Zambrano Cetina
-Editores académicos-



Universidad del Rosario



UR



Sociedad, Estado y Derecho

Homenaje a Álvaro Tafur Galvis

Tomo II

Equilibrios institucionales
Transformaciones de la administración

Antonio Aljure Salame
Rocío Araújo Oñate
William Zambrano Cetina
-Editores académicos-

Sociedad, Estado y Derecho: Homenaje a Álvaro Tafur Galvis / editores académicos Antonio Aljure Salame, Rocío Araújo Oñate, William Zambrano Cetina. – Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia, 2014.

4 volúmenes.

ISBN: 978-958-738-511-3

Derecho constitucional / Estado / Tafur Galvis, Álvaro, 1944- / Derechos civiles / I. Aljure Salame, Antonio / II. Araújo Oñate, Rocío / III. Zambrano Cetina, William / IV. Título / V. Serie.

342.029

SCDD 20

Catalogación en la fuente – Universidad del Rosario. Biblioteca

amv

Agosto 21 de 2014

Hecho el depósito legal que marca el Decreto 460 de 1995



© 2014 Editorial Universidad del Rosario

© 2014 Universidad del Rosario,

Facultad de Jurisprudencia

© 2014 Varios autores

Editorial Universidad del Rosario

Carrera 7 N° 12B-41, oficina 501 • Teléfono 297 02 00

<http://editorial.urosario.edu.co>

Primera edición: Bogotá D.C., septiembre de 2014

ISBN: 978-958-738-511-3

Coordinación editorial: Editorial Universidad del Rosario

Corrección de estilo: Claudia Ríos

Diseño de cubierta y diagramación:

Precolombi EU-David Reyes

Impresión: Xpress. Estudio Gráfico y Digital S.A.

Impreso y hecho en Colombia

Printed and made in Colombia

Todos los derechos reservados. Esta obra no puede ser reproducida sin el permiso previo por escrito de la Editorial Universidad del Rosario.

Contenido

EQUILIBRIOS INSTITUCIONALES

La composition du Conseil constitutionnel, une nouvelle exception française?	3
<i>Fabrice Hourquebie</i>	
Une nouvelle Constitution pour la France?	17
<i>Ferdinand Melin-Soucramanien</i>	
Juicios de sustitución, soberanía popular y vías de reforma constitucional	27
<i>Rodrigo Uprimny Yepes</i>	
Reserva constitucional de la competencia material de la jurisdicción contencioso-administrativa en Costa Rica	51
<i>Ernesto Jinesta Lobo</i>	
Sobre el principio de la formación del derecho por grados en Venezuela, en la distinción entre el acto de gobierno y el acto administrativo	77
<i>Allan Brewer-Carías</i>	
El control contencioso administrativo de los actos del gobierno y de los consejos de gobierno de las comunidades autónomas en España	107
<i>Luciano Parejo Alfonso</i>	

La persona como centro de los principios generales del derecho administrativo.....	123
<i>Hugo Bastidas Bárcenas</i>	
Del control constitucional a cargo del Consejo de Estado	133
<i>María Claudia Rojas Lasso</i>	
Las leyes marco y sus reglamentos	159
<i>Humberto Mora Osejo</i>	
Conciliación extrajudicial en materia contencioso administrativa	173
<i>Consuelo Sarria Olcos</i>	
El resurgimiento normativo y hermenéutico de la suspensión provisional.....	201
<i>Alberto Yepes Barreiro</i>	
Las medidas cautelares	239
<i>Carlos Betancur Jaramillo</i>	
Los poderes del juez administrativo.....	257
<i>Manuel Santiago Urueta</i>	
Notas sobre el control de la administración en el derecho colombiano, siglos XIX y XX.....	283
<i>Hernán Guillermo Aldana Duque</i>	
Comentarios sobre los tribunales contencioso administrativos de las organizaciones internacionales.....	301
<i>Luis Fernando Tafur Galvis</i>	

TRANSFORMACIONES DE LA ADMINISTRACIÓN

El ordenamiento territorial colombiano más allá de la Constitución de 1991	321
<i>Augusto Hernández Becerra</i>	

Dos décadas de reformas administrativas en Colombia y la reforma de 2011	343
<i>Jorge Hernán Cárdenas Santamaría,</i> <i>Juliana Cala,</i> <i>Angélica Blanco,</i> <i>Angélica Mayolo</i>	
La transformación de la administración pública. Apuntes para un control de las nuevas autoridades administrativas. Las comisiones de regulación	377
<i>Édgar González López</i>	
La delegación administrativa en Colombia: ¿Evolución o mutación constitucional?	407
<i>Guillermo Sánchez Luque</i>	
Nuevo paradigma de la transparencia en México.....	451
<i>José René Olivos Campos</i>	

EQUILIBRIOS INSTITUCIONALES

La composition du Conseil constitutionnel, une nouvelle exception française?

Fabrice Hourquebie*

La Colombie et la France ont en commun plusieurs inspirations juridiques, parmi lesquelles des pans du droit administratif institutionnel ou contentieux et du droit constitutionnel. La création d'un contrôle de constitutionnalité confié à une juridiction spécifiquement créée à cet effet fait partie de ce «droit en partage». Mais le constituant colombien a eu la bonne idée de ne pas emprunter à l'excès les règles relatives à la composition du Conseil constitutionnel français. C'est certainement mieux ainsi. En effet, la doctrine constitutionnaliste française doute régulièrement de la légitimité de la composition du Conseil. Mais tout n'est peut-être pas bon à jeter dans la manière de composer cette institution ; la légitimité n'étant pas qu'une question de mode de désignation, mais bien aussi une question de qualité d'ensemble de l'institution, d'efficacité et partant, d'acceptation des décisions de cette juridiction¹.

Le Conseil constitutionnel est composé de neuf membres nommés pour neuf ans non renouvelables par les trois plus hautes autorités politiques de l'Etat, le Président de la République, le Président du Sénat et le Président de l'Assemblée nationale (art. 56 de la constitution du 3 octobre 1958). Les

* Professeur de droit public, Université de Bordeaux. Directeur de l'Institut pour le Développement de l'Enseignement Supérieur Francophone (IDESUF). Expert justice auprès de l'Organisation internationale de la Francophonie.

¹ Sur cette question v. F. Hourquebie, *Sur l'émergence du contre-pouvoir juridictionnel sous la Vème République*, Bruylant, 2004.

membres du Conseil sont renouvelés par tiers tous les trois ans (cf. infra). Mais siègent également au Conseil constitutionnel comme membres de droit, et donc à vie, les anciens Présidents de la République. Ca n'est certainement pas tant la procédure de nomination des membres par les autorités politiques qui met en cause la légitimité du Conseil que la présence des anciens chefs d'Etat membres de droit. En effet, la voie procédurale de la nomination par les autorités politiques est à peu près admissible si on accepte l'idée que le Conseil constitutionnel, comme toute juridiction constitutionnelle, tranche un droit un conflit entre des normes par nature politiques (la loi et la constitution). En revanche, la présence des membres de droit m'apparaît infiniment plus condamnable, les anciens chefs d'Etat n'ayant rien à faire dans une institution qui veut présenter le visage d'une authentique juridiction.

Une réforme de la composition du Conseil constitutionnel est-elle envisageable? Elle semble vivement souhaitable. Il en va de la légitimité de l'institution et, partant, de sa crédibilité tant aux yeux des acteurs institutionnels du contentieux constitutionnel que du peuple français.

I. Le procès en illégitimité fait à la composition du Conseil

Selon l'historien du droit et de la justice Jacques Krynen, «*La faiblesse du dispositif français ne résiderait pas tant dans la sélection politique des membres du Conseil que dans les garanties de compétences de ces membres*»². De manière schématique, et comme on l'indiquait en introduction, il semble que l'illégitimité soit moins une affaire de procédure de nomination (A) que de présence des membres de droit (B).

A. Pour la nomination

Nous avons toujours soutenu dans nos articles ou ouvrages la procédure de nomination à la française ; non que nous la trouvions la meilleure de toute ; elle est en tous cas moins pire que d'autres ! Pour autant, la procédure de nomination de l'art. 56 encourt trois critiques principales aisément discutables.

Premièrement, elle véhicule la politisation de l'institution. Nommées discrétionnairement, en théorie jusqu'à récemment (la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 encadre la procédure de nomination par une

² J. Krynen, *L'Etat de justice, France, XIII-XX^{ème} siècles. L'empire des juges*, Tome 2, NRF Gallimard, 2012, p. 329.

audition de chacun des candidats proposés par les hautes autorités par les commissions des lois du Sénat et de l'Assemblée nationale), par les hautes autorités politiques, les personnalités choisies se réclameraient, plus ou moins ouvertement, de la sensibilité politique de l'autorité qui les a nommées (même si les deux derniers renouvellements triennaux de février 2007 et février 2010 doivent conduire à nuancer cette observation). Le choix d'amis politiques serait donc une constante dans les nominations depuis la création de l'institution. «*L'esprit de faveur, d'amitié et de complaisance plus difficile à tuer que les malformations constitutionnelles à redresser pouvait régulièrement guider le choix des autorités de nominations*», écrivait Charles Eisenmann³. Et il est vrai que le compagnonnage politique a pu se manifester tant à droite avec des autorités de nomination comme le général de Gaulle, Philippe Seguin ou Jacques Chirac ; qu'au centre avec Valéry Giscard d'Estaing, René Monory ou Christian Poncelet ; ou à gauche avec François Mitterrand, Laurent Fabius, Henri Emmanuelli ou Raymond Forni. Ces choix politiques s'accompagnant bien souvent d'arrière pensées stratégiques : ainsi Jacques Chirac nommant en 2007, à la fin de son mandat, Jean-Louis Debré certain d'avoir un allié objectif pour s'opposer à Nicolas Sarkozy, futur Président de la République⁴.

Dont acte. Mais une autre procédure de désignation serait-elle plus à même de minimiser le risque de politisation? Cela n'est pas certain. 1) Faire nommer les membres par le parlement? C'est en partie le cas en Autriche où le Conseil national et le Conseil fédéral désignent trois juges [art. 147]. Une des solutions les pires : elle prive de la diversité dans les autorités de nomination et ouvre la voie aux marchandages politiques et aux pactes tacites. 2) L'élection? En général à l'initiative des assemblées (en Allemagne – art. 94 huit membres sont élus par le Bundestag et huit par le Bundesrat ; en Espagne huit juges sur douze sont élus par les chambres, art. 159), elle est la quintessence de la politisation (y-a-t-il acte plus politique qu'une élection?) qui oblige à des alliances objectives et des tactiques partisans pour parvenir aux suffrages requis par les conditions de majorité renforcée⁵.

³ Ch. Eisenmann, *Le Monde*, 5 mars 1959.

⁴ V.F. Hourquebie, Les nominations au Conseil constitutionnel, *L.P.A.*, n° 108, 2001, pp. 9-16.

⁵ V. notamment L. Favoreu et W. Mastor, *Les Cours constitutionnelles*, Connaissance du droit, Dalloz, pp. 34 et s.

Deuxièmement, la constitution française ne prévoyant aucune clause de compétence, les personnalités nommées sont taxées d'incompétence juridique. S'il est vrai que le Conseil constitutionnel est une des très rares Cours qui n'imposent aucune qualification juridique, il n'en ressort pas moins que les personnalités nommées sont, dans la très grande majorité des cas, toutes expérimentées. Compétence consacrée par un diplôme et expérience acquise par la pratique sont bien différentes. Et on ne peut qu'observer que la plupart des personnalités désignées depuis 1959 sont des juristes de formations ou sont titulaires de diplômes qui ouvrent la voie de carrières juridiques⁶. Environ 80% des soixante-neuf membres nommés jusqu'à ce jour justifient d'un diplôme permettant l'accès aux magistratures, onze professeurs de droit ont siégé⁷ – même si cela reste très inférieur au chiffre des autres Cours européennes –, trois Vice présidents du Conseil d'Etat, un ancien Président de la Cour de justice de l'Union européenne, un ancien Premier président de la Cour de cassation etc.... Faut-il alors figer une exigence de capacité juridique dans une clause constitutionnelle de compétence? Nous ne le pensons pas. Car 1) comme nous l'indiquions, la quasi-totalité des membres détient déjà un diplôme de droit ou d'une grande école pas tout à fait étrangère à la formation juridique ; il n'est dès lors pas certain que graver cette exigence dans le marbre change quelque chose ; 2) Comment déterminer «la dignité juridique suffisante» pour reprendre l'expression de D. de Béchillon?⁸ Exiger un doctorat exclurait bien souvent les magistrats des différents corps ; et exiger un master de droit exclurait souvent les élèves de grandes écoles ; et 3) L'absence de clause compétence avec niveau juridique requis permet de

⁶ Ibid., pp. 47-48; v. aussi l'analyse statistique de Dominique Rousseau in *Droit du contentieux constitutionnel*, Montchrestien, 9^{ème} éd., 2010.

⁷ C'est à notre sens une faiblesse cruciale : la sagesse des autorités de nomination conduit rarement à choisir des professeurs de droit. Onze professeurs de droit ont été nommés jusqu'à aujourd'hui. Avec une «pointe» entre le 17 septembre 1964 et le 3 mars 1971, puisque trois d'entre eux ont siégé ensemble au Conseil (Marcel Waline, René Cassin et François Luchaire) et indéniablement pesé sur les débats (sur la nature juridictionnelle du Conseil par exemple) et sur le sens des délibérés (sur le contrôle de constitutionnalité des lois référendaires notamment) v. F. Hourquebie, *Le pouvoir juridictionnel en France*, LGDJ, 2010 ; et aussi notre commentaire dans B. Mathieu, J.-P. Machelon, F. Mélin-Soucranien, D. Rousseau et X. Philippe (dir.), *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel, 1958-1983*, Dalloz, 2009, pp. 133 et s.

⁸ D. de Béchillon, *art. cit.*, p. 116: «L'aptitude à mener une discussion juridique de haut niveau ne saurait se résumer à la détention d'un titre académique».

jouer la carte de la diversification des parcours et des expériences tellement nécessaire dans un contexte de constitutionnalisation tentaculaire des diverses branches du droit.

En découle fort logiquement la troisième critique : celle du caractère discrétionnaire de la nomination. L'encadrement substantiel (par une clause compétence) n'ayant pas été retenu, le constituant de 2008 a préféré un encadrement formel, de type procédural, puisque désormais (art. 56) les nominations sont soumises à l'avis des commissions des lois des deux assemblées pour le choix du Président de la République et de l'une ou l'autre des commissions selon que le choix est celui du Président du Sénat ou de l'Assemblée nationale. Elles rendent un avis public et disposent d'un droit de veto théorique puisqu'il ne peut être procédé à la nomination si la candidature recueille trois cinquièmes de suffrages négatifs ou plus. En réalité ce dispositif n'est guère contraignant dans la mesure où réunir trois cinquièmes de votes négatif (selon les prescriptions constitutionnelles) obligerait à des alliances entre la majorité et l'opposition, alliances que le fait majoritaire rend hautement improbable. D'où ces auditions sans surprise en 2010 – en l'absence de loi organique fixant les conditions procédurales – mais quelque peu piquantes parfois. Ainsi à l'endroit de Michel Charasse (à la demande de Manuel Valls : *«À titre personnel, osez-vous censurer un projet de loi soutenu par l'autorité qui vous a nommé?»* ; ou de René Dosière *«Que pensez-vous du fait que les anciens Présidents de la République siègent de droit au sein du Conseil constitutionnel»*) et de réponses un peu inattendues de l'intéressé (*«La dignité humaine a forcément valeur constitutionnelle puisque tout notre droit est protecteur de la personne humaine»*)...

François Luchaire rappelait que l'alchimie parfaite pour la composition d'une juridiction constitutionnelle devait s'établir autour de trois critères : une majorité de juristes, des personnalités incontestables et un certain mélange de génération. Reste à savoir à laquelle de ces catégories appartiennent les membres de droit....

B. Contre les membres de droit

Que faire des anciens présidents de la République?

Soyons clairs : la baguette magique du constituant devrait, une fois pour toute, faire disparaître les anciens présidents de la République du Conseil

constitutionnel. Ils n'ont rien à faire dans cette institution. Que l'on s'entende bien : membres de droit signifie membres à vie !

Les pistes évoquées en ce sens devant le Comité Balladur, en charge de faire des propositions de révisions de la constitution, n'ont pas été suivies lors de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 (les sénateurs y étaient favorables ; l'Assemblée nationale a rejeté la proposition en seconde lecture) ; et l'indigence de l'argument avancé par le Président de la République dans son discours prononcé le 1^{er} mars 2010 au Conseil constitutionnel ne peut évidemment pas suffire à convaincre tout juriste un tant soit peu éclairé sur cette question : «[...] *Le Conseil constitutionnel ne saurait être une juridiction comme une autre. C'est la raison pour laquelle j'ai souhaité qu'il ne soit pas composé que de techniciens du droit et que les anciens présidents de la République y conservent leur qualité de membres de droit, parce que l'expérience d'un ancien chef de l'État, qui a fait fonctionner les institutions, peut apporter beaucoup à la qualité des décisions du Conseil, à leur équilibre, à leur réalisme*»⁹.

On sait la raison, éminemment conjoncturelle, qui a présidé à cette anomalie constitutionnelle à savoir son adoption en gage de reconnaissance de l'action menée par René Coty et Vincent Auriol au moment de l'accession du général de Gaulle au pouvoir. Pour être tout à fait honnête, on pourrait peut-être trouver dans l'article 5 de la constitution une justification à cette disposition. La conception gaullienne de l'arbitrage devait faire du Président le gardien du respect de la constitution¹⁰. Le débouché naturel peut alors être un siège au sein de l'institution qui est le gardien juridictionnel du texte fondamental, à savoir le Conseil constitutionnel. De surcroît, alors même que les membres nommés ne sont pas soumis à une obligation constitutionnelle de compétence juridique, il pourrait paraître paradoxal de vouloir se priver de l'éminente expérience de la plus autorité politique de l'État. Mais là encore cette explication est trop insuffisante au regard des conséquences qui découlent de la présence des membres de droit. Car avec le raccourcissement

⁹ <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-29/discours-prononce-le-1er-mars-2010-par-m-nicolas-sarkozy-president-de-la-republique.52885.html>

¹⁰ Article 5 : «Le Président de la République veille au respect de la Constitution. Il assure, par son arbitrage, le fonctionnement régulier des pouvoirs publics ainsi que la continuité de l'État. Il est le garant de l'indépendance nationale, de l'intégrité du territoire et du respect des traités».

de la durée du mandat présidentiel à cinq ans, la limitation à deux mandats consécutifs, l'élection de Présidents de plus en plus jeunes et l'allongement de l'espérance de vie, à moyen terme, les anciens Présidents de la République pourraient bientôt constituer la majorité des membres du Conseil.

Ce procès en illégitimité de la composition du Conseil constitutionnel apparaît donc, à certains égards, tout à fait légitime.

II. La légitimité du procès fait à la composition du Conseil

«Le CC peut-il demeurer longtemps un acteur moyen du jeu politique si la composition et les modes de recrutement ne changent pas?»¹¹ Le procès en illégitimité, s'il confine un peu au «marronnier de la conversation juridique»¹², n'en apparaît pas moins pertinent dans la mesure où il met en question la juridictionnalisation de l'institution (A) ; juridictionnalisation qui oblige à quelques réformes de la composition pour limiter encore davantage la politisation (B).

A. Plus de juridictionnalisation

Michel Fromont disait du Conseil constitutionnel qu'il était un «modèle atypique», ce qui veut tout dire sur sa nature juridictionnelle qui, si elle s'apprécie bien entendu à l'aune de la procédure applicable, s'évalue aussi, en amont, à la lumière du recrutement et de la compétence des juges qui forment la Cour.

Ainsi, de la particularité de la composition résulte «une récurrente question sur la nature ambivalente de cet organe lequel participe hautement du pouvoir juridictionnel mais qui, du fait de la désignation discrétionnaire de ses membres par trois autorités politiques, voit constamment peser sur lui le soupçon de politisation»¹³. C'est en trame de fond la lancinante question de la juridictionnalisation qui est en débat. Comment admettre que le Conseil constitutionnel devienne un membre à part entière du club des Cours constitutionnelles européennes si sa composition ne permet pas de refléter les garanties qu'un justiciable est en droit d'attendre lors d'un procès, fût-il constitutionnel. Hésitation que traduisait Maurice Duverger pour qui «Le terme de juridiction politique exprime le caractère ambigu de l'institution. (...). Elle intervient dans des matières politiques

¹¹ J. Krynen, *op. cit.*, p. 332.

¹² D. de Béchillon, *art. cit.*, p. 115.

¹³ J. Krynen, *op. cit.*, p. 328.

et plus encore dans des buts politiques ; ses membres doivent avoir l'indépendance des magistrats mais leur recrutement est politique».

Encore une fois ce n'est pas, selon nous, les membres nommés qui font planer un doute sur la juridictionnalisation, car les garanties d'indépendance, consubstantielles à l'activité juridictionnelle, sont là. La durée des fonctions (neuf ans), leur non renouvellement et l'inamovibilité qui en découle qui sont les marqueurs objectifs de cette indépendance du juge constitutionnel¹⁴. A quoi s'ajoute, sur un plan plus subjectif, le fameux devoir d'ingratitude qui trouve à s'exercer à compter du moment où la personnalité nommée n'a plus rien à attendre de l'autorité de nomination. «*La fonction saisit l'homme quand c'est un honnête homme*», écrivait encore Georges Vedel¹⁵. C'est ainsi, et grâce au renouvellement par tiers tous les trois ans qui évite les ruptures de jurisprudence consécutives aux changements de majorités politiques, que le Conseil constitutionnel est davantage perçu comme une juridiction régulatrice des alternances politiques que comme une institution partisane. Les censures récentes en témoignent encore¹⁶.

C'est bien entendu sur les membres de droit que pèse tout le poids de la politisation et donc, partant, du défaut de juridictionnalisation. Si la juridiction constitutionnelle est nécessairement politique au vu de la spécificité du contentieux qu'elle a à connaître, il n'est pas pour autant acceptable qu'une cause soit tranchée par une institution qui à la fois, se veut être juridiction et qui comprend en son sein les personnalités les plus politiques qui soient, les Présidents de la République. Cette composition n'est pas acceptable dans le cadre du contrôle abstrait de la constitutionnalité ; elle l'est encore moins, a fortiori, dans le cadre du contrôle exercé via la nouvelle procédure de question prioritaire de constitutionnalité (art. 61-1). Et l'argument selon lequel les Président de la République ne prennent pas part aux audiences de question prioritaire de constitutionnalité au motif de la trop grande technicité ne suffit pas à être le soupçon du défaut de juridictionnalisation, même si cet argument plaide, *a contrario*, pour l'absence de compétence suffisante des anciens Présidents dans des contentieux juridiques techniques et, partant,

¹⁴ A quoi s'ajoute un régime d'inéligibilités, d'incompatibilités, d'interdictions et une obligation de réserve.

¹⁵ *Le Conseil constitutionnel à quarante ans*, Conseil constitutionnel et LGDJ, 1999, p. 66.

¹⁶ F. Hourquebie, *Le pouvoir juridictionnel en France*, préc.

pour leur exclusion du Conseil constitutionnel. Le Conseil n'est pas un club prestigieux pour les retraités de la politique ! De surcroît, et quel que soit le contentieux, une présence aléatoire, laissée à l'appréciation du membre de droit, peut être interprétée d'une part, comme une stratégie politique visant à soutenir ou à s'opposer au pouvoir en place ; et d'autre part, peut avoir pour effet de changer les équilibres en terme de partages de voix au moment d'un vote ce qui est éminemment contestable tant pour l'autorité des décisions que pour la légitimité de l'institution en tant que juridiction.

Pour parer à ces critiques, le gouvernement a présenté le 13 mars 2013 en Conseil des ministres un projet de loi constitutionnelle relatif aux incompatibilités applicables à l'exercice des fonctions gouvernementales et à la composition du Conseil constitutionnel¹⁷. Ce projet vise, notamment, à supprimer la catégorie des membres de droit. Ainsi l'article 2 du projet de loi modifie la composition dans le sens du renforcement de la fonction juridictionnelle du Conseil. Il supprime le deuxième alinéa de l'article 56 qui prévoit que les anciens présidents de la république font partie de droit, et donc à vie, du Conseil. L'article 3 du texte précise que l'abrogation du deuxième alinéa de l'article 56 de la constitution reste sans incidence sur la qualité de membre de droit des anciens présidents de la république siégeant aujourd'hui au Conseil. Cet article 3 avait pour but de rassurer l'opposition qui voyait dans ce texte une réforme dirigée contre l'ancien Président de la République Nicolas Sarkozy. Ce qui emporte, en l'état actuel, aux moins deux conséquences. La première, sur le plan du droit, est que la réforme constitutionnelle ne semble valoir que pour l'avenir, ce qui est une exception à un principe essentiel qui veut qu'une révision de la constitution soit applicable immédiatement. Or rien n'interdisait la rétroactivité de l'article 2 du projet de loi, de façon à faire disparaître la catégorie des membres de droit dès la révision constitutionnelle adoptée et publiée. Au sens strict, il ne s'agirait pas en réalité de parler de rétroactivité puisqu'appliquer la réforme aux actuels membres de droit ne touche pas leur situation passée mais bien la situation présente¹⁸. La voie médiane choisie a pour conséquence de laisser perdurer

¹⁷ <http://www.legifrance.gouv.fr/affichLoiPreparation.do?idDocument=JORFDOLE000027174112&ctype=general>

¹⁸ En revanche une proposition de loi constitutionnelle, à l'initiative de l'Assemblée nationale et portant sur la réforme du conseil constitutionnel propose de modifier sa composition en supprimant

cette catégorie tant que les éléments la composant sont toujours en vie. Puisque la présence de droit implique l'impossibilité de démissionner. Tout au plus, les anciens Présidents peuvent-ils se «mettre en retrait» comme d'autres membres du Conseil l'ont déjà fait. Mais la mise en retrait n'épuise pas la catégorie des membres de droit. On le constate, la rétroactivité de la révision constitutionnelle aurait eu le mérite de trancher franchement le problème. La seconde, sur le plan politique est que, la réforme ne valant que pour l'avenir, le premier Président à «en bénéficier» sera François Hollande. Autrement dit, si ce dernier n'est pas réélu à l'issue de son quinquennat, il se trouvera dans la situation paradoxale suivante : une catégorie juridique des membres de droit qui existe toujours mais à laquelle, en tant qu'ancien Président de la République, il ne peut plus prétendre appartenir. En tout état de cause, cette réforme est pour l'instant en suspend, la majorité renforcée des trois-cinquièmes nécessaire au Congrès pour réviser la constitution ne semblant pas pouvoir être obtenue pour le moment. Est-ce à dire que ce sujet n'est pas suffisamment consensuel pour que l'opposition s'y rallie? Il semble bien. Il n'est dès lors pas certain que cette impasse constitutionnelle contribue à éloigner le spectre de la politisation de l'institution.

B. Moins de politisation

Bernard Chenot, ancien Vice-président du Conseil d'Etat affirmait : *«Je n'ai jamais pensé une seconde que le Conseil fût un organe juridictionnel ; c'est un corps politique par son recrutement et par les fonctions qu'il remplit».*

Que faudrait-il alors pour contredire cette opinion? Trois pistes, somme toutes simples et assez évidentes peuvent être explorées.

- Supprimer les membres de droit (cf. nos développements précédents);

Pour autant doit-on se départir de l'expérience des anciens Présidents? Non bien entendu ; leur parole et leur expérience est nécessaire dans un contexte libéral tourmenté. Or les faire siéger au Conseil implique de les assujettir à l'obligation de réserve des membres¹⁹, ce qui est au final préjudiciable. Pou-

les membres de droit, cette mesure s'appliquant immédiatement et concernant donc les Présidents de la République élus avant 2012, v. la proposition de loi constitutionnelle n° 1044 tendant à réformer le Conseil constitutionnel, www.assemblee-nationale.fr/14/pdf/propositions/pion1044.pdf

¹⁹ Dans une décision électorale du 7 novembre 1984, le Conseil a été amené à se prononcer sur

rquoi ne pas alors envisager de les nommer sénateurs à vie (au besoin sans voix délibérative)? Ce qui serait à la fois conforme à la notion d'arbitrage constitutionnel consacré à l'art 5 de la constitution, à l'exigence de juridictionnalisation du Conseil, et à la révérence que l'on doit à un ancien chef d'Etat. L'exemple italien pourrait inspirer le constituant français²⁰.

- Remplacer les membres de droit;

Cela permettrait un alignement sur les effectifs qui composent les Cours constitutionnelles en Europe et qui sont plus proches de douze ou quinze que de neuf. Cette augmentation des membres du Conseil fait partie des réformes contenues dans deux propositions de lois l'une à l'initiative de députés socialistes (*Proposition de loi constitutionnelle du 17 mai 2013 tendant à réformer le Conseil constitutionnel précitée*²¹), l'autre à l'initiative des sénateurs des groupes de gauche (*Proposition de loi constitutionnelle relative à la composition du Conseil constitutionnel*²²). Les deux textes proposent de passer de neuf à douze membres, les trois membres supplémentaires «remplaçant» les membres de droit qui, aujourd'hui, sont bien trois. La divergence intervient sur le point de savoir qui nommera les trois membres supplémentaires : le Premier ministre, pour la proposition des députés, de façon à «assurer un équilibre entre les nominations du pouvoir exécutif et celles du pouvoir législatif» ; les Hautes juridictions (Conseil d'Etat, Cour de cassation et Cour des comptes), et parmi leurs membres, pour la proposition des sénateurs)

La proposition des députés incarne la voie politique. Il aurait pu d'ailleurs être envisagé de maintenir une nomination par les trois hautes autorités politiques prévues à l'article 56 de sorte qu'elles devraient désormais nommer quatre membres tous les trois ans, ce qui impliquerait un renouvellement par quart tous les trois ans, mais qui soulèverait le problème de savoir quelle autorité aurait la compétence pour nommer deux membres. Soit cette com-

leur condition et a estimé que «*sous la seule réserve de la dispense de serment, ils sont soumis aux mêmes obligations que les autres membres*», Décision n° 84-983, AN, 7 novembre 1984, Puy-de-Dôme, 2^{ème} circ, Rec., p. 117.

²⁰ Sur cette question v. aussi D. de Béchillon, Appel au calme sur la composition du Conseil, RDA, fev. 2012, p. 116.

²¹ www.assemblee-nationale.fr/14/pdf/propositions/pion1044.pdf

²² www.senat.fr/leg/pp11-557.html

pétence échoit au Président de la République au nom de la logique de la Vème République, et alors la critique de politisation excessive risque revenir. Soit une quatrième autorité de nomination intervient, et c'est le sens de la proposition des députés, alors même que le Premier Ministre est l'institution la plus instable du régime (il ne dispose pas de mandat constitutionnel et peut «être démissionné» par le chef de l'Etat selon une lecture a contrario de l'article 8-1 de la constitution en période de concordance de majorités) Cette solution pose peut-être davantage de problèmes qu'elle n'en résout. C'est pourquoi, on ne peut que rejoindre la proposition sénatoriale selon laquelle les trois membres supplémentaires sont nommés par les Hautes juridictions (Cour de cassation, Conseil d'Etat et Cour des comptes). Procédure qui semble présenter deux avantages de poids : donner au Conseil constitutionnel toujours l'assurance de disposer dans ses rangs de juges expérimentés, ce qui est indéniablement un gain depuis l'entrée en vigueur de la question prioritaire de constitutionnalité ; donner au Conseil constitutionnel des juges déconnectés des nominations dites «politiques»²³

- Resserer le contrôle sur la nomination;

Il faut faire en sorte que les auditions désormais prévues à l'article 56 de la constitution puissent véritablement éclairer les membres des commissions des lois sur les motivations et les convictions des personnalités pressenties. On l'a dit, le nouveau système ne contraint guère véritablement l'autorité de nomination.

Sans aller jusqu'à la transposition des redoutables procédures d'auditions de confirmation du Sénat américain (les *hearings*) au cours desquelles la carrière (ce qui est nécessaire) et la vie privée (ce qui est discutable) des juges pressentis à la Cour suprême est passée au crible, il conviendrait peut-être d'abaisser la condition de majorité renforcée de votes négatifs au-delà de laquelle la nomination est impossible ; ou renverser radicalement le système en estimant qu'une nomination ne peut intervenir qu'avec l'accord des trois-cinquièmes des suffrages exprimés. Cette obtention d'un avis conforme des commissions permanentes compétentes figure également dans la proposition de réforme de la composition du Conseil à l'initiative de l'assemblée ;

²³ V. aussi en ce sens la proposition de D. de Béchillon, *art. cit.*, p. 116.

alors la proposition sénatoriale, plus audacieuse, prévoit que les nominations effectuées par le Président de la République et [les trois Hautes juridictions], soient approuvées par l'Assemblée nationale et le Sénat à la majorité des trois cinquièmes des suffrages exprimés, quand les nominations effectuées par le Président de l'Assemblée nationale et du Sénat doivent être approuvées à une majorité de trois cinquièmes mais de l'assemblée concernée, et ce de façon à ce les nominations ne prêtent plus le flanc à la critique d'être purement partisans²⁴. Obtenir la confiance en réunissant une telle condition de majorité, qu'elle soit issue de la commission parlementaire compétente ou de l'assemblée elle-même, est incontestablement plus redoutable que de parvenir à faire l'objet d'un vote de défiance dans les mêmes conditions de majorité. Dans la première hypothèse, si la nomination n'intervient pas, l'échec est imputable au manque de conviction de la personnalité présentée ; dans la seconde hypothèse l'échec de la nomination est davantage imputable au manque de sens politique de l'autorité de nomination.

Reste à savoir ce qui est le plus grave...

Dans tous les cas cette «exception française» risque encore avoir quelques beaux jours devant elle...

²⁴ A cet égard la proposition de réforme constitutionnelle à l'initiative des députés prévoit que la constitution doive désormais préciser que les membres nommés soient «*choisis parmi les personnes qui se distinguent par leur connaissance du droit*», ce qui pour autant ne pose pas de contraintes trop formelles au regard de l'expérience requise pour devenir membre du Conseil (article 10 de la proposition de la loi constitutionnelle modifiant l'article 5- de la constitution du 4 octobre 1958).