

CONSEIL CONSTITUTIONNEL

272

À propos de la nomination de trois nouveaux membres du Conseil constitutionnel

POINTS-CLÉS → Les trois personnalités choisies par les présidents de la République, de l'Assemblée nationale et du Sénat pour entrer au Conseil constitutionnel à la mi-mars 2022, J. Gourault, V. Malbec et Fr. Séners, ont suscité une vague de protestations inédite → Ces critiques, qui mettent en évidence le nouveau statut du Conseil, portent principalement sur le manque de compétences juridiques allégué des nouveaux membres, et sur leur déficit d'indépendance et d'impartialité → Le recul de la parité hommes-femmes semble causer moins d'émoi → Le buzz créé autour de ces nominations ne repose sur aucun élément tangible et méconnaît notre culture politique et juridique



Christophe Turkov,
1^{er} conseiller, président de la chambre des urgences, TA de Nice, chercheur associé au CERDACCFF à la faculté de droit de Nice

« Je suis fier d'annoncer que je nomme le juge Ketanji Brown Jackson pour siéger à la Cour suprême. Siégeant actuellement à la Cour d'appel des États-Unis pour le circuit de D.C., elle est l'un des esprits juridiques les plus brillants de notre pays et sera une juge exceptionnelle », a tweeté Joe Biden. Première magistrate noire à la Cour suprême, elle remplacera un membre emblématique « progressiste », Stephen Breyer. Chaque nomination d'un membre de la Cour suprême étatsunienne est un événement, sujet à fortes tensions, dès lors qu'elle influence durablement le rapport de force entre progressistes et conservateurs au sein de ses membres nommés à vie, et plus généralement la vie politique à long terme du pays, davantage que l'élection du POTUS (*President of the United States of America*) ou des parlementaires. En Allemagne ou en Espagne, la politisation des nominations au sein des juridictions constitutionnelles est assumée voire reven-

diquée. Chaque nomination fait l'objet de tractations transparentes entre les différents partis, avec cette précision que des compétences juridiques sont requises.

Notre culture du contrôle de constitutionnalité est beaucoup moins étoffée en France, et il a fallu attendre la mort du Général de Gaulle, dont il était réputé être le « *paillasson* », pour que le Conseil constitutionnel s'empare de cet outil démocratique aujourd'hui incontournable (*Cons. const.*, 16 juill. 1971, n° 71-44 DC).

La Constitution de 1958 n'exige aucune qualité particulière pour les nominations au Conseil, et prévoit simplement le renvoi au dernier alinéa de l'article 13 (en pratique, validation par la commission des lois des deux assemblées) [Ndlr : nominations approuvées par lesdites commissions des lois le 23 février dernier]. Cette question n'a jamais, jusqu'à une époque récente, fait l'objet de débats enflammés. Peut-être était-ce dû au rôle encore mineur qu'on lui prêtait, dans l'inconscient collectif, au sein de notre architecture juridictionnelle.

Il faut dire qu'à sa création en 1958, le contrôle de constitutionnalité tel que les démocraties contemporaines le connaissent n'était pas particulièrement prévu, mais portait principalement sur le respect, par le Par-

lement, des domaines fixés par les articles 34 et 37 de la Constitution. Ainsi la composition de cette institution « *chien de garde* », qui était par ailleurs en charge de la validité de certaines élections, ne nécessitait probablement pas de compétences juridiques particulières pour ses membres qui devaient davantage refléter un équilibre politique institutionnel.

Le développement général de l'État de droit dans le monde démocratique et plus particulièrement en France l'instauration de la question prioritaire de constitutionnalité (*L. const.* n° 2008-724, 23 juill. 2008, art. 61-1 : *JCP G* 2009, 602, *Étude B. Mathieu*) projettent un éclairage différent sur le rôle attendu du Conseil. Le contexte de crise qui dure depuis 6 ans, les états d'urgence, les mesures d'exception qui bouleversent des pans entiers de notre droit, placent désormais les juridictions suprêmes au centre de l'attention, voire des critiques. Le Conseil constitutionnel n'est pas le seul à être observé, le Conseil d'État lui aussi voit ses décisions décortiquées, et souvent susciter la déception des « *défenseurs des libertés* ».

À l'heure où la composition du Conseil constitutionnel devient une source de débat, celle du Conseil d'État (ainsi que sa double casquette), l'est également, et ce n'est pas un hasard au regard des attentes désormais placées dans ces

institutions juridictionnelles « face » à un pouvoir volontiers qualifié d'autoritaire et liberticide dans un contexte d'urgence.

Le tir nourri à l'encontre de la nomination des trois nouveaux membres du Conseil constitutionnel semble en rapport direct avec la frustration, voire la rancœur, qu'une partie « militante » des défenseurs des libertés ressent à l'encontre d'une juridiction constitutionnelle qui, à leurs yeux, devrait invalider, au nom de la protection des libertés face à un pouvoir exécutif voulant asservir le peuple, beaucoup plus de textes législatifs qu'elle ne le fait actuellement.

En quoi le choix de Jacqueline Gourault, Véronique Malbec et François Sèneers symboliserait-il une volonté de « mise au pas » du Conseil constitutionnel (J.-Ph. Derozier : *Libération.fr*, 17 févr. 2022), alors même, curieux paradoxe, que sa docilité lui est reprochée depuis longtemps, voire depuis ses origines ? En quoi ce choix serait-il plus généralement inapproprié ?

Nous pouvons remarquer tout d'abord que 3 femmes (Cl. Bazy-Malaurie, D. Lottin et N. Maestracci) sont remplacées par 2 femmes et 1 homme. De 5 hommes (dont le président L. Fabius qui dispose d'une voix prépondérante) et 4 femmes, la composition du Conseil constitutionnel sera à la mi-mars de 6 hommes et 3 femmes. Le signal envoyé en matière de parité hommes-femmes, alors que les personnalités compétentes sont nombreuses, est pour le moins ambigu, même s'il ne faut pas remonter très loin, à la période 2010-13, pour constater un peu glorieux 7-2. À titre de comparaison, la composition de la Cour suprême étasunienne va suivre une évolution inverse en passant d'un rapport de 6-3 à 5-4. La composition de la Cour constitutionnelle allemande est de 9-7, et celle du Tribunal constitutionnel espagnol de 9-3. Une commission de sélection des juges s'est réunie le 21 février 2022 en Israël pour désigner quatre nouveaux juges à la Cour suprême, dont un arabe et une sépharade, sur un total de 15 membres dont la présidente est une femme. Le ministre de la Justice a déclaré « Ils ont été élus conformément à trois critères que j'ai moi-même établis : l'excellence, l'équilibre et la diversité. Ils incarnent des opinions, des sexes et des origines ethniques différentes ». Actuellement le rapport hommes/femmes au sein de la Cour suprême israélienne est d'environ 2/3-1/3.

Nous voyons ainsi que si la France n'est pas particulièrement à la traîne, quant à la composition du Conseil constitutionnel, en matière de parité, elle peut raisonnablement mieux faire.

Curieusement, cependant, ce n'est pas cette question, pourtant symbolique, qui a provoqué l'émoi, les deux nominations féminines ayant suscité le plus de réprobation. Même François Sèneers, à qui l'on ne peut reprocher d'incompétence juridique, n'a pas trouvé grâce aux yeux de certains, du fait de ses fonctions de directeur de cabinet du président du Sénat de 2014 à 2017. Véronique Malbec non plus ne peut être taxée d'incompétence juridique, étant magistrate de formation, et ayant exercé les fonctions de procureure générale près la cour d'appel de Rennes ainsi que, plus récemment, directeur de cabinet du garde des Sceaux. Enfin, Jacqueline Gourault, outre quelques attaques indignes dont elle a fait l'objet sur les réseaux sociaux, n'a certes pas de formation juridique, mais d'autres qualités sont mises en avant, notamment la pratique du pouvoir et des institutions (elle a été maire, sénatrice, vice-présidente du Sénat, et ministre), le bon sens, la capacité d'écoute et de dialogue, et la pédagogie inhérente à tout professeur d'histoire-géo.

Nous renvoyons, pour l'analyse des éléments potentiellement extra-juridiques de ces choix, aux différents articles parus dans tous les médias (V. par ex. : www.lexpress.fr/actualite/politique/trois-questions-sur-les-nominations-au-conseil-constitutionnel-qui-suscitent-des-critiques_2168119.html).

En définitive, on semble reprocher aux trois présidents d'avoir agi comme l'ont fait leurs prédécesseurs depuis 1958. Non, tous les membres du Conseil constitutionnel n'avaient pas jusqu'à présent l'envergure d'un Robert Badinter ou du doyen Vedel. Oui, certaines nominations ont parfois surpris (on se souvient de M. Charasse, par exemple, bien que titulaire d'une licence en droit), à l'époque cela prêtait à sourire. Aujourd'hui, on ne sourit plus. Les critiques sur la composition du Conseil constitutionnel lui donnent en réalité ses galons de juridiction à part entière. Ces critiques montrent de nouvelles exigences qui traduisent son importance, de la même manière, en parallèle, que le Conseil d'État.

Reproche lui est fait de ne pas suffisamment motiver ses décisions. Il suffit néanmoins de rappeler qu'une visite sur le site Internet du Conseil constitutionnel permet de comprendre tous les ressorts de chaque décision, et de préciser que notre culture juridique, commune notamment à nos trois juridictions suprêmes, induit des motivations très ramassées, de type « jurisprudence législative ».

Grief lui est fait de ne pas suffisamment invalider les textes législatifs qui lui sont soumis. C'est oublier toutes les réserves d'interprétation émises depuis des années sur de très nombreux textes, y compris les plus récents concernant les états d'urgence terroriste et sanitaire. C'est oublier également que, toujours dans notre culture juridique, c'est l'autorité publique qui est par principe en charge de la protection des libertés fondamentales, non le juge, comme c'est le cas au sein de la tradition juridique de *common law*. S'il arrive que les pouvoirs publics portent atteinte aux libertés, ce n'est pas leur vocation essentielle, au contraire. C'est oublier enfin que, subseqüemment, le rôle du juge, fut-il constitutionnel, n'est pas essentiellement de protéger nos droits et libertés, mais de trancher un litige dont l'un des paramètres peut certes être l'atteinte à des libertés, mais pas que.

La circonstance que des lois, des règlements ne soient pas systématiquement invalidés peut davantage traduire une certaine qualité technique et pondération de leurs auteurs, qu'une complaisance des juges à leur égard. J.-L. Debré, alors président du Conseil constitutionnel, déclarait le 7 janvier 2013 sur une chaîne d'information continue, que « le Conseil constitutionnel est une institution indépendante, qui n'a de leçon à recevoir de personne ». Quelque temps auparavant, il me disait dans l'intimité de son bureau : « Même si Chirac est mon ami et qu'il m'a nommé (au Conseil), une fois en poste on est indépendant car on y est pour neuf ans ». Je ne saurais dire quelle était la part de sincérité et de convenu dans cette phrase, elle était spontanée.

Que des personnalités, pas nécessairement juristes de formation, mais ayant d'autres qualités, deviennent membres du Conseil constitutionnel, peut répondre à un besoin légitime de moins de technicité et de davantage de bon sens et de pragmatisme, besoin qui ne se limite pas, pour tout dire, aux membres de cette institution. ■