université de BORDEAUX

THÈSE PRÉSENTÉE POUR OBTENIR LE GRADE DE

DOCTEUR DE L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX

ÉCOLE DOCTORALE DE DROIT (E.D. 41)
SPÉCIALITÉ DROIT PUBLIC

Par **Pierre CASTERA**

LES PROFESSEURS DE DROIT MEMBRES DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL

Thèse dirigée par

M. Fabrice HOURQUEBIE
Professeur à l'Université de Bordeaux

Soutenue le 04 décembre 2015

Membres du jury :

Mme Nicole BELLOUBET,
Membre du Conseil constitutionnel

M. Fabrice HOURQUEBIE,
Professeur à l'Université de Bordeaux**, directeur de la recherche**

M. Ferdinand MÉLIN-SOUCRAMANIEN,
Professeur à l'Université de Bordeaux

M. Fabrice MELLERAY,
Professeur à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne

Mme Anne LEVADE,
Professeur à l'Université Paris-Est Créteil Val-de Marne**, rapporteur**

M. Dominique ROUSSEAU,
Professeur à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne, **rapporteur**

LES PROFESSEURS DE DROIT MEMBRES DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL

Résumé : Depuis la création du Conseil constitutionnel, onze professeurs de droit ont accédé à l'institution. Il s'agit ici de comprendre et de définir les mécanismes à l'origine de leur sélection, leurs rôles spécifiques dans le processus d'élaboration des décisions de façon à délimiter leurs apports à la juridiction constitutionnelle. Il apparaît alors nécessaire de repenser les conditions d'accès au Conseil constitutionnel tant la contribution de ces universitaires à l'élaboration et à l'essor des méthodes de travail et de la jurisprudence du Conseil constitutionnel a été considérable, au point d'approfondir les rapports entre fonction doctrinale et fonction de juger.

Mots clés : professeurs de droit ; composition du Conseil constitutionnel ; contentieux constitutionnel.

LAW PROFESSORS MEMBERS OF THE CONSTITUTIONAL COUNCIL

Abstract : Since the establishment of the Constitutional Council, eleven law professors have joined the institution. This thesis then began to understand and define the mechanisms behind their selection, their specific roles in the decision-making process so as to define their contributions to the constitutional court. It appears then necessary to reconsider the conditions of access to the Constitutional Council as their contribution to the development and the development of working methods and jurisprudence of the Constitutional Council was considerably developed to deepen the relationship between teaching office and judicial function.

Keywords : law professors ; composition of constitutional council ; constitutional review.

Unité de recherche

[CERCCLE-GRECCAP ; EA 4192 ; 4 rue du maréchal Joffre, 33 075 Bordeaux cedex]

Remerciements

Mes remerciements s'adressent en premier lieu à mon directeur de thèse, Monsieur le professeur Fabrice Hourquebie, avant tout pour la confiance qu'il m'a témoignée en me donnant ce sujet de thèse, mais aussi pour sa disponibilité, son écoute et ses conseils précieux.

Je tenais ensuite à exprimer toute ma gratitude à l'ensemble des membres du C.E.R.C.C.L.E. et en particulier son directeur, Monsieur le professeur Ferdinand Mélin-Soucramanien, pour son soutien constant. J'adresse également mes remerciements chaleureux à Madame Martine Portillo, pour son aide et sa gentillesse qui ont permis la réalisation de ce travail dans les meilleures conditions.

C'est aussi aux amis qui ont sacrifié un peu ou beaucoup de leur temps pour m'assister dans la réalisation de ce travail par leurs relectures, leurs conseils ou simplement leur présence, que va ma plus profonde gratitude. Je salue à ce titre les plus courageux : Camille, Elisa, Charles, Michel, Clément, Sara et Benjamin. Je n'oublie pas, bien sûr, ce cerccle d'amis fidèles, sans lesquels rien n'aurait été possible. Ils se reconnaîtront.

C'est à Camille que va ma reconnaissance la plus profonde pour son soutien quotidien, son aide et surtout sa patience, si souvent mise à l'épreuve. Enfin, une immense pensée pour ma famille : ma mère, Dominique, et mes pères Alain et Michel.

Sommaire

Introduction générale

Partie 1.

Les professeurs de droit et l'accès au Conseil constitutionnel.

Titre 1. Un accès ouvert.

Titre 2. Une présence limitée.

Partie 2.

Les professeurs de droit et l'office de juge constitutionnel.

Titre 1. Les apports à la méthode du juge constitutionnel.

Titre 2. Les apports à l'œuvre du juge constitutionnel.

Conclusion générale

Table des abréviations

A.F.D.C.	Association française de droit constitutionnel
A.I.J.C.	Annuaire international de justice constitutionnelle
A.J.D.A.	Actualité juridique droit administratif
Al.	*Alii* (autres)
A.N.	Assemblée nationale
A.P.D.	Archives de philosophie du droit
Art.	Article
Ass.	Assemblée du contentieux du Conseil d'État
C.C.	Conseil constitutionnel
C. Cass.	Cour de cassation
C.E.	Conseil d'État
C.E.D.H.	Cour européenne des droits de l'homme
Ch. crim.	Chambre criminelle
C.J.C.E.	Cour de justice des communautés européennes
C.J.U.E.	Cour de justice de l'Union européenne
Com.	Communication
Cons.	Considérant
C.R.	Compte-rendu
C.U.R.A.P.P.	Centre universitaire de recherches administratives et politiques de

	Picardie
Dir.	Directeur(s)
D.P.S.	Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958 (voir bibliographie)
D.	Dalloz
Dr. fisc.	Revue de droit fiscal
Ed.	Edition
Fasc.	Fascicule
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
G.D.C.C.	Les grandes décisions du Conseil constitutionnel (17e éd. de 2013, voir bibliographie)
Ibid.	*Ibidem* (dans l'ouvrage précédemment cité et à la même page)
J.C.P.	Juris-classeur périodique (Semaine juridique)
J.O.F.L.	Journal officiel de la France libre
J.O.R.F.	Journal officiel de la République française (utilisée seule cette abréviation renvoie à l'édition « Lois et décrets »)
L.G.D.J.	Librairie générale de droit et de jurisprudence
L.P.A.	Les petites affiches
N°	Numéro
P.U.A.M.	Presses universitaires d'Aix-Marseille
P.U.F.	Presses universitaires de France
P.U.L.	Presses universitaires de Laval (Canada)

Q.P.C.	Question prioritaire de constitutionnalité
R.D.P.	Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger
Rec. C.C.	Recueil des décisions du Conseil constitutionnel
Rec.	Recueil Lebon
R.F.D.A.	Revue française de droit administratif
R.F.D.C.	Revue française de droit constitutionnel
R.F.S.P.	Revue française de science politique
R.I.D.C.	Revue internationale de droit comparé
R.R.J.	Revue de la recherche juridique – Droit prospectif
R.T.D. Civil	Revue trimestrielle de droit civil
R.T.D.H.	Revue trimestrielle des droits de l'homme
Sect.	Section du contentieux du Conseil d'État
Vol.	Volume

Introduction générale

1. René Cassin, Marcel Waline, François Luchaire, Paul Coste-Floret, Georges Vedel, Maurice-René Simonnet, Robert Badinter, Jacques Latscha, Jacques Robert, Jean-Claude Colliard et Nicole Belloubet représentent cette part sûrement la moins connue de la composition du Conseil constitutionnel : les professeurs de droit.

2. La présence des professeurs de droit au Conseil constitutionnel éveille la curiosité, très certainement car ils cristallisent l'image d'une institution dont la composition reflèterait la confrontation de deux idéaux-types : celui des « *juristes* » et celui des « *politiques* »[1]. « *On a peine à croire* », estime en ce sens Patrick Wachsmann, « *que la pratique de l'institution ne fasse pas apparaître, quant au contentieux, l'omniprésence d'un tel clivage, qu'on a envie de caractériser comme opposant "professionnels" (du droit) et "amateurs"* »[2]. Le professeur de droit incarne l'image de l'universitaire dans une institution où l'hétérogénéité des profils place en vis-à-vis la figure du savant et celle du politique[3] ou du praticien[4], symbolisant chacun, dans l'exercice du contrôle de constitutionnalité, une légitimité qui lui est propre.

3. Depuis 1958, la composition du Conseil constitutionnel n'a cessé de faire l'objet de commentaires[5] et, parfois, d'analyses doctrinales[6]. Ce n'est pourtant qu'à de rares occasions

---

[1] D. Schnapper, *Une sociologue au Conseil constitutionnel*, Gallimard, coll. « N.R.F. Essais », Paris, 2010, 452 p., spéc. pp. 155-156.

[2] P. Wachsmann, « Sur la composition du Conseil constitutionnel », *Jus Politicum*, n° 5, 2010, pp. 1-30, spéc. pp. 20-21.

[3] M. Weber, *Le savant et le politique*, La Découverte, Paris, 2003, 206 p.

[4] La « *classe juridique* » serait ainsi intellectuelle en beaucoup de ses composantes mais « *l'amour du droit y rassemble aussi de simples exécutants* » (J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la V^ème^ République*, Flammarion, coll. « Champs essais », Paris, 1996, 276 p., spéc. p. 66). Elle contribuerait à créer une distinction entre ceux qui pensent le droit et ceux qui l'appliquent. Les différentes catégories « *d'interprètes autorisés* » tendent à se distribuer entre savants et praticiens : « *D'un côté, l'interprétation tournée vers l'élaboration purement théorique de la doctrine, monopole des professeurs qui sont chargés d'enseigner, sous une forme normalisée et formalisée, les règles en vigueur ; de l'autre, l'interprétation tournée vers l'évaluation pratique d'un cas particulier, apanage des magistrats qui accomplissent les actes de jurisprudence et qui peuvent par-là, pour certains d'entre eux, contribuer aussi à la construction juridique* » (P. Bourdieu, « La force du droit. Eléments pour une sociologie du champ juridique », *Actes de la recherche en sciences sociales*, vol. 64, 1986, pp. 3-19, spéc. p. 6).

[5] J. Boudant, « Les Présidents du Conseil constitutionnel », *R.D.P.*, 1987, n° 3, pp. 589-676 ; A. Ciaudo, « Un acteur spécifique du procès constitutionnel : le Secrétaire général du Conseil constitutionnel », *R.F.D.C.*, n° 73, 2008, pp. 17-26 ; D. de Béchillon, « Appel au calme (sur la composition du Conseil constitutionnel) », *Revue de droit d'Assas*, 2012, n° 5, pp. 115-118.

que la doctrine s'est intéressée aux professeurs de droit nommés au Conseil. L'influence des professeurs de droit membres du Conseil constitutionnel a parfois été étudiée dans des ouvrages monographiques[7] ou biographiques[8], ou bien à travers la publication, par les professeurs eux-mêmes, ou d'anciens conseillers[9], d'ouvrages ou d'articles évoquant leurs souvenirs au Conseil constitutionnel[10] ; ou encore, à l'occasion d'hommages publiés, révélant partiellement l'influence qu'ils ont eue au Conseil constitutionnel[11]. Cependant, toutes les études menées jusqu'alors restent limitées par des contraintes d'ordre déontologique ou matériel. La nomination de ces onze professeurs de droit, dans une juridiction dont la composition fascine, surprend ou déroute la doctrine, a en tout cas contribué à créer un mythe autour de leur activité au Conseil constitutionnel. Jacques Robert exprimait d'ailleurs le décalage qui peut exister entre ce qui appartient à la « *fabrique* »[12] des décisions et la spéculation de certains commentaires : « *J'ai toujours été émerveillé par l'imagination des juristes extérieurs au Conseil dans tout ce qu'ils nous prêtent de pensées ou d'arrière-pensées*

[6] Assez rares sont les auteurs à s'être penchés, dans le cadre de travaux doctrinaux, sur une analyse approfondie de la nomination et plus largement de la composition *lato sensu* du Conseil constitutionnel. En ce sens, voir P. Wachsmann, « Sur la composition du Conseil constitutionnel », *Jus Politicum*, n° 5, 2010, pp. 1-30 ; F. Hourquebie, « Les nominations au Conseil constitutionnel », *L.P.A.*, n° 108, 31 mai 2001, pp. 9-16 ; L. Favoreu, « Les juges constitutionnels – France », *A.I.J.C.*, 1988, pp. 141-154. Dans une moindre mesure, voir O. Jouanjan, « Le Conseil constitutionnel est-il une institution libérale ? », *Droits*, n° 43, 2006, pp. 73-89. Voir aussi D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, L.G.D.J., coll. « Domat droit public », 10ème éd., 2013, 584 p., spéc. pp. 58-75.

[7] D. Rousseau, *Sur le Conseil constitutionnel. La doctrine Badinter et la démocratie*, Descartes et Cie, Paris, 1997, 194 p.

[8] P. Cassia, *Robert Badinter, un juriste en politique*, Fayard, Paris, 2009, 547 p. ; A. Prost, J. Winter, *René Cassin*, Fayard, Paris, 2011, 444 p.

[9] P. Joxe, *Cas de conscience*, Labor et Fides, Genève, 2010, 245 p. ; D. Schnapper, *Une sociologue au Conseil constitutionnel*, précité.

[10] J. Robert, *La garde de la République. Le Conseil constitutionnel raconté par l'un de ses membres*, Plon, Paris, 2000, 227 p. ; G. Vedel, « Neuf ans au Conseil constitutionnel », *Le débat*, n° 55, 1989, pp. 61-70 ; J. Robert, « Neuf années au Conseil constitutionnel. Débat entre Jacques Robert et Dominique Rousseau », *R.D.P.*, 1998, n° 5, pp. 1748-1770 ; J. Robert, « "Sage"… pendant neuf ans ? », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 25, 2008, pp. 9-10 ; J.-Cl. Colliard, « Neuf ans de bonheur », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 25, 2008, pp. 32-36 ; J. Cl. Colliard, « Entretiens », *A.I.J.C.*, 2011, pp. 11-19 ;

[11] B. Genevois, « Un universitaire au Conseil constitutionnel : le Doyen Georges Vedel », *R.F.D.A.*, 2004, n° 2, pp. 215-223 ; P. Esplugas, « Les professeurs de droit au Conseil constitutionnel. L'exemple de Georges Vedel », in *Les Facultés de Droit inspiratrices du droit ?*, Presses de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse, Toulouse, 2007, 234 p, pp. 217-225 ; J. Robert, « François Luchaire et le Conseil constitutionnel », in D. Maus, J. Bougrab (dir.), *François Luchaire, un républicain au service de la République*, Publications de la Sorbonne, Paris, 2005, pp. 159-167 ; J. Robert, « René Cassin au Conseil constitutionnel », in *De la France libre aux droits de l'homme. L'héritage de René Cassin*, La Documentation française, Paris, 2009, pp. 93-99.

[12] Le terme est emprunté à Bruno Latour, B. Latour, *La fabrique du droit. Une ethnographie du Conseil d'Etat*, La Découverte, Paris, 320 p.

auxquelles, vraiment, nous n'avons jamais réfléchi »[13]. Le secret des délibérations et le respect par les membres et anciens membres du Conseil constitutionnel de leur devoir de réserve contribuent en outre à nourrir ce récit, car leur discours s'évertue à ne révéler qu'une part infime de la réalité de la construction des décisions. Cette image est d'ailleurs souvent véhiculée par d'anciens membres, eux-mêmes disposés à magnifier quelque peu les qualités des conseillers qui les ont entourés[14].

4. L'ouverture des archives du Conseil constitutionnel en 2008 invite à mieux connaître un aspect peu exploré de la composition de la juridiction constitutionnelle : celui de l'influence réelle des juges en général et des professeurs de droit en particulier, selon leur profil, sur la décision. La loi organique du 15 juillet 2008[15] permet désormais d'accéder aux archives du Conseil. Auparavant fixé à soixante ans[16], le délai au-delà duquel peuvent être consultés les comptes rendus des délibérations a été ramené à vingt-cinq ans. L'ouvrage des *Grandes délibérations du Conseil constitutionnel*[17] s'est déjà attaché à cette entreprise de relire ou de découvrir les décisions du Conseil constitutionnel à travers le processus de leur élaboration. Cependant, l'intrigue que constitue la présence des professeurs de droit au Conseil constitutionnel demeure, de sorte qu'elle invite à une investigation approfondie de l'accès et de la participation de ces juges à part à la fonction de juger.

[13] J. Robert, « Table ronde avec des universitaires anciens membres du Conseil constitutionnel », in D. Maus, A. Roux (dir.), *30 ans de saisine parlementaire du Conseil constitutionnel*, Economica/P.U.A.M., Paris, 2006, pp. 111-131, spéc. p. 115.

[14] Voir par exemple les propos d'Alain Lancelot : « *Chacun des membres auprès desquels j'ai siégé, était une vedette dans son corps d'origine – voire une " star " dans le cas de Noëlle Lenoir, première femme nommée rue de Montpensier à quarante-quatre ans et restée de très loin la benjamine du Conseil – qu'il s'agisse de grandes personnalités politiques comme Simone Veil, Maurice Faure ou Pierre Mazeaud (sans rappeler Roland Dumas et Yves Guéna), de grands juristes comme Jean Cabannes et Jean-Claude Colliard ou de grands administrateurs comme Georges Abadie ou Michel Ameller. Avec le recul du temps, il me semble que, parmi tous ces membres, la culture dominante était celle du Parlement qui combine avec bonheur la liberté d'expression, le goût de la controverse et le culte de la personnalité corrigés par le sens de l'humour et de la fraternité avec, en prime chez ces « seniors » confirmés, ce reste d'enfance qu'on ne trouve plus guère que chez quelques grandes figures des Armées, ou des Universités* » (A. Lancelot, « Où il est question de bonheur au sommet de l'Etat », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 25, 2008, pp. 22-25, spéc. p. 23).

[15] Loi organique n° 2008-695 du 15 juillet 2008 relative aux archives du Conseil constitutionnel, J.O.R.F. du 16 juillet 2008 page 11322.

[16] Décision n° 2001-92 ORGA du 27 juin 2001, *Décision portant règlement intérieur sur les archives du Conseil constitutionnel*, J.O.R.F. du 1er juillet 2001, page 10590.

[17] B. Mathieu, J.- P. Machelon, F. Mélin-Soucramanien, D. Rousseau, X. Philippe, *Les Grandes délibérations du Conseil constitutionnel. 1958-1986*, Dalloz, Paris, 2ème éd., 2014, 598 p.

5. Une telle démarche peut d'ailleurs paraître singulière, notamment parce que le droit constitutionnel français s'est construit historiquement sans juge constitutionnel. La tradition juridictionnelle française, marquée par le secret et la relégation du juge[18], n'a pas fait de la juridiction constitutionnelle le lieu principal où s'est constitué le débat juridique, contrairement, par exemple, aux Etats-Unis où les grands noms du droit sont souvent des juges constitutionnels[19]. Le droit constitutionnel est ainsi longtemps resté un droit des professeurs conçu dans les universités[20]. Pourtant, depuis 1958, le Conseil constitutionnel a accompagné tous les grands bouleversements constitutionnels qu'a connus la V^{ème} République. Miroirs des controverses juridiques qui ont émaillé chaque époque traversée par le Conseil constitutionnel, de grandes réflexions sur le droit, auxquelles ont pris part onze professeurs de droit au cours des délibérations, se sont construites dans l'enceinte du Palais Montpensier.

6. Ce sujet s'inscrit ainsi dans l'étude plus large des rapports susceptibles de se nouer et des influences réciproques pouvant s'exercer entre les professeurs de droit et le Conseil constitutionnel. Il est possible de définir ces relations selon trois niveaux d'analyse. Le premier concerne les professeurs de droit *et* le Conseil constitutionnel et consiste à envisager l'évolution de l'intérêt manifesté par les professeurs de droit pour le Conseil constitutionnel (§ 1). Le second, considérant des rapports de proximité plus grands, est relatif aux professeurs de droit *au* Conseil constitutionnel. Il a trait alors à l'investissement de ces derniers auprès du Conseil constitutionnel, sans pour autant qu'ils en soient membres (§ 2). Mais ces différentes approches, pour éclairantes qu'elles soient, ne doivent pas être confondues avec celle induite par le sujet qui consiste à étudier uniquement les professeurs de droit *membres* du Conseil constitutionnel (§ 3).

[18] F. Hourquebie, *Sur l'émergence du contre-pouvoir juridictionnel sous la V^{ème} République*, Bruylant, Bruxelles, 2004, 678 p.

[19] W. Mastor, *Les opinions séparées des juges constitutionnels*, Economica/P.U.A.M., Paris, 2005, 361 p.

[20] A tel point d'ailleurs que Georges Vedel définit le droit constitutionnel selon une acception « *pédagogique* », car la « *tradition, les habitudes, et même les programmes universitaires jouent un rôle important pour en déterminer le contenu* » (G. Vedel, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, Sirey, 1949, réédition, Dalloz, Paris, 2002, 616 p., spéc. p. 6).

§ 1. Les professeurs de droit *et* le Conseil constitutionnel

7. Les rapports noués entre les professeurs de droit, particulièrement de droit public, et le Conseil constitutionnel ont été pour le moins chaotiques. D'un rejet assez net au début de la V^{ème} République (A), les professeurs de droit ont progressivement, et principalement à partir des années 1970, opéré un rapprochement en la forme d'un véritable programme doctrinal (B). Au point qu'à l'heure actuelle, les rapports entre doctrine et Conseil constitutionnel paraissent parfois ambivalents (C).

A. Les distances originelles entre les professeurs de droit et le Conseil constitutionnel

8. Le Conseil constitutionnel, ainsi que les modalités du contrôle de constitutionnalité, reçurent, comme d'ailleurs l'ensemble du texte de la Constitution du 4 octobre 1958[21], un accueil parfois « *glacial* »[22] de la part de la doctrine.

9. **Une fausse expérience du contrôle de constitutionnalité**. En 1959, Georges Vedel déconsidère largement l'installation du Conseil constitutionnel : « *La prétendue expérience d'une juridiction constitutionnelle n'aura servi qu'à décrier l'institution qui, pourtant, pleinement et loyalement pratiquée, serait une pièce nécessaire de tout système démocratique véritable. On croira avoir connu le système de la garantie juridictionnelle en matière constitutionnelle alors qu'on n'aura connu qu'une procédure d'arbitrage entre les pouvoirs, qu'une arme de plus au service de la puissance présidentielle et gouvernementale, et un moyen supplémentaire d'abaisser le Parlement. Une fausse expérience de plus dans une histoire politique qui en est encombrée…* »[23]. C'est encore sur l'ambiguïté de l'institution que

[21] Voir notamment J. Rivero, « Regard sur les institutions de la V^{e} République », *D.*, Chron. XXXVII, 1958, pp. 259-264.

[22] S. Leroyer, *L'apport du Conseil d'Etat au droit constitutionnel de la V^{e} République. Essai sur une théorie de l'Etat*, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », Paris, 2011, 756 p., spéc. p. 258.

[23] G. Vedel, *Cours de droit constitutionnel et d'institutions politiques*, Les Cours de droit, Paris, 1959-1960, 1200 p., spéc. p. 1141.

se concentrent les critiques doctrinales et la difficulté à caractériser la nature et les fonctions de l'institution. Maurice Duverger estime ainsi que le Conseil constitutionnel est une « *juridiction politique* », en ce sens que « *son rôle est celui d'un juge, mais il est exercé dans des matières politiques et plus encore dans des buts politiques* »[24]. L'institution ne doit dès lors pas être « *surestimée* » car elle n'apparaît pas comme un instrument de protection des citoyens contre le pouvoir, et les constituants se sont ingéniés « *à faire du Conseil constitutionnel un surveillant un peu trop sourcilleux des Assemblées* »[25]. Ces critiques relayent d'ailleurs les inquiétudes des quelques professeurs de droit parvenus à participer au processus constituant[26]. Dès la réunion du Comité interministériel en juin 1958, René Cassin, alors Vice-président du Conseil d'Etat, « *témoigne des signes d'inquiétude au sujet de cette juridiction constitutionnelle* »[27], notamment du fait de l'ambiguïté qui entoure la nature et les fonctions du futur Conseil constitutionnel. C'est encore le cas de François Luchaire, chargé de la préparation des articles relatifs au Conseil constitutionnel, préoccupé par la limitation du droit de saisine à trois autorités politiques, faisant de la juridiction constitutionnelle non la gardienne de la Constitution mais une régulatrice des rapports entre organes politiques[28].

10. ***Une composition décriée***. La composition du Conseil constitutionnel, autant dans les modalités de nomination choisies par les constituants que dans les personnalités effectivement désignées, a très tôt fait l'objet de vives critiques. Charles Eisenmann évoque ainsi le premier l'absence de professeurs de droit au sein du Conseil constitutionnel. Il s'exprime notamment en ces termes : « *Hauts magistrats de l'ordre judiciaire ou de l'ordre administratif, avocats – des deux ordres – de grand renom et entourés de respect, professeurs de droit public ou de sciences politiques, c'est évidemment dans ces catégories de personnes que les hommes moyens éclairés eussent suggéré aux autorités désignantes de choisir au moins le plus grand nombre de membres de cette sorte de cour : ils eussent été les interprètes de l'esprit droit. On*

[24] M. Duverger, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, P.U.F., Paris, 5e éd., 1960, 818 p., spéc. p. 638.

[25] J. de Soto, « La loi et le règlement dans la Constitution du 4 octobre 1958 », *R.D.P.*, 1959, pp. 240-297, spéc. pp. 290-291.

[26] Sur la problématique de la relégation des professeurs de droit hors des instances constituantes, voir *infra* § 251et s.

[27] Comité national chargé de la publication des travaux préparatoires des institutions de la V^{ème} République, *Documents pour servir à l'histoire de la Constitution du 4 octobre 1958, Vol. 1 : des origines de la loi constitutionnelle du 3 juin 1958 à l'avant-projet du 29 juillet 1958*, La documentation française, Paris, 1987, 613 p., spéc. p. 247.

[28] *Idem*, p. 382 ; voir aussi D. Maus, L. Favoreu, J.-L. Parodi (dir.), *L'écriture de la Constitution de 1958*, Economica/P.U.A.M., Paris, 852 p., spéc. pp. 467-482.

remarquera en particulier que le nouveau collège ne comprend pas un seul professeur de droit public ou de sciences politiques »[29]. Avant la nomination de René Cassin, Maurice Duverger exprimait dans l'édition de 1960 de son *Manuel d'institutions politiques et de droit constitutionnel* la même stupéfaction, précisant que « *le Conseil a pour rôle principal d'interpréter la Constitution, ce qui exige de ses membres des connaissances techniques approfondies. Or le Conseil constitutionnel actuel compte un ambassadeur, un directeur de banque, un ancien directeur d'entreprise privée, un médecin, un conseiller d'Etat honoraire, deux magistrats de l'ordre judiciaire, deux avocats : aucun de ces membres n'a de compétences particulières en matière constitutionnelle* »[30].

11. Les limites atteignant le contrôle de la constitutionnalité des lois en 1958 expliquent le discrédit de certains membres de la doctrine pour le Conseil constitutionnel. Pourtant, à mesure que le destin de l'institution échappe à la mission originelle que lui avaient confiée les constituants, il s'opère un rapprochement entre la doctrine et le Conseil constitutionnel, rapprochement fondé sur l'étude de la jurisprudence constitutionnelle et sur le renouveau consécutif des fonctions de la justice constitutionnelle, thèmes encore peu explorés.

B. Le rapprochement progressif des professeurs de droit et du Conseil constitutionnel

12. Le développement et le succès de la jurisprudence constitutionnelle vont être progressivement saisis par une partie de la doctrine publiciste, trouvant là l'épilogue de la « *crise* »[31] traversée par le droit constitutionnel depuis les années 1950[32]. La décision du 16 juillet 1971[33] constitue le point de départ du renouveau doctrinal du droit constitutionnel dans

[29] Ch. Eisenmann, « Palindromes ou stupeur ? », *Le Monde* du 5 mars 1959.

[30] M. Duverger, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 5ème éd., 1960, 818 p., spéc. p. 649.

[31] D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, précité, p. 528.

[32] Pour une analyse des causes et des manifestations de cette crise, voir *infra* § 263 et s.

[33] Décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, *Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association*, J.O.R.F. du 18 juillet 1971, p. 7114 ; G. Boudou, « Autopsie de la décision du Conseil constitutionnel du 16 juillet 1971 sur la liberté d'association », *R.F.D.C.*, 2014, n° 97, pp. 5-120. Voir aussi J. Robert, « Propos sur le sauvetage d'une liberté », *RDP*, 1971, n° 5, pp. 1171-1200.

un horizon contentieux. Ce renouveau viendra donc essentiellement de l'éclosion de la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

13. ***Le contentieux constitutionnel comme horizon doctrinal et comme facteur de rapprochement***. L'émergence d'un véritable contentieux constitutionnel dès le début des années soixante-dix[34] a permis aux juristes français de trouver un sujet de controverses doctrinales par la création d'une critique ordonnée d'une jurisprudence constitutionnelle en plein essor. L'approche dominante des constitutionnalistes sous l'influence de Maurice Duverger, marquée par un droit constitutionnel se confondant en grande partie avec l'analyse du système politique, pouvait se transformer et l'approche contentieuse, plus fidèle à la tradition doctrinale des publicistes français du début du XX^{ème} siècle, y trouver un terreau fertile pour se développer[35]. La jurisprudence du Conseil constitutionnel a ainsi permis l'affirmation dans le droit positif d'un « *principe de constitutionnalité* »[36] qui a « *complété, sinon remplacé* » le principe de légalité[37]. Désormais, d'après Louis Favoreu, le droit a plus d'importance dans l'étude du droit constitutionnel que la science politique, à tel point que les normes constitutionnelles constitueraient les fondations de tout l'édifice normatif[38]. En conséquence, les rapports entre les professeurs de droit et le Conseil constitutionnel ont contribué à transformer la définition du droit constitutionnel car « *en devenant un droit jurisprudentiel et un droit appliqué, le droit constitutionnel se rejuridicise* »[39].

---

[34] Dont le volume était pour le moins inférieur à celui du Conseil d'Etat par exemple.

[35] Particulièrement en France par les travaux de Louis Favoreu. Comme l'explique Olivier Jouanjan, « *Là où il s'est produit, le développement de la justice constitutionnelle a largement centré l'activité des constitutionnalistes sur l'analyse des décisions juridictionnelles. Un positivisme de la jurisprudence constitutionnelle s'est progressivement imposé. [Ce positivisme a] profondément marqué les études constitutionnelles : le commentaire des décisions du Conseil constitutionnel tient lieu de dogmatique* » (O. Jouanjan, « Histoire de la science du droit constitutionnel », in M. Troper, D. Chagnollaud (dir.), *Traité international de droit constitutionnel. Théorie de la Constitution*, tome 1, Dalloz, coll. « Traités », Paris, 2012, pp. 69-111, spéc. p. 107). On peut cependant nuancer le propos en précisant que l'approche doctrinale classique du droit constitutionnel a été, selon Olivier Beaud, modifiée déjà par les travaux de Joseph Barthélemy, visant, dans une démarche historique, à privilégier l'étude de la pratique constitutionnelle en abandonnant celle de la théorie de l'Etat (O. Beaud, « Joseph Barthélemy ou la fin de la doctrine constitutionnelle classique », *Droits*, n° 32, 2000, pp. 90-108).

[36] L. Favoreu, « Le principe de constitutionnalité. Essai de définition d'après la jurisprudence du Constitutionnel », in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Cujas, Paris, 1975, pp. 33-48.

[37] L. Favoreu, « L'apport du Conseil constitutionnel au droit public », *Pouvoirs*, n° 13, 1991, p. 17-31, spéc. p. 18.

[38] *Idem*, p. 20.

[39] *Idem*, p. 23.

14. Pour certains auteurs, cette redéfinition doctrinale serait sous-tendue par des enjeux symboliques et de pouvoir, destinés à inverser la hiérarchie disciplinaire entre le droit constitutionnel et les autres branches du droit. Cette transformation, à l'aune de la jurisprudence constitutionnelle, constituerait l'acte de reconnaissance du droit constitutionnel en tant que « *vrai droit* »[40]. Ce développement aurait permis en effet « *à ses spécialistes de devenir les médiateurs des tensions politiques dans la mesure où celles-ci sont susceptibles d'une retraduction dans les termes d'un savoir qu'ils contrôlent* »[41]. Cette nouvelle tendance contribuerait ainsi à créer une distanciation avec les profanes et les autres interprètes du droit[42]. Bien que cette thèse porte pour le moins à débat[43], les effets du renouveau du droit constitutionnel au regard de la jurisprudence du Conseil constitutionnel ont été d'établir mécaniquement un rapprochement entre les professeurs de droit et le Conseil Constitutionnel. Dans une approche disciplinaire, le terme de jurisprudence pour désigner les décisions du Conseil constitutionnel ne se diffuse véritablement qu'à partir du milieu des années soixante-dix, lorsqu'est créée, dans la *Revue du droit public*, une chronique régulière de « *jurisprudence constitutionnelle* » confiée à Louis Favoreu et Loïc Philip. Comme l'explique Bastien François, « *à la même époque le droit constitutionnel devient, pour certains du moins, un droit "jurisprudentiel", les constitutionnalistes transposant la posture d'"arrêtiste" – caractéristique du travail de la doctrine en droit administratif – à l'étude des décisions du Conseil constitutionnel* »[44]. De plus, la publication des *Grandes décisions du Conseil*

[40] B. François, *La cinquième République dans son droit. La production d'un corps de connaissances spécialisées sur la politique et les institutions*, thèse dact., Université Paris I, 1992, 591 p., spéc. p. 336.

[41] B. François, « Une revendication de juridiction. Compétence et justice dans le droit constitutionnel de la V^{ème} République », *Politix*, n° 10, 1991, pp. 92-109, p. 93 ; voir aussi Y. Poirmeur, « La doctrine constitutionnelle et le constitutionnalisme français », in D. Lochak (dir)., *Les usages sociaux du droit*, C.U.R.A.P.P., P.U.F., Paris, 1989, pp. 230-251.

[42] Sur cette question centrale, voir J. Chevallier, « Les interprètes du droit », in *La doctrine juridique*, C.U.R.A.P.P., P.U.F., Paris, 1993, pp. 259-280.

[43] Cette thèse semble en effet quelque peu caricaturale. D'une part, comme le note Dominique Rousseau, la « *juridicisation de la politique* […] *est bien une réalité, en ce sens que le recours systématique au droit contribue à poser les problèmes dans les catégories spécifiques de la raison juridique* » (D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, précité, p. 530). De ce point de vue, la question prioritaire de constitutionnalité donne sens à cette conception. D'autre part, l'analyse en termes de lutte de pouvoir laisse entendre qu'il existerait une vision hégémonique du droit constitutionnel, sans diversité ni esprit critique. Or, au contraire, le droit constitutionnel s'est enrichi d'une diversité des méthodes d'analyses tant sur le terreau du droit constitutionnel jurisprudentiel que sur celui du droit politique et du droit constitutionnel institutionnel, démontrant que l'étude du droit constitutionnel se nourrit largement, et presque nécessairement, de pluridisciplinarité.

[44] B. François, « *le Conseil constitutionnel et la Cinquième République. Réflexions sur l'émergence et les effets du contrôle de constitutionnalité en France* », *R.F.S.P.*, 1997, n° 3, pp. 377-404, spéc. p. 378.

constitutionnel sur le modèle des *Grands arrêts de la jurisprudence administrative* à compter de 1974, toujours sous l'influence de Louis Favoreu et de Loïc Philip[45], participe d'une diffusion nouvelle de la jurisprudence du Conseil. Cette montée en puissance s'accompagne d'une multiplication des travaux universitaires et des manuels consacrés au Conseil constitutionnel à partir de 1980. Le premier d'entre eux est l'œuvre de François Luchaire, dont l'expérience au Conseil lui permet de réaliser cette première synthèse[46].

15. Ces rapports entre une partie de la doctrine constitutionnaliste et le Conseil constitutionnel se caractérisent alors par un renouvellement de l'analyse doctrinale des fonctions du contrôle de constitutionnalité. François Luchaire est ainsi le premier constitutionnaliste à s'intéresser directement à la protection des droits et libertés dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel[47], avant de prolonger ses réflexions dans un ouvrage consacré à la protection constitutionnelle des droits et libertés en 1987[48]. Ce nouvel aspect du rôle du Conseil a ainsi suscité un grand engouement de la doctrine pour l'étude des décisions de ce dernier. Pour François Luchaire, il convient « *de rendre hommage, certes à la jurisprudence du Conseil, mais aussi à la Doctrine et aux Facultés de droit qui désormais font de cette jurisprudence un élément essentiel des études juridiques* »[49]. L'approche renouvelée a permis l'éclosion d'un néo-constitutionnalisme[50] fondé sur une conception normative de la Constitution et considérant les fonctions de la justice constitutionnelle comme tournées essentiellement vers la protection des droits et libertés. Bien loin d'avoir fait disparaître la notion de Constitution, cette redéfinition des rapports entre doctrine et jurisprudence constitutionnelle s'apparente, pour une partie de la doctrine constitutionnaliste,

[45] L. Favoreu, L. Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Sirey, Paris, 1975, 442 p.

[46] F. Luchaire, *Le Conseil constitutionnel*, Economica, Paris, 1980, 435 p. Les premiers manuels de contentieux constitutionnel apparaîtront plus tard, voir D. Turpin, *Contentieux constitutionnel*, P.U.F., Paris, 1986, 436 p. ; B. Genevois, *La jurisprudence du Conseil constitutionnel. Principes directeurs*, S.T.H., Paris, 1986, 406 p. ; D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, Montchrestien, Paris, 1990, 404 p.

[47] F. Luchaire, « Le Conseil constitutionnel et la protection des droits et libertés du citoyen », in *Le juge et le droit public. Mélanges offerts à Marcel Waline*, tome 2, L.G.D.J., Paris, 1974, pp. 563-574.

[48] F. Luchaire, *La protection constitutionnelle des droits et libertés*, Economica, Paris, 1987, 501 p.

[49] F. Luchaire, « Avant-propos de la deuxième édition », in *Le Conseil constitutionnel. Organisation et attributions*, tome I, Economica, Paris, 2ème éd., 1997, 490 p., pp. VII-IX, spéc. p. VII.

[50] L. Favoreu, « Propos d'un néo-constitutionnaliste », in J.-L. Seurin (dir.), *Le constitutionnalisme aujourd'hui*, Economica, Paris, 1984, pp. 23-27 ; voir aussi Y. Poirmeur, « Thèmes et débats autour du constitutionnalisme », in *Droit et politique*, C.U.R.A.P.P., P.U.F., Paris, 1993, pp. 13-39.

à une « *résurrection* »[51] de ladite notion. Désormais, la Constitution se définit non plus seulement à l'aune de la répartition des compétences normatives[52] mais également à partir de « *la définition des rapports entre les citoyens et l'Etat* », le Conseil constitutionnel devenant l'instrument de la protection des droits et libertés des citoyens[53]. Ce rapprochement entre les professeurs – particulièrement de droit constitutionnel – et le Conseil constitutionnel a donc permis la refondation d'une doctrine constitutionnaliste qui s'est saisie de la jurisprudence constitutionnelle comme objet d'étude, contribuant à la redéfinition du droit constitutionnel, certains auteurs allant jusqu'à en déduire une « *revanche du droit constitutionnel* »[54].

16. Finalement, ainsi que l'exprimait Georges Vedel, « *la revendication d'autonomie du juriste, du constitutionnaliste, par rapport à d'autres formes d'étude de la vie politique (que ce soit la forme historique, la sociologie ou la science politique) s'est fait jour tant bien que mal* […]. *Le résultat est que désormais, loin d'avoir honte des principes juridiques et de dire : "Nous vous disons cela nous juristes mais en réalité les choses se passent peut-être autrement et nous en sommes confus", les constitutionnalistes vont invoquer ces principes. Nous avons entendu au cours de ce colloque une revendication de l'autonomie et de la pureté du droit constitutionnel, ce qui est un retour à une pratique probablement antérieure à ce que j'appellerais par un terme qui paraîtra peut-être un peu fort "la Révolution Duverger"* »[55]. Ce rapprochement des professeurs de droit et du Conseil constitutionnel correspond également à une plus grande ouverture de l'institution sur l'Université en général. La juridiction constitutionnelle a en effet rapidement opéré, notamment à travers ses méthodes de communication, une « *densification des relations avec le milieu universitaire* »[56]. Bruno Genevois, ancien secrétaire général du Conseil[57], a semble-t-il joué un rôle majeur dans cette

[51] D. Rousseau, « Une résurrection : la notion de constitution », *R.D.P.*, 1990, n° 1, pp. 5-22.

[52] L. Favoreu, « Le Conseil constitutionnel régulateur de l'activité normative des pouvoirs publics », *R.D.P.*, 1967, pp. 5-120.

[53] D. Rousseau, « Une résurrection : la notion de constitution », précité. La justice constitutionnelle symboliserait désormais le « *passage de la Constitution-séparation des pouvoirs à la Constitution-garantie des droits* » (D. Rousseau, « La jurisprudence constitutionnelle : quelle nécessité démocratique ? », in G. Drago, B. François, N. Molfessis (dir.), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, précité, pp. 363-376, spéc. p. 366.)

[54] P. Avril, « Une revanche du droit constitutionnel ? », *Pouvoirs*, n° 49, 1989, pp. 5-13.

[55] G. Vedel, « Rapport de synthèse », in *La continuité constitutionnelle en France de 1789 à 1989*, Economica/P.U.A.M., Paris, 1990, pp. 171-178, spéc. p. 173.

[56] O. Schrameck, « Entretien », *A.I.J.C.*, 2010, pp. 21-29, spéc. pp. 23-25.

[57] Il a été Secrétaire général du Conseil de 1986 à 1993.

évolution, dans la mesure où il disposait de nombreux contacts avec la doctrine[58]. D'ailleurs, scientifiquement, l'institution a toujours veillé à préserver, voire à approfondir, ses rapports avec l'Université, particulièrement à partir de l'organisation de ses services. Depuis 1996, la publication des Cahiers du Conseil constitutionnel, désormais Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel, revue officielle de la juridiction, a notamment pour fonction de présenter des études de doctrine relatives au Conseil constitutionnel, à sa jurisprudence et à la justice constitutionnelle lato sensu. La création en 1997 d'un prix de thèse délivré par l'institution et la multiplication des colloques organisés au Conseil constitutionnel favorisent encore le lien avec le monde universitaire[59].

17. Le rapprochement ainsi observé, allant jusqu'à la redéfinition de l'analyse du droit constitutionnel, conduit à s'interroger sur les distances et l'ambivalence des rapports désormais noués entre la doctrine et le juge constitutionnel.

C. L'ambivalence actuelle des rapports entre les professeurs de droit et le Conseil constitutionnel

18. ***La diversification des interlocuteurs du Conseil constitutionnel***. La question prioritaire de constitutionnalité a créé les conditions d'une pérennisation des liens unissant désormais les professeurs de droit et le Conseil constitutionnel. Elle se traduit notamment par une multiplication des études doctrinales relatives à la jurisprudence constitutionnelle. L'effet induit par le nouveau mécanisme de contrôle de constitutionnalité est d'élargir l'appropriation de l'étude du contentieux constitutionnel, non plus seulement à la doctrine publiciste et

[58] Lors de son arrivée, il faisait rédiger les commentaires des décisions par des universitaires. Puis il s'en est occupé lui-même à *l'A.J.D.A.*, « *par des notes courtes pour ouvrir le flan à la critique* » (O. Schrameck, « Entretien », précité, p. 23).

[59] Voir en ce sens O. Schrameck, « Le Conseil constitutionnel et l'université », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 1, 1996, p. 71.

spécifiquement constitutionnaliste, mais à l'ensemble des disciplines juridiques[60], les décisions du Conseil constitutionnel irriguant désormais l'ensemble des branches du droit[61].

19. ***La distance de la doctrine vis-à-vis du Conseil constitutionnel***. Cet engouement renouvelé de la part de la doctrine constitue, pour certains auteurs, un danger compte tenu des risques de « *capture* »[62] par le Conseil constitutionnel de la doctrine universitaire. En effet, pour Xavier Magnon, la diffusion d'une doctrine « *secondaire* » du juge constitutionnel, matérialisée par les commentaires officiels des décisions, menace, d'une certaine manière, la liberté d'interprétation de la doctrine universitaire. Cette doctrine du juge, publiée dans la revue officielle de la juridiction, ayant pour fonction d'éclairer la motivation des décisions, serait susceptible de ne plus être questionnée par la doctrine universitaire, affaiblissant la concurrence nécessaire qui devrait exister entre ces deux niveaux d'analyse doctrinale[63]. Ainsi, en cherchant à rester trop près de l'interprétation donnée officiellement par le Conseil constitutionnel, la doctrine universitaire perdrait une part essentielle de sa fonction critique. Comme l'auteur l'explique : « *Avec une doctrine universitaire soucieuse de proposer des interprétations "vraies" ou "justes", la capture est automatique. Seule l'institution est en mesure d'apporter l'interprétation véritable. Il n'y aurait alors plus de place pour une doctrine universitaire, ni d'intérêt pour le commentaire d'une décision* »[64]. Les commentaires de chaque décision du Conseil au moment de leur publication par le Secrétariat général ou le service juridique de l'institution, faisant généralement l'objet d'une parution dans les *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* ou dans d'autres revues juridiques, a permis le développement d'une « *doctrine autorisée* »[65] qui, sans être remise en question par la doctrine universitaire, risquerait de réduire le champ de l'interprétation des décisions rendues.

[60] X. Magnon, X. Bioy, W. Mastor, S. Mouton (dir.), « Le réflexe constitutionnel. Questions sur la question prioritaire de constitutionnalité », Bruylant, Bruxelles, 2012, 228 p.

[61] N. Molfessis, « L'irrigation du droit par les décisions du Conseil constitutionnel », *Pouvoirs*, n° 105, 2003, pp. 89-101.

[62] X. Magnon, « Que faire des doctrines du Conseil constitutionnel ? », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 38, 2013, pp. 206-211.

[63] Voir en ce sens M. Charité, « Les commentaires autorisés des décisions du Conseil constitutionnel », *R.D.P.*, 2015, n° 2, pp. 451-464.

[64] X. Magnon, « Que faire des doctrines du Conseil constitutionnel ? », précité, p. 210.

[65] H. Roussillon, P. Esplugas-Labatut, *Le Conseil constitutionnel*, Dalloz, Paris, 2015, 8ème éd., 220 p., spéc. p. 28 ; M. Charité, « Les commentaires autorisés des décisions du Conseil constitutionnel », précité.

20. Le rapprochement évoqué, qui s'est accéléré et amplifié avec la question prioritaire de constitutionnalité, pose la question de la distance, impliquant des rapports parfois ambivalents, entre les professeurs de droit et le Conseil constitutionnel[66]. La question résonne ainsi avec d'autant plus d'acuité qu'il a toujours existé une présence, plus ou moins directe, des professeurs de droit au Conseil constitutionnel.

§ 2. Les professeurs de droit *au* Conseil constitutionnel

21. Le Conseil constitutionnel a toujours veillé à préserver une relation avec les universités, à tel point que les professeurs de droit entrent régulièrement dans l'enceinte du Conseil, soit en qualité d'auxiliaires permanents (A), soit en tant que collaborateurs occasionnels (B).

A. Les professeurs de droit auxiliaires permanents du Conseil constitutionnel

22. Les professeurs de droit œuvrent en réalité souvent au sein du Conseil constitutionnel sans en être membres. Comme dans de nombreuses juridictions constitutionnelles[67], leur rôle constitue une part essentielle de la qualité de l'élaboration des décisions, l'expertise trouvée auprès des juristes universitaires permettant parfois de faciliter ou d'améliorer le travail des conseillers.

[66] Cette réflexion est d'autant plus importante à mener que l'analyse du champ sociologique des rapports entre les juges et le reste des opérateurs juridiques tend à démontrer que naturellement, « *les juges et autres diseurs de droit sont saisis comme des acteurs animés d'intérêts "divergents", voire "opposés" et qui, de ce fait, sont en concurrence dans leurs activités législatrices ou légitimatrices respectives, tout en étant objectivement complices et se servant mutuellement* » (P. Bourdieu, « La force du droit. Eléments pour une sociologie du champ juridique », *Actes de la recherche en sciences sociales*, vol. 64, 1986, pp. 3-19, spéc. p. 6).

[67] Les liens ainsi ménagés avec l'Université participent de la qualité du travail juridictionnel. La récente publication de l'Annuaire international de justice constitutionnelle démontre ainsi à quel point la doctrine et ses acteurs entretiennent des rapports étroits et parfois institutionnalisés avec la juridiction constitutionnelle (*Juges constitutionnels et doctrine*, *A.I.J.C.*, 2014, pp. 191-565 ; voir aussi N. Danelcjuc-Colodrovschi, « Les juridictions constitutionnelles postsoviétiques et la doctrine : amorce d'un dialogue impératif », n° 91, *R.F.D.C.*, 2012, supplément électronique).

23. ***Les professeurs de droit, conseillers des Présidents du Conseil constitutionnel***. En 1983, Daniel Mayer, nouveau président du Conseil constitutionnel, décide ainsi de s'entourer d'Olivier Duhamel et de Jean Gicquel pour exercer ses fonctions[68]. Dès 1986, lors de la nomination controversée[69] de Robert Badinter au Conseil constitutionnel[70], François Luchaire est choisi pour l'assister dans sa mission. Il demeurera son conseiller durant tout son mandat puis assistera Roland Dumas pendant quatre années avant de devenir conseiller d'Yves Guéna à la présidence du Conseil constitutionnel. Comme l'explique Jacques Robert, ces conseillers officieux ne participent jamais aux séances de délibéré[71]. Evidemment, la liberté de l'organisation interne du Conseil constitutionnel octroie à son Président la possibilité d'aménager ses services directs comme il l'entend. De ce fait, tous les Présidents ne se sont pas entourés de conseillers.

24. Sur le fond, toutes les saisines leur sont communiquées ainsi vraisemblablement que les dossiers constitués pour chaque membre. Comme l'explique Jacques Robert, si l'on sait qu'ils existent et que la tradition a toujours voulu que ces conseillers soient des professeurs de droit, généralement publicistes, on ne sait s'ils ont des réunions avec le président, s'ils sont consultés spécialement à sa demande ou s'ils rédigent des notes ponctuelles ou encore s'ils donnent leur avis oralement sur ce que devrait être le sens de la décision. Sur ces points, « *leur nom comme leur avis ne transparaît jamais*»[72]. Cette présence du professeur de droit auprès du Président a une fonction bien spécifique pour le traitement des dossiers, particulièrement s'il n'est pas un professionnel du droit. Toutefois, même si le président est un juriste, il est indispensable qu'avant d'aller en séance il puisse avoir, en plus de sa vision personnelle du dossier, l'avis d'un autre spécialiste « *choisi pour sa compétence, sa disponibilité ou son amitié* »[73]. La désignation de ces professeurs conseillers est en effet dictée par leur réputation et leur expérience. François Luchaire, dont l'influence au Conseil fut

[68] P. Cassia, *Robert Badinter, un juriste en politique*, Fayard, Paris, 2009, 547 p., spéc. p. 401.

[69] Voir *infra* § 337 et s.

[70] Robert Badinter est nommé membre et président du Conseil constitutionnel le 20 février 1986 en remplacement de Daniel Mayer, démissionnaire (Décision n° 43, Nomination, 19 février 1986, *Nomination du président du Conseil constitutionnel (Robert Badinter)*, J.O.R.F. du 20 février 1986, p. 2791).

[71] Ils seraient d'ailleurs installés au second étage avec les services administratifs (J. Robert, « François Luchaire et le Conseil constitutionnel », in D. Maus, J. Bougrab (dir.), *François Luchaire, un républicain au service de la République*, Publications de la Sorbonne, Paris, 2005, pp. 159-167, spéc. p. 165).

[72] *Ibidem*.

[73] *Idem*, p. 166.

considérable, disposait de la sorte d'une position privilégiée, faisant fructifier son expérience d'ancien membre du Conseil constitutionnel et de professeur de droit. Cependant, comme le relève Jacques Robert, « *comme nul n'a rien divulgué de leurs entretiens ou de leurs écrits, il est impossible d'affirmer avec certitude que telle décision du Conseil a été rendue finalement en accord ou non avec l'opinion que François Luchaire avait confiée à son Président* »[74]. Georges Vedel a, semble-t-il aussi, été plus indirectement, en tous les cas moins officiellement, un conseiller du président Robert Badinter. En effet, ce dernier évoque avoir continué à lui demander régulièrement conseil sur les affaires les plus importantes après son départ en 1989. Il précise : « *Je ne cessai point, pour autant, de le voir. Et il n'est point de grande question qui se posât au Conseil constitutionnel, dans les années qui s'écoulèrent, jusqu'à mon départ, sans que je prenne le soin de consulter le Doyen Vedel* »[75]. Ces propos sont d'ailleurs confirmés par Bruno Genevois, rappelant comment Georges Vedel a poursuivi ses relations avec le Conseil constitutionnel : « *Nos relations se maintinrent même après son départ du Conseil constitutionnel. Le président Badinter souhaitait connaître son point de vue, spécialement sur des dossiers délicats. Il jugeait essentiel que le Doyen demeurât associé au Conseil* »[76]. Cet investissement des professeurs de droit dans une fonction de conseil au plus proche de la présidence du Conseil constitutionnel démontre déjà, d'une certaine manière, l'importance et surtout la nécessité de l'expertise technique de ces universitaires.

25. ***La question prioritaire de constitutionnalité et le travail des universitaires au sein du service juridique***. La question prioritaire de constitutionnalité a en outre imposé au Conseil constitutionnel de faire peau neuve et d'accueillir dans son enceinte des universitaires susceptibles d'aider au travail du service juridique. Ces chargés de mission, le plus souvent docteurs ou maîtres de conférences, souvent en droit public, ont ainsi pour tâche de participer à l'instruction des questions prioritaires de constitutionnalité[77]. Il est en effet important de remarquer que l'impact de la réforme de la question prioritaire de constitutionnalité n'a pas induit une réforme des moyens mis à la disposition du Conseil, pas plus qu'elle n'a permis

[74] *Ibidem*.

[75] R. Badinter, « Du côté du Conseil constitutionnel », *R.F.D.A.*, 2002, n° 2, pp. 207-210, spéc. p. 210.

[76] B. Genevois, « Un universitaire au Conseil constitutionnel : le Doyen Georges Vedel », *R.F.D.A.*, 2004, n° 2, pp. 215-223, spéc. pp. 215-216.

[77] Cette organisation de l'assistance juridique se retrouve aussi dans d'autres juridictions constitutionnelles, associant à leur service juridique de jeunes universitaires. C'est le cas en Afrique du sud par exemple (X. Philippe, « Juges constitutionnels et doctrine-Afrique du sud », in *A.I.J.C.*, 2014, précité, pp. 199-215, spéc. p. 207).

d'accroître la présence des professeurs de droit au Conseil constitutionnel. Pour faire face à l'augmentation conséquente de la charge de travail, la juridiction constitutionnelle a choisi de généraliser la rationalisation de ses services. Il aurait très sûrement été utile d'associer à chacun des membres du Conseil constitutionnel un ou deux Conseillers référendaires, éventuellement choisis parmi des professeurs de droit[78]. En tout état de cause, il apparaît que les liens entre les professeurs de droit (ou plus largement les universitaires) et le Conseil constitutionnel sont multiples, à tel point que sans être membres de la juridiction, ils participent à l'accomplissement de sa mission parfois encore de manière occasionnelle.

B. Les professeurs de droit collaborateurs occasionnels du Conseil constitutionnel

26. De la saisine à l'instruction des décisions du Conseil constitutionnel, les professeurs de droit peuvent se trouver associés à la procédure du contrôle de constitutionnalité des lois et ainsi apparaître comme des collaborateurs occasionnels de l'institution.

27. ***« Les portes étroites » des professeurs de droit.*** Ces « *portes étroites* » constituent des contributions officieuses qui parviennent au Conseil constitutionnel. Ces documents, prenant souvent la forme de consultations, viennent au soutien de la loi mise en cause ou bien attirent l'attention du juge constitutionnel sur de nouveaux griefs d'inconstitutionnalité. L'expression est apparue sous la plume de Georges Vedel en 1991, à la suite du débat consécutif à l'échec de la réforme tendant à définir une exception d'inconstitutionnalité ouverte aux citoyens devant les tribunaux judiciaires et administratifs[79]. Il ne s'agit en rien de saisines officielles

[78] Sur le modèle par exemple de la Cour constitutionnelle belge, dont les référendaires sont recrutés par concours, les candidats étant généralement assistant ou chercheurs en droit constitutionnel dans une université belge. En tant que référendaire, ils ont d'ailleurs la possibilité de rester associés à leur université et de participer à des projets de recherche (A. Rasson-Roland, M. Verdussen, « Juges constitutionnels-Belgique », *A.I.J.C.*, 2014, précité, pp. 229-245).

[79] G. Vedel, « L'accès des citoyens au juge constitutionnel. La porte étroite », *La Vie Judiciaire*, n° 2344, mars 1991, pp. 1-14. L'auteur réemploie cette notion biblique dans plusieurs articles, G. Vedel, « Réflexions sur les singularités de la procédure devant le Conseil constitutionnel », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Dalloz, Paris, 1996, pp. 537-556 ; G. Vedel, « Excès de pouvoir administratif et excès de pouvoir législatif (I) », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 1, 1996, pp. 57-63, spéc. p. 60 ; G. Vedel, « Itinéraire (II). Conversations avec Marc Riglet », Commentaire, n° 86, 1999, pp. 345-355.

susceptibles d'engager une instance mais simplement d'une libre voie d'accès au juge constitutionnel « *ne pouvant se prévaloir d'aucun statut procédural* »[80]. Leur nature est finalement très proche des *amici curiae*[81] mais elles sont parfois considérées au Conseil constitutionnel comme des « *saisines sauvages* »[82]. Rien n'interdit en effet à un groupement ou à un individu « *de signaler au Conseil que, parmi les dispositions de la loi qu'il doit examiner, il en est qui, même non critiquées par les acteurs "officiels", sont contraires à la Constitution et ne sauraient donc, selon eux, échapper à la censure du Conseil exerçant la plénitude de sa compétence* »[83]. Ces saisines informelles sont parfois rédigées par des professeurs de droit soit en leur nom soit pour le compte de groupements intéressés. Alors qu'il était Secrétaire général du Conseil constitutionnel, Olivier Schrameck a d'ailleurs rappelé que nombre de ces saisines indirectes prennent la forme de consultations demandées à « *d'éminents représentants de la doctrine* »[84]. Le développement des saisines parlementaires à partir de 1974 a participé à la multiplication de ces « *portes étroites* », créant un espace supplémentaire d'intervention des professeurs de droit au Conseil constitutionnel. Par exemple, au cours de la séance du 30 décembre 1977[85], le rapporteur qualifie l'envoi par l'ordre des experts-comptables d'une consultation d'un professeur de droit d'« *intervention corporative faisant apparaître clairement tout le danger qu'il y aurait pour le Conseil à répondre systématiquement à ces "fausses saisines"* ». Georges Vedel, qui a souvent rappelé à quel point la rusticité du système français avait permis une adaptation et une inventivité procédurale[86], a intégré à son rapport, lors de la décision du 16 janvier 1982 relative aux

[80] P. Jan, *La saisine du Conseil constitutionnel*, L.G.D.J., coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », Paris, 1999, 716 p., spéc. p. 254.

[81] V. Massieu, « Les amis du Conseil constitutionnel », in D. Maus, A. Roux (dir.), *30 ans de saisine parlementaire du Conseil constitutionnel*, Economica/P.U.A.M., Paris, 2006, pp. 177-198.

[82] G. Drago, *Contentieux constitutionnel français*, P.U.F., coll. « Thémis », Paris, 3ème éd., 2011, 683 p., spéc. p. 329.

[83] G. Vedel, « Excès de pouvoir administratif et excès de pouvoir législatif (I) », précité, p. 60.

[84] Il précise en ce sens, lorsque ces « *portes étroites* » viennent au soutien de la loi mise en cause, que « *dans certains cas* […] *les commandes viennent directement des ministères à l'origine de la loi* » (O. Schrameck, « Les aspects procéduraux des saisines », in *Vingt ans de saisine parlementaire du Conseil constitutionnel*, Economica-P.U.A.M., Paris, 1995, pp. 81-89, spéc. p. 87).

[85] Séance du 30 décembre 1977, *Loi de finances pour 1978 et notamment ses articles premier et 38 ainsi que l'état A annexé*, A.N. n° 20040168/8. Voir en ce sens B. Mathieu, J.- P. Machelon, F. Mélin-Soucramanien, D. Rousseau, X. Philippe, *Les Grandes délibérations du Conseil constitutionnel. 1958-1986*, précité, p. 236.

[86] G. Vedel, « Réflexions sur les singularités de la procédure devant le Conseil constitutionnel », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Dalloz, Paris, 1996, pp. 537-556.

nationalisations, une note reçue de Pierre Delvolvé[87]. De la même manière, quatre ans plus tard, lors du contrôle des lois relatives aux privatisations, c'est à une note envoyée par Serge Sur que répond Vedel au cours de son rapport en l'intégrant comme élément utile à la construction de son raisonnement[88]. On pourrait encore citer l'exemple d'une « *porte étroite* » rédigée par Guy Carcassonne et transmise au Conseil constitutionnel en juillet 1994 à propos de la loi sur la protection de la langue française, en la forme d'un mémoire élaboré pour le compte de l'Association des agences conseils en communication[89].

28. ***La consultation des professeurs de droit lors de la rédaction des saisines parlementaires***. De plus, c'est généralement vers les professionnels du droit que se tournent les parlementaires pour préparer la saisine du Conseil constitutionnel. Ainsi que l'explique Pascal Jan, « *les avocats, les magistrats et les professeurs de droit sont les plus écoutés* »[90]. Si l'intervention de membres de la doctrine constitutionnaliste est, somme toute, assez rarement dévoilée, il arrive que certains professeurs de droit associent leur nom à la rédaction de saisines. Des auteurs vont même jusqu'à parler d'une grande fréquence des « *achats de recours* » aux professeurs de droit lorsque la matière traitée est particulièrement technique ou qu'il est nécessaire de présenter une « *théorie générale de principe* »[91]. En 1994, Guy Carcassonne évoquait en ce sens la qualité des rédacteurs réguliers des saisines parlementaires pour le groupe socialiste à l'Assemblée nationale. Il précisait ainsi qu'il y a eu trois auteurs réels des textes de saisine : « *Michel Charasse d'abord, ensuite moi-même, puis aujourd'hui* […] *notre collègue Jean-Pierre Dubois* »[92]. Au cours des années quatre-vingt, l'investissement des constitutionnalistes dans la rédaction des saisines était confondu avec

[87] Séance du 16 janvier 1982, *Loi de nationalisation*, A.N. n° 20040168/10. Il importe de préciser que les séances, pour cette décision, s'étendent du 12 décembre 1981 au 15 janvier 1982 mais sont répertoriées aux archives nationales à la date de la publication de la décision du Conseil constitutionnel, le 16 janvier 1982.

[88] Séance du 26 juin 1986, *Loi autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social*, A.N. n° 20040168/12.

[89] La consultation est reproduite dans la revue *Commentaire* : G. Carcassonne, « La protection de la langue française et le respect des libertés », *Commentaire*, n° 70, 1995, pp. 331-338.

[90] P. Jan, *La saisine du Conseil constitutionnel*, précité, p. 483.

[91] *Idem*, p. 484.

[92] G. Carcassonne, « Discussion », in *Vingt ans de saisine parlementaire du Conseil constitutionnel*, précité, p. 93 ; voir aussi M. Charasse, « Saisir le Conseil constitutionnel. La pratique du groupe socialiste de l'Assemblée nationale (1974-1979) », *Pouvoirs*, n° 13, 1980, pp. 81-94.

l'expertise de Louis Favoreu, lui aussi ayant rédigé pour le compte de parlementaires un grand nombre de saisines principalement du fait de la « *rareté du personnel juridique compétent* »[93].

29. Les comptes rendus des séances des délibérations du Conseil constitutionnel permettent de confirmer les échanges entretenus entre les membres du Conseil et ces professeurs de droit associés à la rédaction des saisines parlementaires. Par exemple, au cours de la séance du 29 juillet 1986[94], Georges Vedel fait mention dans son rapport des échanges qu'il a eus avec Guy Carcassonne, dont les services juridiques sont utilisés par le groupe socialiste à l'Assemblée nationale. Vedel évoque d'ailleurs ses qualités techniques et sa réactivité, à tel point qu'il a transmis les observations que lui avait faites Guy Carcassonne au Gouvernement, précisant que : « *C'est là une procédure inusitée dans les pays civilisés mais qui a très bien fonctionné* ». Un autre exemple est donné par la séance du 28 juillet 1987 portant principalement sur une réforme du droit de grève[95], au cours de laquelle Guy Carcassonne, à nouveau rédacteur de la saisine parlementaire, a été nommé « *mandataire des parlementaires saisissants* » pour réaliser des entretiens avec le rapporteur Daniel Mayer. En 2006, Patrice Gélard fait part, lui aussi, de la pratique des parlementaires pour prévoir le choix des recours portés devant le Conseil constitutionnel. Il révèle que les parlementaires ont pris l'habitude de consulter les professeurs de droit pour leur demander leur avis sur la saisine : « *Le coup de téléphone à Louis Favoreu, à Jean Gicquel, ou à d'autres est devenu une habitude* »[96]. Ce développement progressif du recours par les parlementaires à l'expertise des professeurs de droit dans le cadre de la rédaction des saisines se conçoit aisément tant, depuis 1974, ces dernières constituent une « *phase supplémentaire du processus législatif* »[97]. De ce point de vue, les parlementaires ont cherché à s'assurer l'aide technique de professeurs de droit dans la mesure où, stratégiquement, ils sont bien placés pour connaître la jurisprudence du Conseil constitutionnel, ses sources normatives, ses techniques d'interprétation ou ses

[93] B. Fisch, *Faut-il réformer le Conseil constitutionnel ? Les professeurs de droit constitutionnel aux prises avec le succès du contrôle de constitutionnalité*, Mémoire, D.E.A. de science politique, Université Paris I Panthéon-Sorbonne, 2003, 110 p., spéc. p. 77.

[94] Séance du 29 juillet 1986, *Loi portant réforme du régime juridique de la presse*, A.N. n° 20040168/12.

[95] Séance du 28 juillet 1987, *Loi portant diverses mesures d'ordre social*, A.N. n° 20040168/13.

[96] P. Gélard, « Discussion », in D. Maus, A. Roux (dir.), *30 ans de saisine parlementaire du Conseil constitutionnel*, Economica/P.U.A.M., Paris, 2006, pp. 86-87.

[97] D. Rousseau, « La réforme du 29 octobre 1974 vue en 1994 : le big-bang de la démocratie constitutionnelle ? », in *Vingt ans de saisine parlementaire du Conseil constitutionnel*, précité, pp. 67-79, spéc. p. 73.

méthodes de raisonnement et donc de s'assurer de la qualité des arguments développés et des chances de réussite de la procédure[98].

30. Il arrive encore que les interventions des professeurs de droit au Conseil constitutionnel soient sollicitées directement par la juridiction, au titre d'une expertise nécessaire à la résolution d'un problème juridique susceptible de s'élever au cours d'un contentieux particulièrement technique.

31. ***L'audition des professeurs de droit lors de l'instruction des décisions***. L'instruction des décisions du Conseil constitutionnel est parfois le moyen pour ses membres, et notamment pour le rapporteur, d'auditionner certains professeurs de droit, particulièrement lors de la préparation de décisions d'une certaine complexité technique. La séance du 28 juillet 1987, relative au contrôle de constitutionnalité d'une loi réformant le droit de grève, a été l'occasion pour le rapporteur Daniel Mayer d'auditionner Jean-Marie Verdier, professeur de droit du travail, lors de la phase d'instruction[99]. Cité à plusieurs reprises dans le rapport de Mayer, son expertise est d'une particulière utilité, notamment pour comprendre les ressorts d'une matière dont aucun des membres du Conseil n'est spécialiste. Depuis 2007, le Conseil constitutionnel a semble-t-il d'ailleurs « *systématisé* »[100] la pratique des auditions d'experts pour préparer, en amont de la saisine, l'examen de la loi par le Conseil. Marc Guillaume rappelle ainsi l'apport que constituent ces auditions d'experts au travail du rapporteur. Il évoque par exemple les auditions de Frédérique Dreifuss-Netter, de Bertrand Mathieu et de Paul Lagarde lors de l'examen de la loi relative à la maîtrise de l'immigration en novembre 2007[101] ou encore celle d'Anne Levade pour le traité de Lisbonne en décembre de la même année[102]. Peu de références subsistent de ces expertises sollicitées par les juges constitutionnels dans le cadre du contentieux *a priori* ; toutefois, leur existence rappelle le lien toujours vivace et constant entre les professeurs de droit et le Conseil constitutionnel.

---

[98] J. Meunier, *Le pouvoir du Conseil constitutionnel. Essai d'analyse stratégique*, Bruylant/L.G.D.J., Paris, 1994, 373 p., spéc. p. 244.

[99] Séance du 28 juillet 1987, *Loi portant diverses mesures d'ordre social*, précitée.

[100] M. Guillaume, « La procédure au Conseil constitutionnel : permanence et innovations », in *Le Dialogue des juges. Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois*, Dalloz, Paris, 2009, pp. 519-532, spéc. p. 527.

[101] *Ibidem*.

[102] *Ibid*.

32. Les deux prismes d'analyse ainsi évoqués permettent d'entrevoir les rapports noués entre professeurs de droit et Conseil constitutionnel. Mais c'est en réalité la nomination au Conseil constitutionnel des professeurs de droit qui constitue l'étape supplémentaire et ultime dans l'approfondissement de leurs relations.

§ 3. Les professeurs de droit *membres* du Conseil constitutionnel

33. L'engouement désormais perceptible pour l'étude du juge a considérablement renouvelé l'approche traditionnelle de la justice[103]. La composition de la juridiction constitutionnelle revêt de ce fait une importance nouvelle, particulièrement lorsqu'on entend étudier une catégorie spécifique de juge : les professeurs de droit. Avant d'entreprendre l'explication de la démarche retenue pour mener à bien ce travail (B), il est nécessaire, tout d'abord, de délimiter l'objet de l'étude (A).

A. L'objet de l'étude

34. Saisir l'enjeu de la présence des professeurs de droit au Conseil constitutionnel oblige d'abord à définir ce que l'on entend par *professeur de droit* (1), puis à déterminer ce que recouvre la notion de *membre du Conseil constitutionnel* (2).

1. Le professeur de droit en question

35. Etymologiquement, le *professor* est en latin celui qui se déclare expert dans un art ou une science. Le mot a été repris pour désigner celui qui enseigne un art ou une science puis

[103] F. Hourquebie, *Sur l'émergence du contre-pouvoir juridictionnel sous la V*^{ème} *République*, précité ; J. Krynen, *L'Etat de justice. France, XIIIe-XXe siècle. L'emprise contemporaine des juges*, tome II, Gallimard, N.R.F., 2012, 432 p.

son extension a notamment consisté à désigner une spécialisation à l'intérieur de l'Université[104].

36. Historiquement, et particulièrement depuis l'époque médiévale, les professeurs de droit jouissent de nombreux privilèges et d'un prestige considérable[105] dans et en dehors des universités. Sous l'Ancien Régime[106], leur activité savante se prolonge à travers l'expertise pratique fournie aux « *princes* », « *seigneurs* » ou aux villes[107]. Les anciennes universités, souvent définies comme corporations, s'administraient librement et chaque grade universitaire était délivré par cooptation : le bachelier remplissait les fonctions de moniteur sous la conduite d'un maître, puis à la suite d'épreuves, parvenait à décrocher une licence. Puis, une nouvelle promotion attribuait aux licenciés le grade de docteur, les sacrant membres de leur faculté et « *capables et dignes de porter le bonnet, de tenir école et de dispenser la doctrine* »[108]. Si tous les docteurs avaient vocation à enseigner, on distingue les professeurs et les docteurs à partir de la fin du XIII^{ème} siècle. Ce n'est qu'au milieu du XVII^{ème} siècle que se généralise le recrutement des professeurs par concours et épreuve de dispute publique[109]. Progressivement, c'est donc le concours qui devient l'épicentre de leur recrutement. Le début du XIX^{ème} siècle, constituant d'un certain point de vue « *l'âge d'or des professeurs de droit* »[110], est marqué par une critique virulente d'une politique des universités caractérisée par un localisme exacerbé, à tel point qu'est créé à partir de 1855 un concours national d'agrégation[111], qui, bien qu'évoluant dans ses modalités[112], est toujours aujourd'hui un

[104] A. Rey (dir.), *Dictionnaire historique de la langue française*, Le Robert, 2010, 4ème éd., 2614 p., spéc. p. 1773.

[105] J.-M. Carbasse, « Professeur à la faculté de droit », in D. Alland, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, P.U.F., coll. « Quadrige », Paris, 2003, 1534 p., spéc. p. 1243.

[106] Pour une étude plus approfondie de l'histoire des universités et de ses personnels, voir Ch. Charles, J. Verger, *Histoire des universités*, P.U.F., coll. « Que-sais-je ?», Paris, 2007, 126 p. Voir aussi M. Bouchard, « Les universités françaises », *Revue de l'enseignement supérieur*, n° 3, 1960, pp. 32-55.

[107] J.-M. Carbasse, « Professeur à la faculté de droit », précité, p. 1243.

[108] M. Bouchard, « Les universités françaises », précité, p. 33.

[109] Sur l'histoire des universités aux XVII^{ème} et XVIII^{ème} siècles, voir Ch. Chêne, *L'enseignement du droit français en pays de droit écrit (1679-1793)*, Droz, Genève, 1982, 365 p.

[110] J.-M. Carbasse, « Professeur à la faculté de droit », précité, p. 1244.

[111] J.-M. Carbasse, « L'agrégation des facultés de droit », *R.D.P.*, 2009, n° 2, pp. 300-319, spéc. pp.304-305.

[112] A partir de 1896, le concours est divisé en quatre sections : droit privé et criminel, droit public, histoire du droit, sciences économiques. En 1971 seront séparés successivement le droit et la science politique (F. Melleray, « « Les concours nationaux d'agrégation de l'enseignement supérieur », *A.J.F.P.*, 2013-2, p. 70-74 ; M. Milet, « L'autonomisation d'une discipline. La création de l'agrégation de science politique en

passage obligé[113] pour exercer les fonctions de professeur titulaire dans les disciplines juridiques[114]. En 1896, sont créées quatre agrégations spécialisées divisant les sections de droit privé et criminel, droit public, histoire du droit et sciences économiques[115]. La relative unité du corps enseignant des Facultés de droit est modifiée en 1962[116] par la création des maîtres-assistants mais la réforme de l'enseignement supérieur en 1968 ne remet pas en cause le système de l'agrégation pour le recrutement des professeurs[117]. Depuis 1984[118], l'ensemble des enseignants-chercheurs est soumis au même statut particulier mais deux corps distincts ont été institués : celui des maîtres de conférences et celui des professeurs des universités[119]. Le système maintenu de l'agrégation constitue une garantie d'une liberté de gestion des carrières par les membres du corps en limitant le choix de l'autorité de nomination par une cooptation à plusieurs degrés, du doctorat à l'agrégation[120]. L'agrégation tient ainsi une place essentielle dans l'identification à la fois statutaire et culturelle des professeurs de droit au corps enseignant[121]. Malgré les critiques dont elle fait l'objet, elle semble revêtir encore les fonctions d'un rite de passage vers le corps des professeurs[122]. A ce titre, la leçon

1971 », *Revue d'histoire des sciences humaines*, 2001, n° 4, p. 95-116). Pour des témoignages de l'organisation du concours, voir notamment M. Waline, « Le concours d'agrégation des Facultés de droit dans les années 1924-1925 », in *Mélanges offerts à Monsieur le Doyen Louis Trotabas*, L.G.D.J., Paris, pp. 21-28.

[113] Exception faite des procédures de recrutement organisées en application de l'article 46 du décret du 6 juin 1984.

[114] F. Melleray, « Les concours nationaux d'agrégation de l'enseignement supérieur », A.J.F.P., 2013-2, p. 70-74 » ; pour un rappel historique des modalités d'agrégations au corps enseignant dans l'histoire, voir V. Bernaudeau, « Origines et carrières des enseignants à la Faculté de droit de Paris (XIXe-XXe) », in J.-L. Halpérin (dir.), *Paris, capitale juridique (1804-1950). Etude de socio-histoire sur la Faculté de droit de Paris*, Editions rue d'Ulm, Paris, 2011, pp. 89-141, spéc. pp. 91-96.

[115] Sur le sectionnement de l'agrégation des Facultés de droit, voir les documents présentés dans le premier numéro des Annales d'histoire des Facultés de droit (*Annales d'histoire des Facultés de droit*, n° 1, 1984, pp. 97-134).

[116] Décret n° 62-114 du 27 janvier 1962 portant statut particulier des maîtres-assistants dans les Facultés de droit et de sciences économiques, J.O.R.F. du 2 février 1962, p. 1163.

[117] G. Vedel, « Défense et illustration de l'Université napoléonienne », in *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz/Sirey, Paris, 1985, pp. 787-803 ; J.-M. Carbasse, « L'agrégation des facultés de droit », précité.

[118] Décret n°84-431 du 6 juin 1984 fixant les dispositions statutaires communes applicables aux enseignants-chercheurs et portant statut particulier du corps des professeurs des universités et du corps des maîtres de conférences, J.O.R.F. du 8 juin 1984, p. 1784.

[119] Sur la controverse née de cette distinction, voir J. Morange, « La liberté du professeur des facultés de droit », *R.D.P.*, n° 1, 2008, pp. 54-79, spéc. pp. 66-69.

[120] B. Toulemonde, *Les libertés et franchises universitaires en France*, Université Lille II, 1971, thèse doctorat dactyl., 763 p., spéc. pp. 411-420.

[121] F. Audren, J.-L. Halpérin, *La culture juridique française. Entre mythes et réalités. XIX^{e} - XX^{e} siècles*, éd. C.N.R.S., Paris, 2013, 334 p., spéc. p. 126.

[122] Voir en ce sens le rapport rédigé en 1882 révélant déjà l'esprit du concours, *Annales d'histoire des facultés de droit*, 1984, pp. 97-119, spéc. p. 110.

d'agrégation[123] aurait l'intérêt de la vérification de la capacité du futur professeur, après une longue préparation, à traiter et exposer une question juridique destinée à être professée devant un public d'étudiants débutants, l'exercice entretenant et magnifiant la structure du plan en deux parties[124] et la forme du cours magistral[125].

37. Toutefois, du point de vue des fonctions exercées, la fin de l'homogénéité du corps des enseignants et le statut particulier des enseignants-chercheurs ne permettent plus aujourd'hui de bien distinguer les professeurs agrégés des autres catégories d'enseignants-chercheurs titulaires. D'une part, les mêmes principes protecteurs sont applicables aux maîtres de conférences et aux professeurs des universités. Ainsi, si la décision du 20 janvier 1984[126] a reconnu un principe fondamental reconnu par les lois de la République (P.F.R.L.R.) d'indépendance applicable aux seuls professeurs, le Conseil en a progressivement élargi le bénéfice aux maîtres de conférences[127]. D'autre part, les fonctions exercées, au moins en ce qui concerne l'enseignement et la recherche, sont identiques. Outre une différence concernant le recrutement, il semble tout de même qu'il subsiste une distinction préservant une

[123] Rivero, « Pour la leçon en équipe », *D.*, Chron., 1976, pp. 137-139 ; D. Truchet, « A propos du concours d'agrégation et de sa préparation », *Droits*, n° 22, 1995, pp. 175-180.

[124] M. Touzeil-Divina, « Le plan est en deux parties... parce que c'est comme ça », *A.J.D.A.*, 2011, n° 9, pp. 473-475 ; Ch.-L. Vier, « Du plan dans le discours juridique », *A.J.D.A.*, 2011, pp. 641-643.

[125] J.-H. Robert, « Le cours magistral », *Annales d'histoire des facultés de droit*, n° 2, 1985, pp. 135-142 ; R. Saleilles, « Les méthodes d'enseignement du droit et l'éducation intellectuelle de la jeunesse », *R.I.E.*, 1902, t. XLIV, pp. 313-329.

[126] Décision n° 83-165 DC du 20 janvier 1984, *Loi relative à l'enseignement supérieur*, J.O.R.F. du 21 janvier 1984, p. 365.

[127] A la suite de la décision de 1984, le Conseil fut amené tout d'abord à faire référence plus largement au caractère constitutionnel que revêt l'indépendance des enseignants-chercheurs (décision n° 93-322 DC du 28 juillet 1993, *Loi relative aux établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel*, cons. 7 et 12 et décision n° 94-358 DC du 26 janvier 1995, *Loi d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire*, cons. 14), pour ensuite envisager les professeurs et maîtres de conférences « *dont l'indépendance est garantie par un principe à valeur constitutionnelle* » (décision n° 94-355 DC du 10 janvier 1995, *Loi organique modifiant l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 relative au statut de la magistrature*, cons. 23), pour finalement reconnaître explicitement aux professeurs et aux maîtres de conférences l'application des garanties découlant du P.F.R.L.R. d'indépendance (Décision n° 2010-20/21 Q.P.C. du 6 août 2010, *M. Jean C. et autres*, J.O.R.F. du 7 août 2010, p. 14615, cons. 6). Voir G. Drago, «Les libertés universitaires », précité ; Y. Gaudemet, « Les bases constitutionnelles du droit universitaire », précité ; O. Beaud, « Le Conseil constitutionnel et les libertés universitaires », *Commentaire*, n°134, 2011, pp. 509-518 ; B. Mathieu, « De la disparition d'un principe constitutionnel : l'indépendance des professeurs d'université. A propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 2010-20/21 Q.P.C. du 6 août 2010 », *J.C.P.G.*, 2010, n°36, pp. 1602-1603 ; L. Favoreu, L. Philip, *Les Grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, Paris, 2011, 16ème éd., n° 48, pp. 542-549.

« *prééminence* »[128] des professeurs agrégés concernant la gestion des cours et la direction des centres de recherche[129]. Toujours est-il qu'il est difficile de définir précisément les fonctions spécifiques des professeurs de droit en termes d'enseignement ou de fonctions doctrinales par rapport à celles des maîtres de conférences. Si les professeurs disposaient dans l'histoire d'une fonction spécifique dans la transmission du savoir juridique et dans sa critique, la division des corps induit désormais un partage de la dimension culturelle du droit[130]. Deux activités animent *a priori* l'exercice de la profession : celle d'enseigner le droit et celle d'en entreprendre la critique - par « *la réflexion* », son « *approfondissement* » voire son « *élaboration* »[131] - les deux fonctions, traditionnellement, ne se concevant jamais l'une sans l'autre[132]. Les professeurs jouissent cependant d'une renommée supérieure, retenant en cela le poids symbolique d'une position spécifique définie précisément par le titre de professeur et la réussite au concours d'agrégation. Ainsi que l'a démontré Pierre Bourdieu, il existe des classements au sein des universités de droit entre ses personnels, non seulement fondés sur la renommée scientifique mais également sur la perception du titre universitaire[133]. De ce point de vue, l'autorité scientifique est influencée par « *l'autorité statutaire* », qui est « *au principe même du fonctionnement des facultés de droit* »[134].

38. L'impossibilité de dégager des fonctions spécifiques contraint à retenir une définition statutaire du professeur de droit. Le professeur de droit[135] est donc un agent public titularisé dans le corps des professeurs des universités. Pour y parvenir plusieurs voies d'accès sont ouvertes. Avant 2014, l'article 49-2 du décret du 6 juin 1984 prévoyait, dans les disciplines juridiques deux concours nationaux d'agrégation et l'article 46 alinéa 3 et 4, deux voies

[128] F. Melleray, « Quel avenir pour les corps universitaires ? Brèves remarques sur les évolutions prévisibles de la condition des universitaires », *R.D.P.*, n° 3, 2008, pp. 701-712, spéc. p. 704.

[129] « *Les professeurs des universités ont vocation prioritaire à assurer leur service d'enseignement sous forme de cours ainsi que la direction des unités de recherche* » (article 3 du décret n°84-431 du 6 juin 1984, précité).

[130] J.M. Carbasse, « Professeur à la faculté de droit », précité.

[131] J. Rivero, « Réflexions sur l'enseignement du droit », in *Mélanges offerts à Monsieur le Doyen Louis Trotabas*, L.G.D.J., Paris, 1970, pp. 447-458, spéc. p. 455 ; voir aussi F. Despagnet, « La fonction sociale des Facultés de droit », *Revue internationale de l'enseignement*, tome 21, 1891, pp. 533-560.

[132] *Idem*, pp. 454-455.

[133] P. Bourdieu, *Homo academicus*, Les éditions de minuit, 1984, 317 p., spéc. p. 20.

[134] *Idem*, p. 79.

[135] Il est important de préciser que, par commodité de langage et pour éviter le plus possible les répétitions, le terme de juriste universitaire sera parfois employé dans ce travail en tant que synonyme de professeur de droit.

supplémentaires d'accès au corps. Depuis 2014[136], seul un concours national d'agrégation est conservé auquel s'ajoute d'autres concours de recrutement organisé en application de l'article 46 alinéa 1, 3, 4 et 5 du décret de 1984[137].

39. La définition statutaire conduit, tout d'abord, à exclure les professeurs associés du périmètre de l'étude[138]. Les professeurs associés sont des enseignants qui doivent disposer d'une expérience professionnelle autre que celle d'enseignement et directement en rapport avec la spécialité qu'ils devront enseigner. Ils apportent donc un concours temporaire d'enseignement à temps complet ou à mi-temps dans les établissements d'enseignement supérieur[139]. Leur statut[140] révèle une identité avec celui des professeurs titulaires car ils ont les mêmes obligations de service, les mêmes limites d'âge et leur rémunération est fixée par référence à celle de ces professeurs titulaires. Ils occupent le même rang dans la hiérarchie des personnels de l'enseignement supérieur et doivent donc être compris au nombre des « *professeurs de l'enseignement supérieur* » nommés par décret du Président de la République[141]. En revanche, les professeurs associés ne sont pas des agents titulaires. Par dérogation au statut général de la fonction publique, ils sont nommés en qualité d'agents non titulaires de l'Etat sur des emplois permanents dans les établissements d'enseignement supérieur et de recherche et n'ont généralement pas suivi le même cursus scientifique ni reçu

[136] Décret n° 2014-997 du 2 septembre 2014 modifiant le décret n° 84-431 du 6 juin 1984 fixant les dispositions statutaires communes applicables aux enseignants-chercheurs et portant statut particulier du corps des professeurs des universités et du corps des maîtres de conférences, J.O.R.F. du 4 septembre 2014.

[137] Article 42, 46 et 48 du décret du 6 juin 1984. Sur l'évolution récente des modalités du concours voir notamment, A. Legrand, « Un toilettage du statut des enseignants-chercheurs, mais pas une révolution », *A.J.D.A.*, 2014, n° 40, pp. 2304-2308 ; O. Beaud, « Libres propos sur le concours d'agrégation du supérieur », *A.J.D.A.*, 2015, n° 16, pp. 920-927.

[138] Sur cette question voir O. Beaud, «Les personnels associés à l'université : une singulière discordance entre un statut privilégié et le mode d'accès à ce statut », *R.D.P.*, 2009, n° 4, pp. 959-991.

[139] Article L 952-1 du Code de l'éducation.

[140] Voir le décret n° 85-733 du 17 juillet 1985 relatif aux maîtres de conférences et professeurs des universités associés ou invités, J.O.R.F. du 19 juillet 1985, p. 8179 ; décret n° 91-267 du 6 mars 1991 relatif aux enseignants associés ou invités dans certains établissements d'enseignement supérieur relevant du ministre chargé de l'enseignement supérieur, J.O.R.F. du 13 mars 1991, p. 3562 ; décret n° 2001-125 du 6 février 2001 portant application des dispositions de l'article L. 951-3 du code de l'éducation et des articles L. 413-1 à L. 413-11 du code de la recherche à certains personnels non fonctionnaires de l'enseignement supérieur et de la recherche, J.O.R.F. du 10 février 2001, p. 2271.

[141] Article 2 de l'ordonnance n° 58-1136 du 28 novembre 1958 portant loi organique concernant les nominations aux emplois civils et militaires de l'Etat, J.O.R.F. du 29 novembre 1958, p. 10687. Voir aussi C.E., Sect., 20 mars 1981, *S.G.E.N.-C.F.D.T.*, Rec. p. 157 (*A.J.D.A.*, 1981, p. 545, obs. S. S. ; *R.D.P.*, 1981, pp. 1454-1461, concl. J. Massot).

la même formation que les professeurs titulaires et n'ont pas la même fonction doctrinale[142]. Dès lors, au regard des critères de la définition retenue du professeur de droit, les professeurs associés ne seront pas étudiés dans ce travail[143].

40. Il faut préciser ensuite que la définition ainsi retenue est conditionnée par les dispositions actuelles applicables aux professeurs des universités dans les disciplines juridiques. Or, la majeure partie des professeurs de droit membres du Conseil constitutionnel ont été agrégés avant la séparation de l'agrégation de droit public et de science politique en 1971, le premier concours d'agrégation de science politique ayant été organisé en 1973[144]. La réforme a créé une séparation nette entre les deux champs disciplinaires qui, historiquement, s'étaient pourtant construits ensemble. En ce sens, il a été décidé d'exclure les professeurs agrégés de droit public avant 1971 ayant reçu une formation essentiellement politiste et ayant destiné exclusivement leur carrière à la science politique[145]. C'est le cas d'Alain Lancelot, membre du Conseil constitutionnel d'avril 1996 à mars 2001. Bien qu'agrégé de droit public en 1968, sa carrière fut exclusivement tournée vers la science politique, comme beaucoup d'autres spécialistes de cette matière à cette époque[146]. Lui-même d'ailleurs ne se définissait pas comme un juriste : « *N'étant ni ancien parlementaire ni juriste de profession, je ne m'attendais guère à une telle nomination qui risquait d'être mal comprise par le Sénat, même*

[142] Article 5 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat, précité.

[143] On peut citer en exemple Jean-Louis Pezant, membre du Conseil constitutionnel entre mars 2004 et juillet 2010 et professeur associé à l'université de Paris I Panthéon-Sorbonne entre 1997 et 2000.

[144] Seule Nicole Belloubet est agrégée après la réforme, à l'issue du concours de 1992.

[145] Certains professeurs de droit public membres du Conseil constitutionnel ont cependant réussi à allier tout au long de leur carrière les deux disciplines du droit public et de la science politique, tel Jean-Claude Colliard ou Georges Vedel, qui sera même président de l'Association française de science politique entre 1983 et 1992, ces deux professeurs prolongeant la tradition des juristes-politistes des années cinquante. D'autres, comme François Goguel, sont parfois assimilés à tort à des professeurs d'université. François Goguel n'a cependant jamais été candidat au concours d'agrégation, bien qu'il ait soutenu une thèse de droit publiée en 1937, qu'il ait longtemps enseigné à l'Institut d'études politiques de Paris et contribué au développement de la recherche et de l'enseignement en science politique, sa carrière fut d'abord celle d'un fonctionnaire des Assemblées et plus particulièrement du Sénat (voir en ce sens P. Benoist, *François Goguel, haut fonctionnaire et politiste*, Les Cahiers du C.E.V.I.P.O.F., n° 50, 2009, 218p ; voir la thèse de doctorat de F. Goguel, *Le rôle financier du Sénat français : essai d'histoire parlementaire*, Sirey, Paris, 1937, 262 p.).

[146] Alain Lancelot a de plus soutenu deux thèses de science politique. Celle de troisième cycle est relative à *L'abstentionnisme électoral en France*, sous la direction de René Rémond, en 1967. Celle validant son doctorat d'Etat en 1980 est relative à *L'interprétation sociologique des résultats électoraux (l'exemple des élections françaises de 1974-1979)*, sous la direction de Raymond Boudon.

si mon maître et paternel ami Georges Vedel me répétait volontiers qu'il souhaitait que je sois nommé "au titre de la science politique" »[147].

41. Selon la définition ainsi retenue, onze professeurs de droit constitueront l'objet principal de cette étude à savoir René Cassin, professeur de droit privé ; Marcel Waline, professeur de droit public ; François Luchaire, professeur de droit public ; Paul Coste-Floret, professeur de droit privé ; Georges Vedel, professeur de droit public ; Maurice-René Simonnet, professeur de droit public ; Robert Badinter, professeur de droit privé ; Jacques Latscha, professeur de droit privé ; Jacques Robert, professeur de droit public ; Jean-Claude Colliard, professeur de droit public et Nicole Belloubet, professeur de droit public[148].

2. La notion de *membre du Conseil constitutionnel*

42. Pour analyser les professeurs de droit *membres du Conseil constitutionnel*, il conviendra précisément d'étudier une *catégorie spécifique de conseillers constitutionnels*. La notion de membre du Conseil constitutionnel doit se concevoir, au sens formel, du juge officiant exclusivement au Conseil constitutionnel. Il sera donc question de traiter de l'ensemble de l'office du juge constitutionnel français. La notion d'office du juge constitutionnel doit ainsi être préalablement définie. Elle s'entendra dans une conception classique comme désignant largement « *la, ou plus exactement les fonctions, la ou les missions, dont le juge* [constitutionnel] *est investi, les divers aspects du rôle qui est le sien dans l'ordonnancement juridique* »[149]. Plus spécifiquement, ou « *en un sens plus technique, l'office du juge* [constitutionnel] *concerne les pouvoirs et les obligations qu'il exerce ou doit respecter dans l'accomplissement des fonctions qui lui sont dévolues* »[150]. Dès lors, à l'aune de la présence des professeurs de droit, c'est l'ensemble des compétences ou des prérogatives

[147] A. Lancelot, « Où il est question du bonheur au sommet de l'État », précité, p. 22.

[148] Voir les notices biographiques reproduites en annexe (annexe n°2) ainsi que la frise représentant les dates de prise et de fin des fonctions au Conseil constitutionnel (annexe n°1).

[149] J. Normand, « Office du juge », in L. Cadiet (dir.), *Dictionnaire de la justice*, P.U.F., Paris, 2004, pp. 925-934, spéc. p. 925 ; sur l'office du juge constitutionnel et la définition qu'il retient de la notion, voir l'étude menée par Charles-Edouard Sénac, *L'office du juge constitutionnel. Etude du contrôle de constitutionnalité par les juridictions françaises*, L.G.D.J., Paris, 2015, 613 p., spéc. pp. 27-31.

[150] *Ibidem*.

exercées par le Conseil constitutionnel qu'il sera question d'envisager. Les membres du Conseil constitutionnel peuvent de la sorte se définir comme les juges[151] nommés au Conseil constitutionnel exerçant à la fois des compétences juridictionnelles[152] en matière de contrôle de constitutionnalité des lois, de contrôle des opérations de référendum ou de contrôle des élections nationales, et des fonctions consultatives dans le cadre des compétences attribuées au Conseil constitutionnel par la Constitution du 4 octobre 1958.

B. La démarche

43. Aux fins de circonscrire l'approche retenue et pour comprendre de quelle manière a été envisagée l'étude des professeurs de droit membres du Conseil constitutionnel, il faut tout d'abord expliciter la méthode retenue pour réaliser ce travail (1), puis les contraintes qu'implique le sujet (2).

1. La méthode retenue

44. ***Le périmètre de l'étude***. La composition des juridictions constitutionnelles constitue un thème régulièrement étudié en doctrine, généralement dans une recherche pratique d'efficience et d'épanouissement des fonctions attribuées, selon les systèmes (et les traditions juridiques), aux juridictions constitutionnelles[153]. Si ces recherches fournissent un cadre d'analyse essentiel à la réflexion sur la légitimité de la justice constitutionnelle, elles révèlent

[151] La question de savoir si le juge constitutionnel est un juge à part ne sera pas traitée dans ce travail, en ce sens qu'aucune définition précise du juge constitutionnel français ne sera esquissée. La notion de juge constitutionnel n'est pas spécifiquement définie en doctrine. Il n'existe pas de concept *a priori* identifiable du juge constitutionnel. La raison est principalement qu'une telle définition est introuvable car multiple[151]. En effet, la définition du juge constitutionnel est substantiellement liée à celle de la justice constitutionnelle. Pour définir ce qu'est le juge constitutionnel, il est généralement d'abord fait référence aux fonctions de la justice constitutionnelle ou aux spécificités du contrôle de constitutionnalité des lois. Or, c'est précisément dans la détermination des fonctions de la justice constitutionnelle que réside la multiplicité des points de vue doctrinaux et des approches méthodologiques.

[152] L'apport des professeurs de droit à la juridictionnalisation du Conseil constitutionnel fera l'objet de plusieurs développements voir notamment *infra* § 639 et s.

[153] Voir en ce sens la récente étude de droit comparé menée sous la direction d'Olivier Lecucq, O. Lecucq (dir.), *La composition des juridictions. Perspectives de droit comparé*, Bruylant, Bruxelles, 2014, 280 p.

cependant une définition statique de l'influence des juges sur le procès constitutionnel. De ce point de vue, le rôle réel des acteurs sur la construction des décisions est généralement minoré. Les coulisses[154] de la fabrication des décisions définissent pourtant un cadre d'analyse renouvelant le champ des connaissances sur l'élaboration de la jurisprudence et le discours des juges constitutionnels[155].

45. Méthodologiquement, il aurait été possible de ne s'intéresser qu'au rôle des professeurs de droit une fois nommés au Conseil constitutionnel en délaissant l'étude de leur accès. Cette démarche aurait alors consisté à focaliser l'analyse uniquement sur les apports des juristes universitaires ou sur la recherche des déterminants caractérisant une ontologie des professeurs de droit dans l'exercice des fonctions de juge constitutionnel. Il est rapidement apparu qu'une telle approche aurait été trop restrictive. A l'inverse, l'étude du processus de sélection des onze professeurs de droit nommés met en lumière les insuffisances du système français de désignation des juges constitutionnel et donc celles de la composition du Conseil constitutionnel. Elle constitue aussi une grille d'analyse, certes générale, mais nécessaire à la compréhension du sujet dans toutes ses dimensions car retraçant chronologiquement le chemin parcouru par ces onze professeurs, de l'accès à la juridiction constitutionnelle à l'exercice des fonctions de conseiller constitutionnel.

46. ***Les procès-verbaux des séances, outil essentiel***. Le secret des délibérés et la difficulté à connaître les informations relatives aux votes émis conduisent à une impasse et un obstacle méthodologique que Jacques Meunier nomme une « *inconnue irréductible* »[156]. Comme l'auteur le rappelle, critiquant en cela l'analyse menée par Joël Boudant sur les présidents du Conseil constitutionnel[157], il n'est possible d'associer les grands traits de la jurisprudence ou

[154] E. Lemaire, « Dans les coulisses du Conseil constitutionnel. Comment le rôle de gardien des droits et libertés constitutionnellement garantis est-il conçu par les membres de l'institution ? », *Jus politicum*, n° 7, 2012, 41 p.

[155] On notera en ce sens l'article de Vincent Réveillère portant précisément sur l'analyse, à partir des procès-verbaux des délibérations du Conseil constitutionnel, du ou des discours des juges en termes de valeurs dans la fabrication des décisions, contribuant à révéler le décalage opéré entre ce qu'il nomme le « *langage juridique délibératif* » et le langage juridique jurisprudentiel (V. Réveillère, « "Couvrez ces valeurs que je ne saurais voir". La discussion des valeurs au Conseil constitutionnel (1959-1985) », *R.D.P.*, 2015, n° 2, pp. 465-498).

[156] *Idem*, p. 97.

[157] J. Boudant, « Les Présidents du Conseil constitutionnel », *R.D.P.*, 1987, n° 3, pp. 589-676.

du rôle du Conseil aux convictions et à l'itinéraire personnel, professionnel et politique des Présidents successifs, qu'en supposant leur influence car « *il lui faudrait précisément connaître les détails du processus de décision et les votes émis dans les affaires qu'il évoque, pour être en mesure d'apprécier cette influence. Faute de cela, il se condamne à une explication tautologique* »[158]. De manière identique, le rôle des professeurs de droit ne pouvait être appréhendé scientifiquement sans surmonter une part de cette « *inconnue irréductible* ». Cet obstacle a été, en partie, surmonté par l'accès aux archives du Conseil et notamment aux procès-verbaux des délibérations.

47. Les procès-verbaux des délibérations constitueront en ce sens le matériau à partir duquel pourront être qualifiés et décryptés le plus objectivement possible le discours des professeurs de droit et son influence sur la prise de décision. Seuls ont été analysés les comptes rendus de séances couvrant les périodes au cours desquelles les professeurs de droit ont été présents et selon le régime légal de leur ouverture[159]. Leur étude s'étend donc précisément de la séance du 14 octobre 1960[160] à celle du 30 décembre 1987[161]. Ce travail a donc nécessité la compilation et la lecture de 284 délibérations[162], leur longueur variant selon la nature et l'importance des affaires traitées par le Conseil constitutionnel. Généralement, une séance de délibération est consacrée à l'étude de plusieurs sujets, hiérarchisés, dans l'ordre des discussions, selon le choix du président du Conseil constitutionnel. Dès lors, chaque séance citée sera accompagnée de la nature de l'affaire et du type de décision de façon à permettre leur identification aux archives nationales[163]. Les procès-verbaux ayant beaucoup évolué avec le temps mêlent le style direct et indirect. Pour autant, il a été décidé de ne pas transformer la forme des délibérations et le style irriguant la majeure partie des discussions en séance a été préservé. Les rapports des décisions, lorsqu'ils sont cités, feront l'objet d'une mention uniquement dans le corps du texte. Les comptes rendus des séances sont parfois très

[158] J. Meunier, *Le pouvoir du Conseil constitutionnel. Essai d'analyse stratégique*, précité, p. 97.

[159] Seule l'année 1988 n'a pu être étudiée, faute d'un temps suffisant au regard de la réalisation de ce travail.

[160] Séance du 14 octobre 1960, A.N. n° 20040168/2.

[161] Séance du 30 décembre 1987, A.N. n° 20040168/13.

[162] Un premier tri aura déjà été réalisé en amont, visant à éliminer les séances n'ayant qu'un faible intérêt pour cette recherche : c'est le cas de celles consacrées à la nomination des rapporteurs adjoints lors des contentieux électoraux ou de certaines séances au cours desquelles les professeurs de droit sont absents.

[163] En référence, la dénomination « A.N. » pour archive nationale sera suivie d'un numéro. Il constitue la référence exacte du fond conservé aux archives nationales. L'élaboration de ce travail a nécessité de se rendre à plusieurs reprises, sur des périodes assez longues, sur le site des archives nationales de Pierrefitte-sur-Seine.

elliptiques car le nombre de voix pour et contre n'est pas toujours retranscrit. De plus, certains documents peuvent manquer (tels les consultations, portes étroites ou rapports des décisions) et quelques délibérations n'ont pas été retranscrites. Il convient encore de préciser que toutes les délibérations lues n'ont pas été citées. Seules celles qui ont été jugées les plus utiles au raisonnement constituent les illustrations de la démonstration[164].

48. Du fait de l'importance qualitative et quantitative que constituent les archives des délibérations, aucun entretien n'a été réalisé et ce pour plusieurs raisons. Tout d'abord, la méthode de l'interview, si elle permet effectivement de recueillir l'analyse, le sentiment ou les souvenirs d'un ancien conseiller constitutionnel, n'aurait peut-être pas permis de relater plus que l'anecdotique. L'entretien constitue, il est vrai, un outil très intéressant pour ajouter des éléments de connaissance du fonctionnement interne de la juridiction ou pour confronter l'interprétation donnée du discours dégagé des procès-verbaux. Certes, les rapports noués entre les conseillers permettent dans ce cas de confronter le discours de couloirs au discours du juge en séance. Cependant, recueillir des informations précises de la part d'anciens membres du Conseil est très difficile, chacun respectant généralement un devoir de réserve qui se prolonge après l'exercice des fonctions. D'un autre côté, la part de subjectivité des interlocuteurs semble plus délicate à interpréter que l'objectivité, bien que relative, des délibérations. Il a en effet semblé que seule l'étude des procès-verbaux permettrait d'envisager, le plus objectivement possible, le rôle des professeurs de droit sur la construction des décisions et sur les méthodes du juge constitutionnel. L'utilisation d'une telle ressource constituait en effet le meilleur moyen de percevoir la « *réalité jurisprudentielle* »[165].

49. Les professeurs de droit membres du Conseil constitutionnel apparaissent en cela comme un objet d'étude à part en ce sens que celui-ci permet une investigation dans le champ de l'analyse de la sélection des juges constitutionnels et du processus de fabrication des décisions. C'est donc plus largement la question de la légitimité de la composition du Conseil constitutionnel qui est envisagée à travers l'étude des professeurs de droit membres du Conseil constitutionnel. Il fallait alors se débarrasser de certaines idées préconçues véhiculées

[164] L'ensemble des délibérations citées dans la thèse feront l'objet à ce titre d'une référence dans un index des décisions et délibérations.

[165] G. Vedel, « Préface », in Y. Gaudemet, *Les méthodes du juge administratif*, L.G.D.J., Paris, 1972, 326 p., pp. V-VII, spéc. p. VI.

à partir de perceptions individuelles et par les témoignages relatifs à la présence des professeurs de droit au Conseil constitutionnel. Une part de l'étude aura donc pour but de comprendre comment les juges constitutionnels, lorsqu'ils sont professeurs de droit, participent à la fabrication des décisions en tentant donc de qualifier leurs apports au Conseil constitutionnel. Il sera déterminant de comprendre si l'origine professionnelle de ces conseillers a eu une influence sur leurs pratiques et leurs décisions. L'analyse doctrinale des délibérations permettra alors de rechercher la part des liens maintenus avec le monde universitaire ou au contraire les fractures nées de l'exercice des fonctions juridictionnelles.

50. ***Le recours aux droits étrangers***. L'usage de la comparaison permettra d'éclairer les faiblesses de la composition du Conseil constitutionnel, particulièrement du point de vue de l'accès des professeurs de droit à la juridiction. Cependant, il ne s'agira pas d'opérer une véritable étude de droit comparé[166]. La méthode, utilitariste, visera uniquement à livrer des exemples de droits étrangers de façon « *à étudier en parallèle des règles ou des institutions juridiques pour les éclairer par ce rapprochement* »[167].

51. ***L'emprunt nécessaire mais limité à d'autres sciences sociales***. De la même manière, le sujet ainsi déterminé a conduit à emprunter des méthodes d'analyses à d'autres disciplines tout en se concentrant sur le caractère juridique du travail entrepris et des conclusions auxquelles il aboutit. Traiter des professeurs de droit membres du Conseil constitutionnel impliquait ainsi d'intégrer une analyse pour partie empruntée à la science politique, dans sa dimension sociologique[168]. L'approche est en effet nécessairement orientée par les deux objets de la recherche : celui des acteurs, à savoir les professeurs de droit, et celui de l'institution, à savoir le Conseil constitutionnel[169]. Du point de vue de l'accès des professeurs

[166] M.-C. Ponthoreau, *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, Economica, Paris, 2010, 401 p.

[167] J. Rivero, *Cours de droit administratif comparé - Recherches sur la notion de système juridique appliquée au droit administratif comparé*, Les cours de droit, Paris, 1954-1955, 160 p., spéc. p. 6.

[168] Il existe une absence de définition unanime de ce qui constitue aujourd'hui précisément la distinction entre les deux disciplines. Leur champ d'analyse se recoupe largement et les méthodes de la formalisation scientifique du discours politiste, en intégrant une analyse sociologique ou de sociohistoire, révèlent les liens qui existent désormais entre les deux méthodes. Voir en ce sens, F. Bouricaud, « Science politique et sociologie. Réflexions d'un sociologue », *R.F.S.P.*, n° 2, 1958, pp. 249-276.

[169] « *En soi, l'analyse des institutions n'est pas une méthode. Elle correspond plus à une approche guidée par un objet de recherche, un terrain d'observation et l'usage d'outils rhétoriques et méthodologiques existants* » (L. Chaty, « Eléments pratiques pour l'analyse des institutions », in *La méthode en acte*, C.U.R.A.P.P., P.U.F., Paris, 1999, pp. 253-274, spéc. p. 253).

au Conseil, il fallait déterminer le plus précisément possible les variables ayant conditionné le choix des autorités de nomination. La grille d'analyse correspond alors à l'étude partielle du processus mettant en jeu les rapports entre les professeurs de droit, l'Université et le personnel politique. Elle permet la recherche des effets pratiques des mécanismes de « *reconnaissance* » disposant d'un « *effet symbolique* »[170] sur les professeurs de droit au sein de l'Université et, en dehors, vis-à-vis du personnel politique. Ainsi, sans prétendre à l'exhaustivité mais en retenant un certain nombre de variables objectives telles que des éléments biographiques, la formation, le développement de la carrière et l'engagement politique des professeurs de droit nommés au Conseil constitutionnel, il sera possible de déterminer les raisons de la nomination des onze professeurs de droit[171], les règles juridiques de la nomination au Conseil constitutionnel devenant ainsi le révélateur des faits sociaux[172].

52. La partie de l'étude relative à la fabrication des décisions et à l'investissement des professeurs de droit en tant que conseillers constitutionnels a délibérément consisté à exclure une analyse individualisée du rôle et de la pratique de chacun d'entre eux. Plutôt que d'établir une succession de monographies, cette recherche a consisté à construire un objet en tentant, le plus objectivement possible, de qualifier l'originalité du rôle et des pratiques des professeurs de droit dans l'exercice des fonctions de juge constitutionnel. Toutefois, cette démarche n'exclut pas de déterminer les différences qui pourraient exister entre les professeurs de droit, particulièrement au regard du déroulement de leur carrière et de leur production scientifique. Pour cela, les contextes politiques et institutionnels (entendus dans le sens de la composition de la juridiction constitutionnelle) dans lesquels les décisions du Conseil constitutionnel sont rendues seront nécessairement pris en compte. Pour autant, ils ne feront pas l'objet d'une analyse en termes de contraintes, au sens de la théorie réaliste du droit[173]. En revanche, une part de l'étude s'inspirera des présupposés de l'analyse stratégique pour caractériser les

[170] P. Bourdieu, *Sur l'Etat. Cours au Collège de France 1989-1992*, Seuil, Paris, 2012, 657 p., spéc. p. 303.

[171] Dans cette optique, les travaux menés par Marc Milet sur l'investissement citoyen des professeurs de droit ont été d'une particulière utilité pour mener à bien cette recherche (M. Milet, *Les professeurs de droit citoyens. Entre ordre juridique et espace public, contribution à l'étude des interactions entre les débats et les engagements des juristes français (1914-1995)*, thèse dact., Université Panthéon-Assas, 2000, 791 p.).

[172] E. Durkheim, *Les règles de la méthode sociologique*, P.U.F., coll. « Quadrige », Paris, 1997, 149 p., spéc. pp. 89-123.

[173] M. Troper, V. Champeil-Desplats, C. Grzegorczyk (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, L.G.D.J., Paris, 2005, 203 p.

pratiques juridictionnelles ou le discours des professeurs de droit[174]. Les normes, les procédures et les coutumes entourant la prise de décision au Conseil constitutionnel réservent en effet une marge de manœuvre aux juges. En postulant l'utilisation rationnelle de cette liberté, l'analyse stratégique invite à comprendre les ressorts de la pratique des acteurs, permettant de déterminer quelles ressources sont mobilisées par les professeurs de droit afin, éventuellement, d'optimiser la poursuite d'intérêts particuliers révélant les liens conservés avec le monde universitaire.

2. Les contraintes du sujet

53. ***Les contraintes de l'interprétation***. C'est précisément l'utilisation des archives des comptes rendus de séance qui a constitué la source la plus étendue de contraintes. L'outil du procès-verbal des délibérations doit être utilisé avec la conscience des limites qu'il renferme. Tout d'abord, conformément au décret du 13 novembre 1959 relatif à l'organisation du Secrétariat général du Conseil constitutionnel[175], le Secrétaire général établit un compte rendu sommaire de la préparation et de l'organisation des travaux du Conseil constitutionnel. Le compte rendu ne permet pas, à lui seul, de connaître l'exactitude du déroulement des séances et le style indirect souvent employé traduit très sûrement l'omission de certaines interventions ou leur modification par le transcripteur. Il est donc impossible de s'assurer de l'exactitude matérielle de la transcription, ou de connaître précisément les ressorts du reste de la vie interne et des échanges informels entre les membres du Conseil constitutionnel. Déjà la délibération traduit donc la part d'un discours officiel. De plus, l'objectivité de ces données est nécessairement trahie à la fois par la subjectivité de l'interprétation du transcripteur et par celle de l'interprète dans le cadre de leur analyse. Cette modification en cascade du sens du texte ne peut cependant être évitée à partir du moment où, par essence, l'interprétation constitue une « *proposition du monde ; celle-ci n'est pas derrière le texte, comme le serait une intention cachée, mais devant lui, comme ce que l'œuvre déploie, découvre, révèle* »[176].

[174] J. Meunier, *Le pouvoir du Conseil constitutionnel. Essai d'analyse stratégique*, LGDJ, Paris, 1994, pp. 13-49.

[175] Décret n°59-1293 du 13 novembre 1959 relatif à l'organisation du secrétariat général du Conseil constitutionnel, J.O.R.F. du 15 novembre 1959, p. 10819.

[176] P. Ricœur, *Du texte à l'action. Essai d'herméneutique II*, Le Seuil, Paris, 1998, 452 p., spéc. p. 140.

54. ***Les contraintes temporelles***. En outre, la part de l'étude consacrée au rôle des professeurs de droit une fois membres du Conseil constitutionnel est conditionnée par le traitement des archives du Conseil constitutionnel et donc par le régime légal conditionnant leur ouverture sur vingt-cinq ans. Dès lors, il était nécessaire de tenir compte de cette donnée dirimante, circonscrivant l'étude sur une époque spécifique, précisément entre 1960 et 1988. L'attention n'aura donc pu se porter que sur les professeurs de droit nommés au Conseil constitutionnel au cours de cette période d'activité du Conseil constitutionnel. Par ordre des nominations, il s'agit plus précisément de René Cassin, Marcel Waline, François Luchaire, Paul Coste-Floret, Georges Vedel, Maurice-René Simonnet et Robert Badinter. Cependant, l'étude ainsi circonscrite ne permettait pas, dans le cas de Robert Badinter, de tracer de lignes directrices ni de tirer de conclusions générales relatives à son rôle au Conseil constitutionnel. De sa première présidence le 5 mars 1986, à la fin de la consultation des archives le 30 décembre 1987, il existait en effet trop peu d'informations susceptibles de donner une vision suffisamment nette de sa présidence[177]. C'est donc en toute conscience qu'en faisant le choix de s'en tenir à l'analyse des comptes rendus des séances des délibérations, les conclusions dégagées dans ce travail sont à replacer dans un temps donné. Aujourd'hui, en effet, le travail, les méthodes et la jurisprudence du Conseil constitutionnel sont balisées. Les inventions méthodologiques ou procédurales sont plus rares. Les grandes constructions jurisprudentielles ont précisément déjà été dégagées, la force du précédent et la recherche de la continuité jurisprudentielle participant désormais d'une forme de routine juridictionnelle.

C. La problématique et le plan

55. L'objectif de la recherche sera donc de *déterminer si la présence des professeurs de droit au Conseil constitutionnel a véritablement constitué une valeur ajoutée. Pour cela il faudra déconstruire les présupposés attachés à leur présence au Conseil en définissant tant les mécanismes à l'origine de leur sélection que leurs rôles spécifiques dans le processus de fabrication des décisions*.

[177] Pour une analyse de l'influence de Robert Badinter au le Conseil constitutionnel il faut renvoyer à l'ouvrage de Dominique Rousseau (D. Rousseau, *Sur le Conseil constitutionnel. La doctrine Badinter et la démocratie*, précité). Voir encore l'ouvrage biographique sur Robert Badinter écrit par Paul Cassia, P. Cassia, *Robert Badinter, un juriste en politique*, Fayard, Paris, 2009, 547 p.

56. En s'attachant à l'étude des règles d'accès au Conseil constitutionnel, il apparaît qu'aucune condition matérielle spécifique n'est exigée des futurs conseillers constitutionnels. La nomination se conçoit en effet toujours, à la lumière des articles 56 et 13 de la constitution, comme un acte libre et discrétionnaire de l'autorité de nomination, malgré un droit de regard accordé aux parlementaires depuis 2008. En aucune manière les professeurs de droit, contrairement à de nombreux systèmes étrangers, ne profitent de règles juridiques facilitant ou garantissant leur accès à la juridiction, révélant les défauts du système français de désignation des juges constitutionnels. La spécificité de l'accès au Conseil constitutionnel est donc d'être très ouvert. Pour autant, sur les soixante-quatorze membres nommés au Conseil depuis 1959, seuls onze professeurs de droit y ont accédé, signe d'un paradoxe de la composition du Conseil constitutionnel dont il conviendra de comprendre les raisons. En réalité, d'un point de vue conjoncturel, il semble s'être réalisé une série de ruptures entre les professeurs de droit et l'investissement dans la production du droit. L'expertise de ces universitaires a progressivement été dévalorisée, et l'avènement de la V^{ème} République s'est caractérisé par une série de tensions pesant directement sur les réseaux d'influence du corps professoral. De surcroît, les modalités de nomination révèlent que le processus de sélection spécifique des professeurs de droit, loin d'être uniquement guidé par des motifs de compétence, est toujours le fruit de ressorts majoritairement politiques, expliquant ainsi leur faible présence au Conseil.

57. Une fois nommés, la recherche s'applique alors à déterminer si *les* professeurs de droit ont véritablement marqué de leur empreinte l'institution dans son organisation, son travail et sa jurisprudence. Il s'agit notamment de qualifier l'originalité des pratiques *du* professeur de droit lorsqu'il est juge constitutionnel. L'analyse révèle que les compétences, la renommée et la personnalité de ces professeurs leur confèrent une position stratégique au sein de la formation collégiale qui leur a permis d'orienter significativement les pratiques et la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Reste que, si la réalité du travail du juge est bien différente de celle des professeurs, ces derniers n'abandonnent pas pour autant ce qui constitue leur culture d'universitaire, les ressources méthodologiques et doctrinales mobilisées par les professeurs-juges révélant des liens persistants avec l'Université d'où il apparaît que les professeurs ont profondément orienté et conditionné, certes à des degrés divers, les méthodes de travail et la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

58. Il conviendra dès lors d'appréhender l'étude des *professeurs de droit membres du Conseil constitutionnel* selon les deux temps qui rythment la vie de l'institution :

- En premier lieu, les professeurs de droit et l'accès au Conseil constitutionnel (Partie 1).
- En second lieu, les professeurs de droit et l'office de juge constitutionnel (Partie 2).

Partie 1.

Les professeurs de droit et l'accès au Conseil constitutionnel

« Bien sûr il avait été choisi, mais combien d'autres auraient pu l'être ? Bien plus, son choix lui venait d'un seul homme, grand acteur politique qui prend en compte dans sa décision l'intérêt général, mais qui n'apporte pas au choix les préoccupations qui pourraient porter un jury d'agrégation à choisir un collègue enseignant »

G. Vedel, « Préface », in G. Drago, B. François, N. Molfessis (dir.), La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, Economica, Paris, 1999, pp. IX-XV, spéc. p. X.

59. La thématique de la composition de la juridiction constitutionnelle est d'une certaine manière liée à la légitimité même de son existence. La doctrine publiciste du début du XX^{ème} siècle liait bien souvent la question de la composition à celle de l'opportunité d'un contrôle de la constitutionnalité de la loi par une institution spécialisée[178]. A titre d'exemple, Gaston Jèze, enclin à l'acceptation du principe selon lequel « *la loi ne répugne pas au contrôle juridictionnel* », relève qu'en France à cette époque « *les constitutionnalistes sont opposés à la création d'une cour de justice spéciale chargée de contrôler la constitutionnalité des lois. Son indépendance et son impartialité seraient trop difficiles à obtenir* »[179]. Il suffit pour s'en convaincre de citer Léon Duguit pour qui, « *quand on y réfléchit, on hésite et on se demande si véritablement il y aurait là une heureuse institution. D'abord, comment serait composée cette haute juridiction et comment ses membres seraient-ils nommés ? S'ils sont nommés par le Gouvernement ou par le parlement, il n'est à craindre qu'ils n'aient aucune indépendance. S'ils sont élus par le peuple, au suffrage direct ou à deux degrés, cette haute juridiction deviendra un corps politique et ne présentera pas les garanties d'impartialité qu'on lui demande. Si elle se recrute par cooptation, elle deviendra vite une sorte de corps aristocratique incompatible avec la démocratie moderne* »[180]. L'empressement avec lequel les critiques semblent, très tôt, se diriger vers la question du recrutement est révélateur de l'importance capitale que revêt la thématique de la composition des juridictions constitutionnelles dans l'optique même de leur installation et, plus largement, de la préservation de leur légitimité.

[178] R. Baumert, *La Découverte du juge constitutionnel, entre science et politique*, LGDJ, Paris, 2009, 612 p.

[179] G. Jèze, « Le contrôle juridictionnel des lois », *RDP*, 1924, pp. 399-430, spéc. p. 406.

[180] L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel. La théorie générale de l'Etat*, tome III, de Boccard, Paris, 1930, 856 p, spéc. p. 715.

60. Définir l'accès des professeurs de droit au Conseil constitutionnel est délicat si l'on songe aux spécificités marquant les règles d'accès à la juridiction constitutionnelle française. Le Conseil constitutionnel fut voulu par les constituants de la V^{ème} République à la fois comme une institution juridictionnelle et comme un organe politique. Cette réalité n'empêcha pas l'évolution tant de l'office du juge que de la procédure au Conseil constitutionnel, ce qui lui permit de se rapprocher du modèle théorique « *kelséno-européen* » de contrôle de constitutionnalité[181]. Il reste, malgré ce constat, un point d'achoppement marquant le particularisme de l'institution. Il s'agit des modalités de nomination et particulièrement de l'absence de condition de compétence juridique pour le choix des juges constitutionnels[182]. C'est là l'un des traits caractéristique de la juridiction constitutionnelle française qui fait d'elle une exception si on la compare à la plupart des juridictions constitutionnelle du monde.

61. Il semble, nonobstant, que la composition du Conseil constitutionnel fut relativement bonne, du point de vue des garanties en matière de compétence juridique de ses membres. En faisant un bilan global des nominations, le constat est souvent dressé que la proportion de juristes est comparable à celle exigée dans d'autres Cours constitutionnelles, à ceci près qu'à l'étranger elle est permanente. L'accès des professeurs de droit au Conseil constitutionnel oblige dès lors à déterminer l'ensemble des règles juridiques encadrant spécifiquement leur nomination Conseil constitutionnel. Ces règles juridiques, ainsi que les particularités inhérentes au processus de sélection des juges constitutionnels, montrent que leur accès au Conseil constitutionnel, à défaut d'être garanti, est ouvert (Titre I). Pour autant, depuis 1958, malgré la latitude offerte aux autorités de nomination de nommer librement des professeurs de droit, seuls onze professeurs de droit y ont été nommés, révélant ainsi un paradoxe dans la composition du Conseil constitutionnel dont il conviendra de comprendre les raisons (Titre 2).

[181] O. Jouanjan, « Modèles et représentations de la justice constitutionnelle en France : un bilan critique », *Jus politicum*, n° 2, 2009, 26 p., spéc. 21.

[182] O. Jouanjan, « Le Conseil constitutionnel est-il une institution libérale ? », *Droits*, n° 43, 2006, p. 80.

Titre 1.

Un accès ouvert

62. Le renouvellement triennal des membres du Conseil constitutionnel est toujours une occasion de commenter, voire de critiquer les modalités d'accès à l'institution. Ni la constitution ni l'ordonnance du 7 novembre 1958 ne fixent de conditions particulières pour être nommé au Conseil constitutionnel[183]. Le constituant de 1958 a fait le choix d'élaborer une procédure de nomination simplifiée laissant une entière liberté de choix aux autorités compétentes. Aucune exigence ne limite l'accès des universitaires à la juridiction constitutionnelle, bien que les règles propres au statut des membres du Conseil constitutionnel aient limité le droit de cumul des fonctions accordé jusque-là aux professeurs de droit. L'accès des professeurs de droit au Conseil constitutionnel se matérialise alors par l'absence de condition de nomination leur bénéficiant directement (chapitre 1). Ce laconisme des textes, largement lié à la mission initiale confiée au Conseil constitutionnel de garant du parlementarisme rationalisé, induit une parfaite impossibilité de prévoir quelle sera, *a priori*, la composition de la formation collégiale. Si les règles d'accès au Conseil constitutionnel laissent, en pratique, une grande liberté de choix aux autorités de nomination, elles nécessitent néanmoins un aménagement approfondi des conditions de nomination destinées à garantir l'accès des professeurs de droit au Conseil constitutionnel (chapitre 2).

[183] Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.

Chapitre 1:

L'absence de conditions de nomination bénéficiant aux professeurs de droit

63. Envisagée au regard de ce qui caractériserait le modèle européen de justice constitutionnelle, ou même si l'on établit plus largement une comparaison avec de nombreuses juridictions constitutionnelles étrangères, la France se caractérise, du point de la composition du Conseil constitutionnel, par ses singularités. L'une d'entre elles est de ne pas avoir édicté, même *a minima*, de règles conditionnant la nomination des juges constitutionnels. Si l'on envisage les seules conditions de sélection, les professeurs de droit, à l'instar de tous les membres nommés ne bénéficient d'aucune règle susceptible de faciliter leur accès au Conseil constitutionnel. Cet accès est finalement laissé à la discrétion de l'autorité de nomination malgré le droit d'audition des futurs juges accordé aux parlementaires en 2008 (Section 1). De plus, le statut applicable aux membres du Conseil constitutionnel détermine un régime d'incompatibilités probablement trop strict, interdisant désormais aux professeurs de droit le cumul de leur activité d'enseignement avec celle de juge constitutionnel (Section 2).

Section 1. Un accès laissé à la discrétion de l'autorité de nomination

64. Comme l'ensemble des futurs membres, les professeurs de droit ne peuvent accéder au Conseil constitutionnel qu'à l'issue d'un choix discrétionnaire et *intuitu personae* de la part de l'autorité de nomination. L'article 56 de la Constitution octroie en effet le pouvoir de nomination des membres au président de la République, au président de l'Assemblée nationale et au président du Sénat sans que ce pouvoir ne soit soumis à aucune condition de nomination véritablement contraignante[184]. Certes, la révision constitutionnelle du 23 juillet

[184] Bien que la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 ait associé les parlementaires à la procédure de nomination, elle n'a pas fait peser sur les autorités de nomination une contrainte effective. En ce sens, voir *infra* § 85 et s.

2008 a associé les parlementaires à la procédure de nomination. Toutefois elle n'a pas fait peser sur les autorités de nomination une contrainte effective. La nomination des professeurs de droit au Conseil constitutionnel répond à ce titre aux mêmes exigences, ou plus précisément au même défaut d'exigences, que celle de n'importe quelle autre personnalité pressentie. La nomination est tout à la fois un acte libre pour l'autorité qui en détient la compétence, c'est-à-dire dénué de toute contrainte liée à d'éventuelles conditions d'accès (§ 1), et un acte discrétionnaire, en l'état insusceptible de contrôle (§ 2).

§ 1. Une nomination libre

65. Créé en 1958 pour « *limiter les risques de marchandages politiques* »[185], le mode de nomination voulu par les constituants a conduit à ce que les neufs conseillers constitutionnels soient choisis librement par trois autorités politiques. Cette liberté n'est que très faiblement encadrée. Seule une condition minimale et presque naturelle s'impose à leur choix : la jouissance par les membres désignés de leurs droits civils et politiques (A). Cette condition formelle ne compense toutefois pas l'absence de condition matérielle liée à la compétence juridique des futurs membres, laissant ainsi largement ouvert l'accès des professeurs de droit au Conseil constitutionnel, sans pour autant le garantir (B).

[185] J. Thomas, *L'indépendance du Conseil constitutionnel*, L.G.D.J., Collection des Thèses, Paris, n° 38, 2010, 446 p., spéc. p. 139. Ces risques, soulevés particulièrement quand est évoquée l'élection parlementaire des membres de l'institution, solution préconisée par Hans Kelsen (H. Kelsen, « La garantie juridictionnelle de la Constitution (la justice constitutionnelle) », *R.D.P.*, 1928, pp. 197-257), fait écho à la volonté des constituants de la V^{ème} République de réduire la marge de liberté et d'initiative des parlementaires en évitant les risques de campagnes menées par les candidats à la fonction de juge constitutionnel. A ce titre, le compte-rendu de la réunion du groupe de travail du 8 juillet 1958, lors des travaux préparatoires de la Constitution du 4 octobre 1958 fait état d'une proposition de Jean Foyer de désigner certains membres du Conseil constitutionnel, non par des parlementaires, mais par le Conseil d'Etat et la Cour de Cassation. Michel Debré repoussera cette proposition estimant « *qu'une telle désignation donnerait lieu à une sorte de campagne électorale qui diminuerait l'autorité des membres du Conseil constitutionnel* ». De surcroît, Michel Debré fera remarquer que la désignation par le président de chacune des Assemblées sera « *plus impartiale* » qu'une nomination par la majorité de chaque Assemblée. C'est la transmission de l'autorité morale et politique de l'autorité de nomination à la personne nommée qu'il importait aux constituants d'assurer, en évitant tout risque de négociation politique auprès des autorités de nomination, de façon à garantir au maximum l'indépendance des membres nommés (Comité national chargé de la publication des travaux préparatoires des institutions de la V^{ème} République, *Documents pour servir à l'histoire de la Constitution du 4 octobre 1958,* Vol. 1 : *des origines de la loi constitutionnelle du 3 juin 1958 à l'avant-projet du 29 juillet 1958*, La documentation française, Paris, 1987, 613 p., spéc. p. 383. Pour une étude plus approfondie des débats relatifs à la composition du Conseil constitutionnel lors des travaux préparatoires, voir *infra* § 250 et s.

A. Une condition d'accès limitée à la jouissance des droits civils et politiques

66. L'article 56 de la Constitution, déterminant les règles applicables à l'accès au Conseil constitutionnel, ne prévoit aucune restriction quant au choix opéré par les trois autorités de nomination. De plus, les textes d'application de l'article 56 n'encadrent qu'*a minima* cette liberté de choix. En vertu de l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel[186], les autorités de nomination ne sont assujetties qu'à une seule condition: les futurs membres doivent avoir la jouissance de leurs droits civils et politiques. Il est donc nécessaire de déterminer ce que recouvre matériellement la notion de droits civils et politiques lorsqu'elle est envisagée en tant que condition à la nomination des professeurs de droit au Conseil constitutionnel pour ensuite déterminer le degré de contrainte pesant sur les autorités de nomination. Or, cette condition apparaît en réalité relativement floue dans ses contours (1), la non jouissance des droits civils et politiques par la personne pressentie n'empêchant pas une éventuelle nomination, la contrainte qu'elle impose reste théorique (2).

1. Une condition aux contours mal définis

67. D'après Jean Morange, la catégorie des droits civils et politiques correspondrait à une nécessité, « *celle d'insérer des droits d'origine philosophique dans un ordre politique et juridique.* […] *Les droits naturels doivent être traduits dans chaque ordre juridique en droits civils et politiques. La place faite à chacun varie en fonction de la nature du régime* »[187]. Touchant aux droits fondamentaux et à la liberté de l'homme, la notion de droits civils et politiques marque la réunion de deux traditions. La première, sous-tendue par l'égalité, est démocratique ; la seconde, valorisant les droits individuels, est libérale. Mais la portée effective, comme le contenu des droits civils et politiques, sont relativement contingents et de

[186] Article 10 alinéa 1 de l'ordonnance n° 58-1067 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, J.O.R.F. du 9 novembre 1958, p. 10129 : « *Le Conseil constitutionnel constate, le cas échéant, la démission d'office de celui de ses membres qui aurait exercé une activité ou accepté une fonction ou un mandat électif incompatible avec sa qualité de membre du Conseil ou qui n'aurait pas la jouissance des droits civils et politiques* ».

[187] J. Morange, « Droits civils et politiques », in D. Alland, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, P.U.F., coll. « Quadrige », Paris, 2003, 1534 p., spéc. p. 536.

ce fait difficilement saisissables[188]. Sans qu'il soit nécessaire de mener une analyse précise et complète de l'évolution historique et juridique de la catégorie des droits civils et politiques, il est néanmoins utile de comprendre les contours et le contenu actuels de cette catégorie, marquant l'unique exigence pesant sur les futurs membres du Conseil constitutionnel.

68. Certains auteurs se sont attachés à établir une classification des droits civils et politiques, particulièrement sous la III[ème] République. La construction la plus aboutie en la matière est sans doute celle de Maurice Hauriou. Dans son *Précis de droit constitutionnel*, Hauriou distingue deux catégories de libertés individuelles dans un chapitre consacré aux libertés individuelles : « *Les libertés civiles* »[189] et les « *les droits civiques et politiques* »[190]. Il entreprend de diviser la première catégorie en trois groupes distincts constituant chacun des « *libertés civiles* » comprises au sens large. Il y distingue la « *civitas sine suffragio* », qui « *comprend les vieilles libertés fondamentales de l'ordre individualiste* », les « *libertés spirituelles* » puis les « *libertés créatrices d'institutions sociales* »[191]. La seconde catégorie, quant à elle, distingue les droits civiques, « *qui permettent la participation à l'autorité publique, à la fonction publique, à la chose publique, et non pas au pouvoir de domination politique* […]. *Ces droits civiques appartiennent à tout citoyen français, même non électeur, à moins qu'il n'en ait été privé par une condamnation* »[192]. Les droits politiques, sont, chez Hauriou, des droits de « *participation au pouvoir de domination politique, autrement dit à la souveraineté nationale, et n'appartiennent qu'au citoyen électeur* »[193].

69. Malgré l'évolution et les transformations du contenu précis des droits civils et politiques depuis la III[ème] République, la classification proposée par Hauriou permet toujours de distinguer les contours persistants de chacune des deux catégories. La notion est finalement

[188] Pour Jean Morange, il semble en effet que la multiplication des sources et des garanties des droits civils et politiques a conduit à de nouvelles qualifications et particulièrement celles de droits fondamentaux ou de libertés fondamentales ; mais « *la référence aux droits civils et politiques rappelle utilement la place des droits nationaux dans la détermination des régimes juridiques applicables* » (J. Morange, « Droits civils et politiques », précité, pp. 537-538).

[189] M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, Sirey, Paris, 1929, réédition C.N.R.S., Paris, 1965, 759 p., spéc. p. 651.

[190] *Idem*, p. 654.

[191] *Idem*, pp. 651-654.

[192] *Idem*, p. 654.

[193] *Ibidem*.

marquée par une opposition naturelle entre droits civils d'un côté et droits politiques de l'autre. C'est ce que confirme d'ailleurs l'article 7 du code civil qui dispose que « *l'exercice des droits civils est indépendant de l'exercice des droits politiques, lesquels s'acquièrent et se conservent conformément aux lois constitutionnelles et électorales* ». Cette distinction, fondée sur l'opposition classique entre droits de l'homme et droits du citoyen au sein d'un même ordre juridique, renvoie à l'idée que les droits politiques sont les seuls droits réservés exclusivement au citoyen. C'est donc la question du titulaire de ces droits qui diffère.

70. Les droits civils désignent l'ensemble des prérogatives attachées à la personne, ces dernières comprenant l'ensemble des libertés dont jouissent les individus indépendamment de leur nationalité[194]. Les droits politiques, d'un autre côté, regroupent l'ensemble des droits de participation du citoyen à l'exercice de la souveraineté nationale et particulièrement le droit de suffrage et d'éligibilité[195]. D'après Anne-Sophie Michon Traversac, les droits politiques sont les seuls droits appartenant exclusivement au citoyen. Comme elle le précise, « *la distinction entre les droits civils et politiques ne semble pas poser de difficulté. Les droits civils peuvent être ouverts au-delà de la catégorie des citoyens et même des nationaux, alors que les droits politiques sont réservés à ceux ayant la qualité de citoyen. En ce sens, le droit constitutionnel de la V^ème^ République rend pleinement compte de cette opposition* »[196].

71. Appréhendée négativement, la qualité de citoyen suppose dès lors la jouissance des droits civils et politiques, cette acception étant confirmée par l'alinéa 4 de l'article 3 de la Constitution de 1958 disposant que « *sont électeurs, dans les conditions déterminées par la loi, tous les nationaux français majeurs des deux sexes, jouissant de leurs droits civils et politiques* ». Il est à préciser que si l'article 3 alinéa 4 de la Constitution d 1958 ne fait état que du droit de vote, il existe une liaison naturelle entre le droit de vote et celui d'éligibilité,

[194] A cet égard, le propos doit être nuancé en ce sens que l'article 11 du Code civil dispose que « *l'étranger jouira en France des mêmes droits civils que ceux qui sont ou seront accordés aux Français par les traités de la nation à laquelle cet étranger appartiendra* ». Cependant, le Conseil constitutionnel dans la décision « Maîtrise de l'immigration » du 13 août 1993 a précisé que l'étendue de l'application des droits fondamentaux de valeur constitutionnelle dépassait la condition de la nationalité (Décision n° 93-325 D.C. du 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*, J.O.R.F., du 18 aout 1993, p. 11722, not. cons. 3).

[195] L. Favoreu et *allii*, *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, coll. « Précis », Paris, 6ème édition, 679 p., spéc. pp. 346-349.

[196] A.-S. Michon-Traversac, *La citoyenneté en droit public français*, L.G.D.J., coll. « Bibliothèque de droit public », Paris, 2008, 655 p., spéc. p. 142.

dont la valeur constitutionnelle a été dégagée par le Conseil constitutionnel dans la décision du 18 novembre 1982 « *Quotas par sexe I* ». Se fondant sur l'article 3 de la Constitution et l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, il juge que « *la qualité de citoyen ouvre le droit de vote et d'éligibilité dans des conditions identiques à tous ceux qui n'en sont pas exclus pour une raison d'âge, d'incapacité ou de nationalité* »[197].

72. En conclusion, lorsqu'elle est employée en tant qu'unique condition à la nomination des membres du Conseil constitutionnel, la catégorie des droits civils n'emporte pas de conséquences particulières quant aux obligations à remplir pour les futurs membres. Parce qu'ils induisent essentiellement la reconnaissance des droits et libertés propres à la personne, les droits civils ne permettent pas d'isoler précisément les conditions à remplir pour accéder au Conseil constitutionnel. Ils s'apparentent finalement à des prérogatives reconnues à chacun sans condition. C'est donc exclusivement au regard des droits politiques que l'on peut déduire un ensemble de conditions que devront remplir les futur membres. Il faut alors s'en tenir à une définition réductrice des droits politiques, c'est-à-dire des « *droits-participation* »[198]. Plus précisément, et au regard des articles L. 2 et L. 6 du Code électoral, les droits politiques s'entendent des droits de vote et d'éligibilité dont dispose le citoyen à condition qu'il n'en ait pas été privé par une décision de justice[199].

73. A l'aune des conditions nécessaires à l'exercice du droit de vote et d'éligibilité et au regard de l'article 10 de l'ordonnance du 7 novembre 1958, les futurs membres du Conseil

[197] Décision n°82-146 D.C. du 18 novembre 1982, *Loi modifiant le Code électoral et le Code des communes et relative à l'élection des conseillers municipaux et aux conditions d'inscription des Français établis hors de France sur les listes électorales*, J.O.R.F. du 19 novembre 1982, p. 3475, cons. 7.

[198] L. Favoreu et *allii*, *Droit des libertés fondamentales*, précité, p. 346.

[199] L'article L. 2 du Code électoral précise en effet que « Sont électeurs les Françaises et Français âgés de dix-huit ans accomplis, jouissant de leurs droits civils et politiques et n'étant dans aucun cas d'incapacité prévu par la loi », ce qui écarte du droit de vote les majeurs sous tutelle. L'article L. 6 du même Code dispose : « *Ne doivent pas être inscrits sur la liste électorale, pendant le délai fixé par le jugement, ceux auxquels les tribunaux ont interdit le droit de vote et d'élection, par application des lois qui autorisent cette interdiction* ». C'est ici la référence à la perte du droit de vote et d'éligibilité à la suite d'une condamnation pénale prévue notamment par l'article 131-26 du Code pénal visant l'interdiction des droits civiques, civils et de famille. Etablissant la liste de ces droits susceptibles d'être suspendus, l'article 131-26 du Code pénal inclut dans le terme « *droits civiques* », le droit de vote et d'éligibilité. Il semble que cette notion peu claire recoupe les droits politiques. Certains auteurs s'accordent d'ailleurs à dire que l'emploi de la notion de droits civiques permet de tracer la frontière entre « droits civils » et « droits politiques » pris au sens large démontrant l'identité des deux termes. Voir notamment A.-S. Michon-Traversac, *La citoyenneté en droit public français*, précité, pp. 145-148.

constitutionnel sont soumis à quatre conditions minimales déduites de l'obligation pour les membres de jouir de leurs droits civils et politiques : disposer de la majorité civile et politique ; être de nationalité française ; ne pas être dans un cas d'incapacité prévu par la loi et ne pas être privé du droit de vote et d'éligibilité suite à une condamnation pénale. A défaut de créer des conditions d'accès strictes à l'institution, ce dispositif offre aux autorités de nomination une marge de manœuvre très large dans le choix de la personne nommée. A cet égard, Jean Gicquel a ainsi affirmé, non sans ironie, qu'« *on s'accordera aisément sur le choix de cette solution : tout citoyen français jouissant de ses droits civils et politiques a donc vocation à être appelé à siéger au Conseil, le moment venu* »[200]. Un professeur de droit aussi, donc.

74. Il faut alors rechercher quelles contraintes pèsent sur les autorités de nomination en application de cette condition. Si la seule jouissance des droits civils et politiques doit être présentée comme une condition minimale, aucune contrainte particulière n'échoit aux autorités de nomination.

2. Une condition à la portée restreinte

75. La condition imposée par l'ordonnance du 7 novembre 1958 conduirait donc à ce que ne puissent être nommées au Conseil les personnes qui n'ont pas la jouissance de leurs droits civils et politiques. Dès lors, comme le relève François Luchaire, « *un membre du Conseil qui se trouverait dans cette situation devrait être aussitôt déclaré démissionnaire d'office par le Conseil* »[201]. Il appartient en effet au Conseil constitutionnel, dans le cadre de son indépendance organique, de contrôler lui-même le respect de cette condition[202]. Autrement

[200] P. Avril, J. Gicquel, *Le Conseil constitutionnel*, Montchrestien, coll. « Clefs politique », Paris, 6ème édition, 2011, 160 p. spéc. p. 64.

[201] F. Luchaire, *Le Conseil constitutionnel*, tome I, précité, p. 69.

[202] Saisi en référé de la contestation de la décision prise par Simone Veil de suspendre ses fonctions au Conseil constitutionnel, le Conseil d'Etat a estimé qu'il résulte des dispositions de l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, prise en application de l'article 63 de la Constitution, et du décret du 13 novembre 1959 que « *le Conseil constitutionnel est seul juge du respect par ses membres des obligations qui s'imposent à eux* » (C.E., ord. réf., 6 mai 2005, *Hoffer*, n° 280214, Rec. p. 185) ; voir encore Décision n° 94-354 D.C. du 11janvier 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*, J.O.R.F., du 14 janvier 1995, p. 730, cons. 13.

dit, ce n'est qu'une fois la nomination intervenue que le Conseil établira si le nouveau membre remplit bien la condition exigée. Même si la situation ne s'est jamais produite, le dispositif mis en place en 1958 ne fait donc pas formellement obstacle à la nomination d'une personne qui ne jouirait pas de ses droits civils et politiques. Cette situation paraît pour le moins hypothétique, d'autant que le droit d'audition dont disposent les parlementaires depuis la révision du 23 juillet 2008 la rend désormais difficilement réalisable[203]. Dès lors, l'unique et minimale condition de jouissance des droits civils et politiques souffre de ne pas pouvoir faire formellement et *a priori* obstacle à la nomination proprement dite. L'appréhension des conditions minimales d'accès au Conseil révèle une absence de délimitation de la liberté dont jouissent les trois autorités de nomination.

76. Du reste, elle se couple à une véritable carence entourant les règles constitutionnelles et organiques de nomination au Conseil constitutionnel : l'absence de condition relative à la compétence juridique du membre nommé.

B. L'absence de condition relative à la compétence juridique

77. Le système de désignation des juges constitutionnels fait l'objet de débats récurrents. L'essentiel de la question s'ancre dans la recherche du système laissant, au regard des réalités sociales et politiques d'un Etat, le moins de prise à la politisation des désignations dans l'objectif d'assurer l'indépendance des membres choisis[204]. Si le mode de désignation au Conseil constitutionnel n'est pas ici en débat, il faut néanmoins s'interroger sur l'absence de toute condition de compétence juridique des futurs membres. La présence particulièrement limitée des professeurs de droit au Conseil constitutionnel trouve dans ce constat un écho

[203] Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la V^e^ République, J.O.R.F. du 24 juillet 2008, p. 11890.

[204] L'inopérance de la critique à propos de la politisation du mode de désignation des juges constitutionnels français est bien résumée par Jacques Robert : « *Ce mode de désignation a, bien sûr, été contesté. Il l'a été dès le départ. On lui a opposé d'autres systèmes, parfaitement concevables* […]. *Aucune technique de désignation n'est parfaite. Si elle existait, elle aurait depuis longtemps été expérimentée partout* » (J. Robert, *La garde de la République. Le Conseil constitutionnel raconté par l'un de ses membres*, Plon, Paris, 2000, 227 p., spéc. p. 21). Dans le même sens, voir P. Wachsmann, « Sur la composition du Conseil constitutionnel », *Jus Politicum*, n° 5, 2010, p. 4 : « *Il ne s'agira pas ici de critiquer le mode de désignation adopté en France en raison de la « politisation » qu'il induit. Ce reproche serait vain et l'on pourra toujours lui opposer que les juridictions étrangères n'y échappent en aucune manière* ».

particulier et les analyses menées par la doctrine sur les conditions de nomination contribuent à amoindrir la portée de la carence résultant de l'absence de condition de compétences juridiques.

78. Le développement et l'émancipation de la justice constitutionnelle en France a conduit à valoriser la place du juge de la Constitution comme garant fondamental de l'équilibre démocratique et de l'Etat de droit. Mais la valorisation de ce juge semble revêtir soit un intérêt purement théorique - et néanmoins indispensable car lié à la place et à la fonction du juge dans ce système - soit revêtir un intérêt pratique ne dépassant pas le cadre de sa production normative, ou l'étude générale de l'institution qu'il fait vivre. Pourtant, l'examen approfondi des conditions d'accès à la juridiction constitutionnelle et à sa composition devrait trouver une place similaire dans les recherches menées sur le Conseil constitutionnel tant la question renvoie, d'une part, à la conception que se fait le constituant du rôle de la juridiction constitutionnelle ; et, d'autre part, aux mécanismes essentiels qui sous-tendent les décisions constitutionnelles. Révélatrice de la conception que les constituants se faisaient du contrôle de constitutionnalité des lois[205], l'absence de condition en termes de compétence juridique n'a plus aujourd'hui la même résonance. Longtemps conçu comme un organe politique plus que comme une juridiction[206], le Conseil constitutionnel a en effet connu d'importants changements. Comme le relève Jean-Marie Denquin, « *l'influence profonde, voire prépondérante, de l'utopie normativiste l'a métamorphosé en Juge (avec majuscule) comme elle a métamorphosé la Constitution en norme* »[207]. Ce constat n'a pourtant pas induit une véritable critique de la doctrine sur l'absence de clause de compétence juridique pour être nommé au Conseil constitutionnel. Pour certains auteurs, les débuts de la V^{ème} République furent l'occasion de s'élever contre la composition du Conseil constitutionnel et la faiblesse

[205] « *Le fait que la Constitution de 1958 ne pose aucune condition de compétence pour faire partie du Conseil* […] *traduit en effet une certaine conception de l'institution. Celle-ci ne réunit pas des juristes mais des individus qui possèdent une expérience politique et sont censés jouir des lumières de la raison naturelle. Vision logique, dans la mesure où, en 1958, personne ne possédait une claire conscience de ce qu'implique un contrôle de constitutionnalité des lois. Le niveau de connaissance en la matière ne dépassait guère celui des auteurs qui raisonnaient sur ce thème sous la III^{ème} République* » (J.-M. Denquin, « La jurisprudence du Conseil constitutionnel : grandeur ou décadence du droit constitutionnel ? Un regard surplombant sur les libertés publiques », *Jus Politicum*, n° 7, 2012, p. 12).

[206] Les témoignages de Paul Coste-Floret lors des débats devant le Comité consultatif constitutionnel sont à cet égard significatifs de l'image véhiculée par le Conseil en 1958 même par un professeur de droit. Il y qualifiait en effet le Conseil constitutionnel « *d'organe politico-juridique ayant compétence pour statuer du point de vue de l'opportunité politique* », (*D.P.S.*, vol. 2, précité, p. 105).

[207] J.-M. Denquin, « La jurisprudence du Conseil constitutionnel : grandeur ou décadence du droit constitutionnel ? Un regard surplombant sur les libertés publiques », précité, p. 13.

des compétences juridiques de certains de ses membres. Charles Eisenmann[208] ou Maurice Duverger[209], ayant bien compris l'importance de faire une place aux professeurs de droit au sein de la juridiction constitutionnelle, adoptèrent une position critique vis-à-vis de l'indépendance des membres du Conseil, de leur rapport trop étroit au gaullisme et surtout de l'absence de capacités juridiques des membres, particulièrement en matière constitutionnelle. Ces critiques visant les conditions de nomination ainsi que les juges constitutionnels eux-mêmes furent peu à peu atténuées sous l'influence des travaux de Louis Favoreu[210]. Par la suite, peu d'auteurs entreprirent de véritablement critiquer l'absence de conditions de compétences juridiques pour la nomination au Conseil constitutionnel[211]. En effet, le constat toujours établi et souvent déploré par la doctrine de l'absence de conditions de compétences juridiques n'affecte pourtant jamais un autre constat : celui d'une institution qui fut depuis toujours composée à la fois de personnalités juridiquement compétentes[212] et de membres politiques dont l'expertise comme l'expérience restent indispensables à une institution devant « *traiter à la fois du juridique et du politique* »[213]. Cautions scientifiques servant la

[208] Il s'agit ici de l'article du Monde souvent cité de Charles Eisenmann (Ch. Eisenmann, « Palindromes ou stupeur », *Le Monde* du 5 mars 1959).

[209] M. Duverger, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 5e éd., 1960, 818 p., spéc. p. 649.

[210] L. Favoreu, « Le Conseil constitutionnel, régulateur de l'activité normative des pouvoirs publics », *R.D.P.*, 1967, pp. 5-120. En 1988, Louis Favoreu contribuera à une étude approfondie de la composition du Conseil constitutionnel lors d'une table ronde internationale sur les juges constitutionnels le 20 octobre 1988. Il y prit la défense du modèle français, relativisant d'autant la critique de la composition et de l'absence de conditions en termes de compétences juridiques des membres du Conseil constitutionnel (L. Favoreu, « Les juges constitutionnels – France », précité, pp. 141-154).

[211] Voir en ce sens F. Melleray, « Sur une exception française », *A.J.D.A.*, 2007, p. 553 ; P. Wachsmann, « Dignes, mais pauvres en droit(s) », *A.J.D.A.*, 2009, p. 2425 ; P. Wachsmann, « Sur la composition du Conseil constitutionnel », précité ; Philippe Ardant insiste sur l'insuffisance des règles conditionnant les nominations à l'institution, estimant qu'elles ont permis « *de procéder à des nominations sans garanties de compétence ou d'indépendance liées à la spécificité de l'institution, alors que les questions juridiques qui lui sont soumises sont en général délicates et politiquement sensibles* » (Ph. Ardant, « Le Conseil constitutionnel d'hier à demain », in *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz et P.U.F., Paris, 1999, pp. 731-747, spéc. p. 743.

[212] Pour Guy Carcassonne, par exemple, la compétence « *n'est pas le monopole des magistrats ou professeurs, surtout dans une science que l'on sait inexacte : si les grands juristes de telle cour constitutionnelle prestigieuse adoptent une position que, par une opinion dissidente, contestent d'autres membres de la même cour qui ne sont pas moins grands juristes, c'est bien qu'a quelque chose d'illusoire l'idée d'un droit pur qu'imposeraient des esprits qui le seraient tout autant* » (G. Carcassonne, « Gare aux faux bon sens », *R.D.A.*, 2012, n° 5, pp. 97-98, spéc. p. 97).

[213] G. Carcassonne, « Les membres du Conseil constitutionnel : 1958-2008 », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, hors-série 2009, pp. 10-13, spéc. p. 12. *Contra*, voir Philippe Ardant estimant que « *sans doute a-t-on pu faire valoir que la majorité de membres du Conseil avait reçu une formation juridique, mais pour la plupart à supposer même qu'elle ait été approfondie, elle resterait ancienne, peu nourrie par une pratique, réduite à des souvenirs vagues* » (P. Ardant, « Le Conseil constitutionnel d'hier à demain », précité p. 743.

légitimation du juge constitutionnel pensé comme véritable pouvoir juridictionnel[214], la plupart des auteurs adoptent une double position qui consiste à la fois à regretter l'absence de toute condition de compétence juridique imposée aux futurs membres et à louer, par l'observation de la pratique des nominations, la composition globale du Conseil constitutionnel depuis 1958. Dans son ouvrage consacré au Conseil constitutionnel, Henry Roussillon regrette par exemple que le statut du Conseil ne prévoie rien en matière de qualification juridique des futurs membres. Mais il précise néanmoins que « *la composition réelle du Conseil depuis l'origine se caractérise par la présence d'un nombre important de juristes parmi les plus éminents comme François Luchaire* […], *Georges Vedel* […], *Jacques Robert* »[215]. Il n'est ainsi pas rare que la doctrine constitutionnaliste s'emploie à établir un bilan global des nominations trouvant des exemples topiques de membres disposant de solides compétences juridiques qui répondent aux canons de composition attendue d'une juridiction constitutionnelle, au regard notamment du modèle de composition des juridictions constitutionnelles étrangères[216]. L'exemple des professeurs de droit ayant siégé dans l'institution tels Georges Vedel, François Luchaire, Marcel Waline ou encore Jacques Robert pour ne citer qu'eux, est ainsi souvent utilisé, relativisant d'autant l'absence de texte imposant une compétence juridique pour accéder au Conseil constitutionnel. Par exemple, en établissant un bilan global des nominations depuis 1958, Dominique Rousseau remarque que, malgré l'absence de condition de compétences juridiques, « *34 % des membres sont licenciés en droit, 15 % sont docteurs en droit et 14 % agrégés de droit. Ainsi, la pratique conduit à une proportion de juristes comparable à celle qu'à l'étranger le droit exige* »[217]. De la même manière, Pierre Avril et Jean Gicquel observent que le nombre des professeurs de droit et de science politique n'a cessé de baisser, passant d'un tiers des effectifs au dernier renouvellement à un seul en 2005. Ils énoncent en revanche que le Conseil constitutionnel

[214] F. Hourquebie, *Sur l'émergence du contre-pouvoir juridictionnel sous la V*ème *République*, Bruylant, Bruxelles, 2004, pp. 165-171.

[215] H. Roussillon, *Le Conseil constitutionnel*, Dalloz, coll. « Connaissance du droit », Paris, 7ème éd., 2011, 218 p., spéc. pp. 18-19. Voir encore G. Drago, *Contentieux constitutionnel français*, précité, pp. 174-177 ; D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, précité, pp. 62-70 ; F. Hamon, M. Troper, *Droit constitutionnel*, L.G.D.J., coll. « Manuel », Paris, 2013, 34ème éd., 744 p., spéc. p. 666 ; D. Turpin, *Droit constitutionnel*, P.U.F., coll. « Quadrige », Paris, 2ème éd., 2007, 846 p., spéc. pp. 761-763 ; L. Favoreu et *allii.*, *Droit constitutionnel*, Dalloz, coll. « Précis », Paris, 16ème éd., 2014, 1070 p., spéc. pp. 318-319.

[216] Pour une analyse de la composition des juridictions constitutionnelles étrangères et particulièrement de l'accès des professeurs de droit à ces juridictions, voir *infra* § 131 et s.

[217] L'auteur précise néanmoins qu'il existe une différence majeure avec la proportion de juristes à l'étranger : la permanence de leur présence, là où, en France, elle varie « *avec la plus ou moins grande sagesse des autorités nommantes* » (D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, précité, p. 62).

peut se prévaloir « *d'une rare richesse de talents et d'expériences : professeurs de droit (Marcel Waline, Georges Vedel, François Luchaire, Robert Badinter, Jacques Robert) et de science politique (Alain Lancelot, Jean-Claude Colliard)* »[218].

79. Si l'analyse consistant à comparer la composition réelle du Conseil constitutionnel à celle d'autres juridictions constitutionnelles étrangères peut se révéler pertinente, l'exemple des professeurs de droit comme témoin de légitimation ne l'est pas. En effet, la majeure partie de ces constitutions imposent des conditions de compétences juridiques aux autorités chargées de désigner les juges constitutionnels. De ce fait, elles ont su intégrer de façon constante dans leurs effectifs au moins un tiers de professeurs de droit. Pour exemple, la Cour constitutionnelle d'Autriche compte actuellement, parmi les quatorze membres la composant, sept professeurs de droit, dont le président Gerhart Holzinger. La comparaison semble ainsi trouver ses limites quand, en plus de cinquante années d'existence, seuls onze professeurs de droit furent nommés au Conseil constitutionnel. La doctrine agit donc par souci de légitimation de l'institution. Elle écarte la critique de la politisation de la composition du Conseil constitutionnel en mettant côte à côte absence de condition de compétences juridiques et bilan global des nominations. Dès lors, le consensus établi, visant à relativiser les conditions de nomination, amoindrit la portée réelle du risque induit par un système de nomination confiant le choix des juges constitutionnel à la seule « *sagesse des autorités de nomination* »[219], risque pouvant se matérialiser dans la nomination de membres trop peu compétents en droit.

80. Cela est d'autant plus vrai que de cette nomination voulue libre et indéterminée, il résulte une absence de contrôle sur le choix opéré par les trois autorités de nomination.

§ 2. Une nomination discrétionnaire

81. Non contentes de jouir d'une entière liberté dans le choix opéré, les autorités de nomination disposeraient en matière de nomination des membres du Conseil constitutionnel

[218] P. Avril, J. Gicquel, *Le Conseil constitutionnel*, précité, pp. 66-67.

[219] F. Goguel, « Le Conseil constitutionnel », *R.D.P.*, 1979, pp. 5-25, spéc. p. 7.

d'une compétence discrétionnaire. Selon Léon Michoud, il y a compétence discrétionnaire « *toutes les fois qu'une autorité agit librement, sans que la conduite à tenir lui soit dictée à l'avance par une règle de droit* »[220]. C'est dès lors « *l'indétermination de la règlementation juridique* »[221] qui induit l'existence d'un pouvoir discrétionnaire. Transposée à la compétence dont disposent les trois autorités de nomination des membres du Conseil constitutionnel, l'absence de toute condition de nomination inscrite dans la Constitution ou la loi organique constitue bien un « *jeu dans la règlementation juridique* »[222]. La liberté et la marge d'appréciation dont jouissent les trois autorités de nomination dans le choix des membres du Conseil constitutionnel révèlent l'existence d'une compétence voulue discrétionnaire par le constituant. Si cette liberté se déduit de l'indétermination de la règlementation relative aux conditions de nomination, elle s'accentue du fait de l'absence de contrôle sur le choix effectué par les autorités de nomination, et ce, en dépit de la volonté des constituants d'établir une nomination plus transparente et contrôlée avec la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008[223]. L'absence totale de contrôle des nominations avant 2008 (A) a laissé place à un droit de regard limité du Parlement sur les choix opérés par les trois autorités de nomination (B).

A. L'absence de contrôle avant 2008

82. L'entière liberté dont disposent les trois autorités de nomination s'accommode difficilement d'une procédure de contrôle. L'acte de nomination du Président de la République et des Présidents des assemblées est un acte fondamentalement politique, les

[220] L. Michoud, « Etude sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration », *R.G.A.*, 1914, tome III, pp.5-26, spéc. p. 9.

[221] Cette thèse est celle défendue par Charles Eisenmann : « *La source de la discrétionnalité c'est l'absence de détermination entièrement impérative, stricte de l'action, c'est l'incomplète ou l'imparfaite détermination, en bref, c'est l'indétermination de la règlementation juridique* » (Ch. Eisenmann, *Cours de droit administratif*, L.G.D.J., coll. « Anthologie du droit », tome II, 2013, 910 p., spéc. p. 429) ; Voir aussi R. Bonnard, « Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir », *R.D.P.*, 1923, pp. 5-34 ; M. Waline, « Le pouvoir discrétionnaire de l'administration et sa limitation par le contrôle juridictionnel », *R.D.P.*, 1930, pp. 197-223.

[222] Ch. Eisenmann, Cours de droit administratif, précité, p. 430. En ce sens voir aussi Roger Bonnard : « *Quand la loi se borne à établir la compétence sans préciser les conditions pour son exercice, il y a pouvoir discrétionnaire* » (R. Bonnard, « Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir », précité, p. 15).

[223] Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la V^{e} République, J.O.R.F. n°0171 du 24 juillet 2008, p. 11890. Voir aussi en ce sens le *Rapport du Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Ve République*, notamment la proposition n°8 et 75 (http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/074000697/0000.pdf).

membres du Conseil étant nommés par « *décision* » aux termes de l'ordonnance du 7 novembre 1958[224]. La cohérence voulue par les constituants dans la terminologie juridique employée - seul le Président de la République agissant par voie décrétale[225] - révèle bien l'existence d'une décision de nature politique prise par des autorités politiques agissant au titre d'une compétence exclusive et discrétionnaire. Mais cette « *décision* », pour laquelle il n'est imposé aucune condition de fond, n'est pas plus soumise à condition de motivation. Hormis une publication sèche au Journal Officiel des nominations au Conseil, seul un communiqué de presse des services de l'Elysée, du Sénat ou de l'Assemblée nationale permet d'émettre, et parfois de détailler, sans être jamais motivés, les choix opérés[226].

83. Les modalités d'un tel contrôle seraient néanmoins difficiles à mettre en place. Au regard du droit comparé, aucune des juridictions constitutionnelles européennes n'a organisé ce type de contrôle des nominations. Les conditions en termes d'âge, de diplôme, de carrière professionnelle ou encore d'expérience[227] sont autant de garanties rendant tout contrôle des nominations superfétatoire. Il semblerait ainsi difficile d'imaginer un contrôle juridictionnel portant sur la décision des trois autorités de nomination. Rien dans la décision évoquée ne serait susceptible de faire l'objet d'un contrôle, l'absence de motifs de droit dans la décision faisant courir le risque trop grand d'un contrôle de l'opportunité du choix opéré en l'absence de conditions de nomination. Seule est donc susceptible de recours la « *décision* » de nomination d'un membre du Conseil constitutionnel par le Président de la République. En 1998, la décision de Jacques Chirac de nommer Pierre Mazeaud fut contestée devant le Conseil d'Etat. Du point de vue de la compétence, seule la décision de nomination du Président de la République pouvait faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir, les deux autres autorités de nomination n'étant pas des autorités administratives[228]. Au fond, la requérante faisait valoir que la décision de nomination de Pierre Mazeaud était entachée d'une erreur manifeste d'appréciation, M. Mazeaud ne remplissant pas, d'après elle, les garanties

[224] Article 1 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, J.O.R.F. du 9 novembre 1958, p. 10129.

[225] J. Thomas, *L'indépendance du Conseil constitutionnel*, précité, p. 172.

[226] Voir par exemple la nomination de Nicole Belloubet au Conseil constitutionnel par Jean-Pierre Bel et rendue publique par un communiqué de presse des services du Sénat le 12 février 2013, *http://www.senat.fr/presse/cp20130212.html*.

[227] Voir *infra* § 131 et s.

[228] P.-L. Frier, J. Petit, *Droit administratif*, Montchrestien, Paris, 2013, 8ème éd., 634 p, spéc. pp. 332-334.

d'impartialité suffisantes à l'exercice de sa fonction. La question du contrôle d'une nomination au Conseil constitutionnel, soulevée pour la première fois, sera définitivement vidée par le Conseil d'Etat. Dans un considérant unique et lapidaire, il rejette en effet la demande comme étant portée devant une juridiction incompétente semblant implicitement rattacher le décret de nomination à un acte de Gouvernement[229]. La solution se comprend, puisque, comme le souligne François Luchaire, d'après les articles 10 et 11 de l'ordonnance du 7 novembre 1958, le Conseil constitutionnel est seul compétent pour prononcer la démission d'office d'un de ses membres. Le parallélisme des formes pourrait ainsi naturellement conduire à faire du Conseil constitutionnel le seul juge de l'investiture dans la fonction de juge[230].

84. Si le contrôle des nominations des membres du Conseil constitutionnel ne peut s'envisager sous l'angle juridictionnel, la voie du contrôle parlementaire sur une décision de nature politique et suivant l'exemple de certains pays étrangers[231], a semblé au constituant plus appropriée pour contrôler les nominations au Conseil constitutionnel. C'est ici l'apport minime de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008.

---

[229] C.E, Ass., 9 avril 1999, *Mme Ba*, Rec., p. 124 : « *Considérant qu'il n'appartient pas à la juridiction administrative de connaître de la décision par laquelle le Président de la République nomme, en application des dispositions de l'article 56 de la Constitution du 4 octobre 1958, un membre du Conseil constitutionnel ; que, dès lors, la requête par laquelle Mme Ba demande l'annulation de la décision du 21 février 1998 du Président de la République nommant M. Mazeaud comme membre du Conseil constitutionnel doit être rejetée comme portée devant une juridiction incompétente* ». Cet arrêt fit naître une nouvelle incertitude quant à la nature juridique de l'acte de nomination d'un membre du Conseil constitutionnel. Plus précisément il s'est agi de savoir si l'acte de nomination d'un membre du Conseil constitutionnel était, au regard de la décision rendue, un acte de gouvernement. En ce sens, voir J.-P. Camby, « La nomination des membres du Conseil constitutionnel, ou la liberté absolue de choisir (A propos de l'arrêt du Conseil d'Etat « Mme Ba » du 9 avril 1999) », *R.D.P.*, 1999, n° 6, pp. 1573-1583. Voir aussi J. Robert, « Nature juridique de la décision de nomination des membres du Conseil constitutionnel : à propos de l'arrêt Dame Ba du Conseil d'Etat », *Les Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n° 7, 1999, pp. 109-113.

[230] F. Luchaire, *Le Conseil constitutionnel*, tome I, précité, p. 68.

[231] L'exemple le plus significatif est celui de la procédure de nomination des membres du Tribunal constitutionnel espagnol. Les nominations effectuées par le Roi, sur proposition des Chambres, du Gouvernement et du Conseil général du pouvoir judiciaire, font l'objet d'une procédure d'audition des membres choisis devant les commissions permanentes de nomination du Congrès des députés et du Sénat. Voir L. Favoreu et W. Mastor, *Les Cours constitutionnelles*, Dalloz, coll. « Connaissance du droit », Paris, 2011, 161 p., spéc. p. 42. Voir aussi, *Étude de législation comparée n° 179 - novembre 2007 - La composition des cours constitutionnelles*, http://www.senat.fr/lc/lc179/lc179_mono.html#fn4.

B. Un droit de regard limité du Parlement depuis 2008

85. La révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 a été l'occasion pour le constituant dérivé d'élaborer une nouvelle procédure de nomination, voulue plus transparente et moins discrétionnaire[232]. Modifiant l'article 13 et l'article 56 de la Constitution, la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 impose l'organisation d'un contrôle préalable des nominations au Conseil constitutionnel par les commissions permanentes compétentes des deux assemblées[233]. La nomination est soumise à une formalité substantielle : recueillir l'avis public des deux assemblées, dans des conditions différant en fonction des autorités de nomination. La proposition faite par le Président de la République est ainsi soumise à l'avis des deux commissions permanentes compétentes de chacune des assemblées, et le Président ne peut procéder à une nomination lorsque l'addition des votes négatifs dans chaque commission représente au moins trois cinquièmes des suffrages exprimés au sein des deux commissions. Les candidats proposés par les présidents de l'Assemblée nationale et du Sénat sont, quant à eux, seulement auditionnés par la commission compétente de l'assemblée concernée. Au terme d'une audition publique et ouverte à la presse, chaque commission compétente dispose désormais d'un droit de veto à la majorité des trois cinquièmes, marquant une évolution significative de la procédure de nomination des membres du Conseil constitutionnel qu'il convient de souligner[234].

---

[232] Voir l'exposé des motifs de la Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République, spécialement les développements relatifs à l'article 4 du projet de loi constitutionnelle (http://www.legifrance.gouv.fr/affichLoiPubliee.do;jsessionid=7415327A5E70BFE7D9AD0084D9B47CB1.tpdjo11v_3?idDocument=JORFDOLE000018688554&type=expose&typeLoi=&legislature=).

[233] L'alinéa 5 de l'article 13 de la Constitution prévoit désormais : « *Une loi organique détermine les emplois ou fonctions, autres que ceux mentionnés au troisième alinéa, pour lesquels, en raison de leur importance pour la garantie des droits et libertés ou la vie économique et sociale de la Nation, le pouvoir de nomination du Président de la République s'exerce après avis public de la commission permanente compétente de chaque assemblée. Le Président de la République ne peut procéder à une nomination lorsque l'addition des votes négatifs dans chaque commission représente au moins trois cinquièmes des suffrages exprimés au sein des deux commissions. La loi détermine les commissions permanentes compétentes selon les emplois ou fonctions concernés* ». L'article 56 dans sa nouvelle rédaction fait l'objet d'un ajout et dispose désormais : « *Trois des membres sont nommés par le Président de la République, trois par le président de l'Assemblée nationale, trois par le président du Sénat. La procédure prévue au dernier alinéa de l'article 13 est applicable à ces nominations. Les nominations effectuées par le président de chaque assemblée sont soumises au seul avis de la commission permanente compétente de l'assemblée concernée* ».

[234] Décision n° 2010-610 DC du 12 juillet 2010, *Loi relative à l'application du cinquième alinéa de l'article 13 de la Constitution,* J.O.R.F. du 24 juillet 2010, p. 13670. Conformément au nouvel article 13, une loi a permis de déterminer que les commissions chargées des lois constitutionnelles de chacune des assemblées seraient compétentes pour émettre un avis sur les nominations au Conseil constitutionnel (Article 3 de la loi relative à

86. En réalité, le contrôle ainsi mis en place n'affecte qu'*a minima* le caractère libre et discrétionnaire des nominations. D'une part, l'objet du contrôle réside dans une audition dont les contours semblent mal définis (1). D'autre part, le droit de veto n'est pas efficace car ses conditions de réalisation sont trop contraignantes (2).

1. Un contrôle mal délimité

87. Pour mener à bien les auditions des membres pressentis, les parlementaires ne disposent que de peu d'instruments indiquant la procédure à suivre dans la conduite des discussions. La nouvelle rédaction des règlements des assemblées à la suite de la révision constitutionnelle n'a pas plus permis d'encadrer la procédure de nomination. Seules des règles générales de procédure viennent aménager le déroulement des auditions. Le règlement modifié du Sénat prévoit ainsi la saisine de la commission par le président du Sénat, l'avis qu'elle doit rendre, la nature du scrutin et la transmission au président du Sénat de cet avis et du résultat du scrutin[235]. L'Assemblée nationale a davantage développé la procédure dans le règlement tel qu'issu de sa rédaction du 27 mai 2009. La commission des lois est ainsi appelée à rendre un avis à l'issue d'une audition publique, sous réserve de la préservation du secret professionnel ou du secret-défense[236], des affaires étrangères, de la sécurité intérieure ou extérieure de l'Etat, ainsi que la séparation du pouvoir judiciaire des autres pouvoirs constitués[237]. Malgré tout, aucune de ces précautions élémentaires ne conduit à resserrer la marge de manœuvre dont disposent les parlementaires pour mener les auditions des membres pressentis.

---

l'application du cinquième alinéa de l'article 13 de la Constitution, J.O.R.F. du 24 juillet 2010, p. 13642). La loi organique votée conformément aux prescriptions du nouvel article 13 a interdit toute délégation de vote relative à la nouvelle procédure de contrôle des nominations, source d'une opposition farouche entre l'Assemblée nationale et le Sénat, ce dernier y étant favorable. Le débat sera définitivement clos à la suite de la décision du Conseil constitutionnel jugeant la loi organique conforme à la Constitution (G. Bergougnous, « De l'application récente des dispositions constitutionnelles et organiques à la nomination d'un membre du Conseil constitutionnel », *Constitutions*, 2010, n° 4, pp. 507-509 ; H. Jozefowicz, « Le diable gît-il dans les détails ? Le Conseil constitutionnel met fin au long feuilleton du contrôle des nominations présidentielles », *Politeia*, n° 17, 2010, pp. 413-433 ; G. Drago, *Contentieux constitutionnel français*, précité, p. 174 ; T. S. Renoux, M. de Villiers, *Code constitutionnel*, Lexis-Nexis, Paris, 2013, 1771 p., spéc. pp. 761-762).

[235] Article 19 *bis* du règlement du Sénat.

[236] Article 29 du règlement de l'Assemblée nationale.

[237] Décision n° 2009-581 DC du 25 juin 2009, *Résolution tendant à modifier le règlement de l'Assemblée nationale*, J.O.R.F. du 28 juin 2009, p. 10867.

88. Les premières auditions furent l'occasion d'apprécier les contours du nouveau contrôle des nominations élaboré en 2008[238]. Elles conduisirent les membres des commissions compétentes à interroger les personnalités pressenties à la nomination au Conseil constitutionnel, tour à tour sur leur conception de la justice constitutionnelle, sur la nature juridique du Conseil constitutionnel, sur les rapports entre système juridique interne et communautaire ou bien encore sur le rôle des Assemblées parlementaires. Les auditions qui suivirent ne manquèrent pas de généraliser une pratique visant à mener une audition mettant en danger le devoir de réserve que doivent observer les membres du Conseil constitutionnel[239]. Il n'est pas rare en effet que des questions orientent le candidat vers des réponses le conduisant à révéler ses positions sur diverses matières relevant pourtant parfois de la « *compétence du Conseil constitutionnel* »[240]. Cette observation permet de tracer les limites propres à ces auditions en déterminant deux types de situations allant directement à l'encontre de l'intérêt du Conseil constitutionnel. D'une part, l'orientation des auditions amène à connaître par avance les positions que le futur membre pourrait défendre au cours de son office de juge constitutionnel, si aucune sanction parlementaire ne venait s'opposer à sa nomination[241]. D'autre part, le déroulement des auditions a parfois invité les auditionnés à prendre directement position sur des sujets « *relevant de la compétence du Conseil constitutionnel* » au sens de l'article 3 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 ou bien sur des questions ayant fait ou susceptibles de faire l'objet d'une décision du Conseil au sens de

[238] Les premières auditions, lors du renouvellement triennal de février 2010, ont permis aux commissions des lois des deux assemblées d'auditionner pour la première fois Michel Charasse dont la candidature fut proposée par le Président de la République, Hubert Haenel, choix du président du Sénat, et Jacques Barrot proposé par le président de l'Assemblée nationale. L'inauguration de la procédure se fit cependant dans des conditions particulières. Les discussions relatives à l'adoption de la loi portant application de l'alinéa 5 de l'article 13 de la Constitution ayant conduit à la réunion d'une commission mixte paritaire, n'ont conduit à une adoption définitive que le 15 juin 2010. Dans ces conditions, si les auditions se sont effectivement déroulées devant les commissions des lois, les parlementaires n'ont pu être habilités à exercer leur nouveau droit de veto. C'est en août 2010 que fut pour la première fois complètement utilisée la procédure nouvelle lors de l'audition de Claire Bazy Malaurie nommée par le président du Sénat en remplacement de Jean-Louis Pezant.

[239] Lors du renouvellement triennal de février 2013, Nicole Maestracci proposée par le Président de la République et Nicole Belloubet, choix du président du Sénat, furent à leur tour auditionnées devant les commissions des lois des deux assemblées.

[240] Article 3 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 *portant loi organique sur le Conseil constitutionnel*.

[241] Ce fut le cas par exemple lors de l'audition d'Hubert Haenel, l'ayant conduit à s'engager, en des termes peu équivoques, à faire valoir les particularités du Sénat ajoutant que « *la présence de deux anciens sénateurs au Conseil constitutionnel permettrait à celui-ci de mieux comprendre la spécificité de la Haute assemblée* » (*Audition du candidat proposé par le président du Sénat à la nomination au Conseil constitutionnel* du 24 février 2010, http://www.senat.fr/compte-rendu-commissions/20100222/lois.html#toc10).

l'article 7 de l'ordonnance du 7 novembre et à propos desquelles ils auraient dû plus sûrement garder le silence. L'audition de Michel Charasse l'a ainsi conduit à révéler sa position sur la question du principe constitutionnel d'indépendance des professeurs d'université dégagé par le Conseil constitutionnel en 1984[242]. Interrogé par René Dosière sur l'importance de la présence d'universitaires dans la composition de l'institution et rappelant l'apport de l'expertise juridique de Georges Vedel au Conseil constitutionnel, Michel Charasse répondra : « *il a quand même fait quelque chose au Conseil constitutionnel, le Doyen Vedel, que moi je n'aurais pas fait : ériger en principe constitutionnel le principe de l'inamovibilité des professeurs de droit. Je trouve que c'était vraiment un côté je suis épicier, et pour mon épicerie, je me conserve mon truc* »[243].

89. A l'occasion du dernier renouvellement triennal, l'audition de Nicole Belloubet par la commission des lois du Sénat en février 2013 fut révélatrice de l'orientation ainsi décrite prise par les auditions. Mais dans le même temps, l'audition de Nicole Belloubet révèle d'autres particularités, tenant à la qualité de professeur de droit de la candidate.

90. C'est bien avant tout comme professeur de droit que la candidate se présente lorsqu'elle déclare : « *Je suis professeure de droit, et ma nomination au Conseil constitutionnel, institution centrale de notre République, revêt à cet égard un sens particulier* ». Dès les premières questions, les débats se sont ainsi majoritairement orientés vers cette qualité révélant d'autant plus les défauts de la délimitation du déroulement des auditions. Par exemple, après avoir rappelé que la résolution des questions auxquelles serait confronté le Conseil aurait à gagner de l'exploitation des compétences juridiques universitaires de la candidate, le sénateur Gaëtan Gorce sollicite son avis sur le débat concernant la fin de vie, sur la conciliation du droit à la vie avec la liberté individuelle. Au surplus, il interroge la candidate sur le point de savoir si constitutionnellement, la compétence en matière de cumul des mandats doit être partagée entre les deux assemblées ou si elle relève de la compétence exclusive de l'Assemblée nationale, seule compétente pour fixer le statut

[242] Décision n° 83-165 DC du 20 janvier 1984, *Loi relative à l'enseignement supérieur*, J.O.R.F. du 21 janvier 1984, p. 365.

[243] http://videos.assemblee-nationale.fr/video.1139. La version du compte-rendu est très édulcorée : « *Je n'aurais pas, comme lui, érigé en principe constitutionnel l'inamovibilité des professeurs de droit : c'était une mesure corporatiste* » (http://www.assemblee-nationale.fr/13/cr-cloi/09-10/c0910046.asp). Voir aussi O. Beaud, *Les libertés universitaires à l'abandon*, Dalloz, coll. « Les sens du droit », Paris, 2010, 345 p., spéc. p. 307.

des parlementaires dans leur ensemble[244]. Autrement dit, les questions auxquelles la candidate fût confrontée visaient à mobiliser ses compétences techniques et concernaient directement des sujets relevant de la compétence du Conseil au sens de l'article 3 de l'ordonnance du 7 novembre 1958, mettant de ce fait en péril l'intérêt de l'institution ainsi que le devoir de réserve du futur membre.

91. Un autre exemple révèle une tendance similaire. Le sénateur Patrice Gélard, lui-même professeur de droit, semble avoir à cœur de sonder directement les qualités scientifiques de la candidate remettant en cause le motif premier de sa nomination lorsqu'il s'exprime en ces termes : « *Quelles disciplines enseigniez-vous à Paris comme à Toulouse ? Votre spécialité paraît plutôt être la science administrative. Quels ont été vos travaux de recherche, même si vos fonctions de rectrice ou de Vice-présidente d'une région ont pu ne vous laisser que peu de temps pour vous y consacrer ? Vous n'avez pas présenté votre vision du Conseil constitutionnel. Votre présentation, magnifique pour un candidat à des élections sénatoriales, convenait moins à une personne proposée à la nomination au Conseil constitutionnel* »[245]. Répondant à Patrice Gélard, Nicole Belloubet rappelle qu'en tant que professeur de droit public, elle a assuré des cours de droit administratif, de droit constitutionnel et de droit communautaire, justifiant ainsi l'étendue de ses compétences plus tôt remises en cause[246].

92. Il semble ainsi que l'indétermination des règles de procédures spécifiques à ces auditions soit une des causes des difficultés à séparer ce qui relève de sujets sur lesquels les futurs membres ne pourraient plus s'exprimer par la suite et ceux pour lesquels ils disposent d'une totale liberté de parole. C'est d'ailleurs ce que relève le sénateur Gaëtan Gorce en des termes peu équivoques : « *Mes questions portaient, à dessein, sur des sujets qui entreront bientôt dans le champ de la discussion : le respect du droit à la vie et la liberté individuelle,*

[244] Compte rendu publié en ligne du professeur Nicole Belloubet du 20 février 2013 devant la commission des lois du Sénat, http://www.senat.fr/compte-rendu-commissions/20130218/lois.html#toc6. Voir aussi, pour une lecture moins édulcorée du déroulement de l'audition, la vidéo de retranscription de l'audition, http://videos.senat.fr/video/videos/2013/video16786.html.

[245] http://www.senat.fr/compte-rendu-commissions/20130218/lois.html#toc6.

[246] « *Monsieur Gélard, comme tout enseignant de droit public, j'ai dispensé des cours de droit administratif, de droit constitutionnel et de droit communautaire ; actuellement à l'Institut d'études politiques j'enseigne essentiellement le droit européen. Je retrouverai avec bonheur le droit constitutionnel !* » (http://www.senat.fr/compte-rendu-commissions/20130218/lois.html#toc6).

le non-cumul des mandats. Vous ne pouvez pas y répondre. Telle est l'ambiguïté de cette audition. Certes, la possibilité de se prononcer sur une proposition de nomination au Conseil constitutionnel représente un progrès pour le Parlement. […] *Les questions d'ordre politique sont interdites car le candidat ne saurait se prononcer à l'avance sur les textes qu'il aura à examiner. Nous constituons pourtant une assemblée politique, non un jury de concours, et il ne nous appartient pas de nous prononcer sur l'aptitude professionnelle de Mme Belloubet. De deux choses l'une : ou le Conseil constitutionnel a vocation à fonctionner comme un tribunal indépendant du pouvoir politique, et la question de la manière dont ses membres sont nommés reste posée, ou il assume sa fonction politique et alors nous devons pouvoir tenir un débat sur le fond, sans quoi cette réunion se limite à un entretien convivial validant un processus qui reste sous le contrôle de l'exécutif* »[247].

93. La procédure envisagée révèle, dans l'esprit seulement, des similitudes avec celle en vigueur aux Etats-Unis pour la nomination des membres de la Cour suprême par le Président. Les membres pressentis à la fonction sont d'abord soumis à une enquête de moralité par le Federal Bureau of Investigation et le Bureau de l'éthique Gouvernementale avant que le candidat ne soit auditionné par la commission compétente du Sénat[248]. Le Sénat intervient finalement pour confirmer la nomination du Président et ainsi que le démontre Wanda Mastor, « *au final, il semblerait que le consentement du Sénat dépende de la réponse à la question suivante : comment va se comporter le candidat une fois nommé à la Cour suprême ?* »[249]. Si l'orientation des questions posées par les membres du Sénat est traditionnellement très politisée, et si ces dernières incitent les futurs membres de la Cour suprême à révéler leurs positions, qu'elles soient politiques ou juridiques, la culture constitutionnelle comme les procédures inhérentes au contrôle de constitutionnalité par la Cour suprême justifient un tel déroulement des auditions[250]. En effet, la possibilité offerte à ses membres d'exprimer à l'issue des décisions des opinions séparées n'affecte en rien la situation qui les verrait, au cours de leur audition devant le Sénat, révéler leur position sur des questions relevant

[247] *Ibidem*.

[248] Sur les rapports entre éthique, histoire et procédure de sélection des juges à la Cour suprême des Etats-Unis, voir J. Ceaser, « Le processus de sélection des juges », *Pouvoirs*, n° 59, 1991, pp. 31-43. Voir aussi M. H. Davis, « Les juges constitutionnels – Etats-Unis », *A.I.J.C.*, 1988, pp. 133-139.

[249] W. Mastor, *Les opinions séparées des juges constitutionnels*, Economica/P.U.A.M., Paris, 2005, 361 p., spéc. p. 226.

[250] Voir en ce sens, G. Scoffoni, « La légitimité du juge constitutionnel en droit comparé : les enseignements de l'expérience américaine », *R.I.D.C.*, 1999, n° 2, pp. 247-280.

directement de la compétence de la Cour suprême. Au contraire, les opinions séparées y sont reconnues comme des conditions de la légitimité et de l'indépendance des juges constitutionnels[251] dont les décisions doivent, dans la tradition juridique de la *common law*, faire œuvre de la plus grande transparence. Or, dans le cas français, la faiblesse de l'encadrement des auditions parlementaires produit des situations allant parfois directement à l'encontre de la règle du secret des opinions des juges nécessaire à la sauvegarde de l'impartialité des juges.

94. Néanmoins, il semble que la réforme voulue par le constituant dérivé remplisse son rôle au regard de la transparence du processus de nomination. L'audition publique, ouverte à la presse, comme l'avis rendu sur le membre pressenti, renforcent l'exigence de nominations justifiées car elles engagent la crédibilité politique de l'autorité de nomination. L'exemple des trois dernières nominations pourrait en être la preuve sans qu'il soit certain d'y voir une relation de cause à effet. Le choix de deux magistrats et d'un professeur de droit semble démontrer que la nouvelle procédure incite à des nominations qui devront recueillir l'aval de l'opinion publique[252], au risque pour les autorités compétentes de perdre une partie de leur « *capital politique* »[253]. Cette incitation en creux à des choix éclairés ne contribue pas pour autant à réduire la marge de manœuvre discrétionnaire dont dispose l'autorité de nomination, ni à préserver le devoir de réserve des futurs membres. Comme le précise Olivier Jouanjan, « *la novation devrait donc être très limitée dans ses effets. À tout le moins, cependant, devrait-il s'instaurer en amont de la nomination un certain débat public qui rompra avec le système du silence, de la spéculation et de la surprise qui tient aujourd'hui lieu de procédure de nomination* »[254].

[251] W. Mastor, Les opinions séparées des juges constitutionnels, précité p. 229.

[252] En février 2013 après concertation entre les trois autorités de nomination, furent pressenties et nommées au Conseil constitutionnel, Nicole Maestracci, Nicole Belloubet et Claire Bazy Malaurie. Ces nominations ont semblé faire l'objet d'un consensus auprès de l'opinion publique associant la parité à la compétence juridique (P. Roger, T. Wieder, « Trois femmes siègeront au Conseil constitutionnel », *Le Monde.fr* du 14 février 2013).

[253] D. Maherzi, « La réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008 et le pouvoir de nomination du Président de la République rénové », *Politeia*, n° 17, 2010, pp. 435-458, spéc. p. 451.

[254] O. Jouanjan, « Modèles et représentations de la justice constitutionnelle en France : un bilan critique », *Jus Politicum*, n° 2, p. 13.

95. Si les formes des auditions sont mal délimitées, laissant naître des risques pour l'institution et ses futurs membres, la portée effective du contrôle auquel elles aboutissent reste de surcroît très limitée.

2. Un contrôle inefficace

96. Pour Dominique Rousseau, « *le constituant de 2008 a suivi une autre voie, plus favorable à la liberté des autorités de nomination qu'au contrôle parlementaire* »[255]. En effet, le dispositif élaboré en juillet 2008 a conduit à accompagner la procédure d'audition d'un vote en commission, qui, sous réserve de la réunion de certaines conditions, pourrait se transformer en un droit de veto au choix de l'autorité de nomination. Pour les nominations envisagées par le Président de la République, les articles 13 alinéa 5 et 56 de la Constitution révisée prévoient, en effet, que la nomination ne peut avoir lieu si « *l'addition des votes négatifs dans chaque commission représente au moins trois cinquièmes des suffrages exprimés au sein des deux commissions* ». Les choix effectués par les présidents des deux Assemblées ne font, quant à eux, l'objet d'un vote qu'au sein de chacune des commissions compétentes de la seule Assemblée qu'ils président. Il convient donc de s'interroger sur la portée d'un tel contrôle, tant les conditions politiques nécessaires à la réalisation du droit de veto sont contraignantes. En réalité, le droit de veto ne peut être exercé qu'à la seule condition qu'une alliance politique au sein du Parlement entre la majorité et l'opposition soit réalisée. Or, en raison du fait majoritaire, inhérent au fonctionnement de la V^{ème} République, ce consensus apparaît peu réalisable, particulièrement à l'encontre des nominations du Président de la République, les deux commissions étant associées dans la procédure de veto[256].

97. A suivre la logique de la réforme, peut-être eût-il mieux valu élaborer une procédure de confirmation des nominations sous la forme d'un avis public favorable, à l'issue d'un vote

[255] D. Rousseau, « Une procédure de nomination toujours discutable », *L.P.A.*, n° 254, 19 décembre 2008, pp. 101-103, spéc. p. 103.

[256] A ce titre, comme le relève Dominique Rousseau : « *Avec un Sénat structurellement à droite par son régime électoral, la logique bipolaire et la discipline de vote du parti présidentiel majoritaire à l'Assemblée, il est quasiment impossible que cette majorité de blocage soit atteinte à la fois et en même temps au Sénat et à l'Assemblée nationale* », voir D. Rousseau, Droit du contentieux constitutionnel, précité, p. 60 ; c'est aussi ce qu'il nomme un « *vrai-faux contrôle parlementaire* », voir D. Rousseau, « Une procédure de nomination toujours discutable », précité, p. 102.

au seuil de majorité abaissé, de façon à éviter tout risque de blocage des nominations par l'opposition[257]. Cette solution aurait permis d'associer utilement les parlementaires à la procédure de nomination en sanctionnant positivement le choix effectué par les trois autorités de nomination. Elle aurait également incité davantage à des choix éclairés induits par l'obligation pour les autorités de nomination de recueillir l'avis favorable des parlementaires à une majorité au seuil abaissée. La portée limitée du contrôle parlementaire mis en place en 2008 a aussi conduit certains auteurs à promouvoir l'idée d'un système de contrôle des nominations nécessitant un avis positif des commissions à la majorité des trois cinquièmes, imposant dès lors un accord négatif entre majorité et opposition[258]. Si la condition d'un avis favorable à la majorité des trois cinquièmes incite à un choix centré sur les qualités académiques d'un candidat plutôt que sur son appartenance politique, il semble néanmoins que cette solution risque d'entraîner un blocage politique des nominations et une impossibilité de s'entendre entre la majorité et l'opposition sur les membres pressentis. De plus, lorsque le Conseil d'Etat a été consulté sur le projet de révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, ses membres ont attiré l'attention des constituants dérivés sur les risques de déséquilibre et d'inefficacité de la procédure d'audition et de vote en commission : « *La triple circonstance que le Conseil constitutionnel juge les lois adoptées par le Parlement, qu'il connaît du contentieux des élections législatives et sénatoriales et que les deux tiers de ses membres sont désignés par les présidents des deux assemblées a fait douter le Conseil d'État de l'opportunité de soumettre les nominations à l'avis d'une commission composée de membres du Parlement* »[259].

98. Finalement, le dispositif de contrôle des nominations mis en place dans le cadre de la révision du 23 juillet 2008 n'affecte qu'*a minima*, et en creux, la liberté dont disposent les

[257] L'exemple des modalités de désignation des juges constitutionnels italiens démontre à quel point la recherche du compromis politique peut être facteur de blocage institutionnel. L'article 135 de la Constitution italienne réserve un tiers de la désignation des quinze juges constitutionnels au Parlement réuni en séance commune au terme d'un vote à la majorité des deux tiers des membres de l'assemblée au premier et au deuxième tours et à la majorité des trois cinquièmes aux tours suivants. Lors des premières nominations, l'impossibilité de parvenir à un compromis politique aura conduit à un blocage politique des nominations de huit années entre 1948 et 1956. Voir L. Favoreu, W. Mastor, *Les Cours constitutionnelles*, précité, p. 38. Voir également A. Pizorusso, « Présentation de la Cour constitutionnelle italienne », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 6, 1999, pp. 22-35, spéc. p. 23.

[258] Voir en ce sens D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, Montchrestien, Paris, 9ème édition, 2010, 586 p., spéc. p. 60.

[259] Conseil d'Etat, *Rapport public 2009. Activité juridictionnelle et consultative des juridictions administratives*, La Documentation Française, Paris, 2009, 334 p., spéc. p. 65.

trois autorités de nomination dans le choix des membres du Conseil constitutionnel[260]. A ce titre, à l'instar de tous les candidats à la nomination, les professeurs de droit ne bénéficient d'aucune condition favorable incitant à des choix transparents guidés par la compétence juridique. La réforme de 2008 n'affecte pas ce constat. Il reste que, si les professeurs de droit ne voient pas leur accès au Conseil constitutionnel facilité par des conditions de nomination qui leur seraient favorables, les statuts du Conseil constitutionnel ont été aménagés, revenant sur le droit qui était accordé aux professeurs de droit nommés de poursuivre leurs activités d'universitaires. D'où la nécessité d'analyser comment, et dans quelles conditions, la qualité de membre du Conseil constitutionnel est rendue désormais incompatible avec celle de professeur de droit.

Section 2. L'incompatibilité entre l'activité de professeur de droit et celle de membre du Conseil constitutionnel

99. En tant que fonctionnaires, les professeurs de droit sont assujettis aux règles générales du statut de la fonction publique[261] ainsi qu'aux règles du statut particulier des enseignants-chercheurs[262]. Au regard de ces dispositions, et contrairement aux règles générales interdisant le cumul d'activité publique ou privée avec l'exercice de la mission du fonctionnaire, les professeurs de l'enseignement supérieur pouvaient cumuler leur fonction avec une autre activité, et spécifiquement avec celle de membre du Conseil constitutionnel. Depuis 1995, le régime des incompatibilités applicables aux professeurs de droit avait évolué de manière à prendre en compte la situation particulière de certains membres du Conseil et particulièrement des professeurs de droit (§ 1).

[260] Dominique Schnapper se demandait si l'audition des candidats « *par une commission parlementaire aura pour heureuse conséquence d'empêcher les puissances de nominations de faire des choix qui pourraient paraître honteux ou scandaleux* » (D. Schnapper, Une sociologue au Conseil constitutionnel, précité, p. 195). La récente nomination de Lionel Jospin par Claude Bartolone, le 18 décembre 2014, offre une réponse à cette interrogation et démontre l'inefficacité du contrôle n'affectant que dans une trop faible mesure la liberté de choix des autorités de nomination.

[261] Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, *J.O.R.F.* du 14 juillet 1983 p. 2174 et Loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat, *J.O.R.F.* du 12 janvier 1984, p. 271.

[262] Décret n°84-431 du 6 juin 1984 fixant les dispositions statutaires communes applicables aux enseignants-chercheurs et portant statuts particuliers du corps des professeurs des universités et du corps des maîtres de conférences, *J.O.R.F.* du 8 juin 1984, p. 1784.

100. Cependant, la loi organique du 11 octobre 2013 a transformé en profondeur le régime des incompatibilités applicables aux membres du Conseil. Alors que les professeurs de droit voyaient leur accès facilité par la dérogation à l'interdiction de cumul des fonctions qui leur était accordée, désormais, les fonctions de membre du Conseil sont incompatibles avec l'exercice de toute fonction publique ou toute activité professionnelle ou salariée. Seule une dérogation est préservée pour les travaux scientifiques, littéraires ou artistiques. Les professeurs de droit seront désormais dans l'obligation de cesser leurs enseignements pour pouvoir exercer les fonctions de juge constitutionnel. La loi organique a alors probablement édicté un régime d'incompatibilités tenant insuffisamment compte de la situation spécifique des professeurs d'université (§ 2).

§ 1. L' évolution du régime des incompatibilités applicable aux professeurs de droit

101. A l'origine, les membres du Conseil constitutionnel pouvaient continuer d'exercer n'importe quelle activité professionnelle à la seule exception, prévue par les statuts de l'institution, de celles de membre du Gouvernement, du Parlement ou du Conseil économique et social[263]. *A contrario*, toutes les autres fonctions et donc celle de professeur des universités, étaient compatibles avec l'activité de juge constitutionnel. Reste que, jusqu'à la loi organique du 19 janvier 1995[264], les statuts applicables aux membres du Conseil n'avaient pas spécifiquement pris en compte cette situation. Puis, ce droit de cumul se déduisait, par un raisonnement par analogie, de l'ordonnance du 7 novembre 1958[265] dont l'article 4 alinéa 4 disposait que « *les incompatibilités professionnelles applicables aux membres du Parlement*

[263] Article 4 de l'ordonnance du 7 novembre 1958, précité.

[264] Loi organique n° 95-63 du 19 janvier 1995 relative à la déclaration de patrimoine des membres du Parlement et aux incompatibilités applicables aux membres du Parlement et à ceux du Conseil constitutionnel, J.O.R.F. du 20 janvier 1995, p. 1041.

[265] Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 *portant loi organique sur le Conseil constitutionnel*, J.O.R.F., du 7 novembre 1958, p. 10129, modifiée par l'article 7 de la loi organique n° 95-63 du 19 janvier 1995 relative à la déclaration de patrimoine des membres du Parlement et aux incompatibilités applicables aux membres du Parlement et à ceux du Conseil constitutionnel à la suite des recommandations du Comité consultatif pour une révision de la Constitution, présidé par Georges Vedel (http://www.ladocumentationfrançaise.fr).

sont également applicables aux membres du Conseil constitutionnel ». Cette règle spéciale offrait ainsi aux professeurs d'université le droit de déroger aux règles générales d'incompatibilités prévues par les statuts de la fonction publique et de cumuler leur activité de professeur de droit et de juge constitutionnel.

102. Le droit de cumul accordé aux professeurs d'université se déduisait avant l'adoption de la loi organique du 11 octobre 2013 d'un alignement sur le régime des incompatibilités parlementaires (A). Cette dérogation trouvait son fondement dans l'indépendance statutaire des professeurs d'université (B).

A. L'alignement des incompatibilités professionnelles des membres du Conseil sur celles applicables aux parlementaires

103. Les débats menés au cours de l'été 1958 lors de la création de la V^{ème} République furent l'occasion d'échanges instructifs sur le statut des futurs juges constitutionnels et particulièrement sur l'étendue et le régime de leurs incompatibilités. Alors que l'orientation initiale des débats laissait présager une conception rigoureuse des incompatibilités des membres du Conseil constitutionnel, le texte adopté consacra finalement un régime très souple (1). Par la suite, malgré un certain affermissement, la loi organique du 19 janvier 1995 inscrivit pour la première fois, dans les statuts applicables aux membres du Conseil, la possibilité pour les professeurs d'université de cumuler leur activité avec celle de juge constitutionnel (2).

1. Les incompatibilités applicables aux professeurs d'université ignorées des débats constituants

104. Si les débats devant le Comité consultatif constitutionnel ne portèrent pas directement sur la question de la compatibilité de l'accès au Conseil constitutionnel des professeurs d'université, et plus particulièrement des professeurs de droit, la question du statut des membres, et notamment celle de l'étendue des incompatibilités, ne fut pas oubliée. Lors de la

7ème séance du Comité consultatif constitutionnel, Jean Gilbert-Jules fut particulièrement attentif à la nécessité de préserver l'objectivité et l'impartialité des membres du Conseil constitutionnel. En raison de l'importance du rôle donné à l'institution par l'avant-projet de constitution, il porta une attention particulière au statut des membres, de façon à les rendre « *absolument intouchables* »[266]. Lors de la séance du 5 août 1958, le Comité constitutionnel adopta un amendement proposé en groupe de travail par Jacques de Menditte et René Dejean, consistant à rendre incompatibles les fonctions de membre du Conseil constitutionnel avec tout mandat électif et avec l'exercice de toute fonction publique et de toute activité privée rémunérée[267]. A l'évocation de cet amendement au cours de la séance, Paul Raynaud s'exclamera : « *C'est un Conseil de retraités* ! »[268]. Ainsi, la volonté des constituants de se prémunir contre « *le spectre du Gouvernement des juges et même du Gouvernement des retraités* »[269] aura permis aux futurs membres de continuer à exercer leurs activités professionnelles dans les limites exigées par le respect de leurs obligations.

105. Lors de la conception du statut des membres du Conseil constitutionnel, l'objectif des rédacteurs de la Constitution fut double : « *Ne pas priver le Conseil de la présence de personnalités connues et actives, et garantir l'indépendance et la dignité de leurs fonctions* »[270]. L'importance accordée aux incompatibilités fut ainsi réduite à l'idée que l'exercice de la fonction de juge constitutionnel ne devait pas correspondre à un emploi à plein-temps[271]. Comme le relève Philippe Ardant, « *vouloir y attirer des gens de qualité supposait que leur soit laissée la faculté de se livrer à quelques occupations à l'extérieur* »[272]. Dans un premier temps, cette exigence se concrétisera dans l'article 57 de la Constitution du 4

---

[266] « *Ils ne peuvent pas avoir un mandat électif puisqu'ils auraient nécessairement une position politique, ils risquent d'être battus ou élus. Il ne faut pas qu'ils exercent une fonction publique ou une activité privée salariée qui puisse mettre en doute leur objectivité ou leur impartialité* », Comité national chargé de la publication des travaux préparatoires des institutions de la Vème République, *Documents pour servir à l'histoire de la Constitution du 4 octobre 1958, Vol. 2 : Le Comité consultatif constitutionnel de l'avant-projet du 29 juillet 1958 au projet du 21 août 1958*, La documentation française, Paris, 1988, 787 p., spéc. p. 171.

[267] *Ibidem*.

[268] *Ibid*.

[269] F. Luchaire, G. Conac, X. Prélot (dir)., *La Constitution de la République française. Analyses et commentaires*, précité, spéc. p. 1401.

[270] D. Rousseau, *Droit du Contentieux constitutionnel*, précité, p. 70.

[271] *Ibidem* ; voir aussi F. Luchaire, G. Conac, X. Prélot (dir.), *La Constitution de la République française. Analyses et commentaires*, 3ème éd., Economica, Paris, 2130 p., spéc. p. 1409.

[272] Ph. Ardant, « Le Conseil constitutionnel d'hier à demain », précité, p. 743.

octobre 1958 par l'interdiction de cumul des fonctions de membre du Conseil constitutionnel avec celles de ministre ou de membre du Parlement. Conformément à la Constitution, l'article 4 de l'ordonnance du 7 novembre 1958[273] ajoutera à ces incompatibilités la fonction de membre du Gouvernement[274] et du Conseil économique et social. *A contrario*, l'exercice de toute autre fonction devenait possible et donc compatible, avec une nuance cependant que relève François Luchaire : bien que le régime fût très libéral, la loi organique a néanmoins « *restreint l'activité professionnelle des avocats ou professeurs qui pourraient se trouver membres du Conseil en leur interdisant de consulter sur les questions susceptibles de faire l'objet d'une décision du Conseil ou de prendre une position publique sur les mêmes questions* »[275].

106. Les constituants avaient bien compris que la détermination d'un régime d'incompatibilités était indispensable pour garantir l'indépendance du juge constitutionnel. Néanmoins, dans l'intérêt de la composition du Conseil constitutionnel, ils ont pensé un système d'incompatibilités très souple. Seules les fonctions engageant manifestement et directement l'indépendance et l'impartialité des membres ont donc été rendues incompatibles avec celle de juge constitutionnel. Ce régime peu contraignant ignorait donc le sort des professeurs d'université. Ce n'est qu'à partir de 1995 que le constituant organique opéra une prise en compte de leur situation dans les statuts du Conseil.

2. Une prise en compte tardive des incompatibilités applicables aux professeurs de droit par la loi organique du 19 janvier 1995

[273] Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, J.O.R.F. du 9 novembre 1958, p. 10129.

[274] Si l'article 57 prévoit en effet l'interdiction du cumul avec la fonction de ministre, l'incertitude quant à la compatibilité de la fonction avec celle de premier ministre rendait nécessaire la précision apportée par l'alinéa 1er de l'article 4 de l'ordonnance de 1958.

[275] F. Luchaire, G. Conac, X. Prétot (dir.), *La Constitution de la République française. Analyses et commentaires*, précité, spéc. p. 1408. Voir aussi l'article 7 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 *portant loi organique sur le Conseil constitutionnel*, précité : « *Un décret pris en conseil des ministres sur proposition du Conseil constitutionnel, définit les obligations imposées aux membres du Conseil, afin de garantir l'indépendance et la dignité de leurs fonctions. Ces obligations doivent notamment comprendre 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* ».

107. La situation des professeurs des universités a été prise en compte dans une règlementation tardive, qui révélait déjà une définition des incompatibilités très insuffisante.

108. En application des recommandations faites par le Comité consultatif pour une révision de la Constitution[276] présidé par Georges Vedel, la loi organique du 19 janvier 1995 modifiant l'ordonnance du 7 novembre 1958 est votée et étend le champ des incompatibilités applicables aux membres du Conseil constitutionnel[277]. Elle modifie l'article 4 de l'ordonnance de 1958 en ajoutant aux incompatibilités déjà mentionnées celle de « *l'exercice de tout mandat électoral* »[278]. Mais du point de vue de la compatibilité entre l'activité de professeur d'université et celle de membre du Conseil constitutionnel, l'innovation essentielle est l'ajout d'un 4ème alinéa, élargissant l'étendue du régime des incompatibilités professionnelles applicables à ses membres. En effet, l'article 7 de la loi organique du 19 janvier 1995 étend le régime des incompatibilités professionnelles applicables aux parlementaires aux membres du Conseil constitutionnel[279]. L'alignement des incompatibilités professionnelles des membres du Conseil sur celles des parlementaires favorise donc l'instauration d'un régime plus strict, ayant pour conséquence de concevoir l'activité de juge constitutionnel comme une activité à plein temps. Néanmoins, une exception notable demeure au regard du régime des incompatibilités professionnelles applicables aux parlementaires. Destiné à protéger l'indépendance du parlementaire[280], le principe est celui de l'interdiction générale de cumul de la fonction parlementaire avec toute fonction publique non élective[281].

---

[276] G. Vedel, *Propositions pour une révision de la Constitution : rapport au Président de la République*, La Documentation française, Paris, 1993, 106 p. La proposition n° 36 du rapport remis par le Comité indiquait la voie à suivre dans le sens d'un affermissement des incompatibilités : « *Compte tenu du caractère juridictionnel plus marqué qu'est destiné à prendre le Conseil constitutionnel, le régime des incompatibilités applicables à ses membres semble insuffisamment strict. Le comité propose que les fonctions de membres du Conseil constitutionnel soient rendues incompatibles avec l'exercice de tout mandat public électif. Les autres incompatibilités devraient être fixées par la loi organique du 7 novembre 1958 dont les dispositions, insuffisantes, devraient être revues. On pourrait s'inspirer du régime des incompatibilités applicables aux parlementaires* ».

[277] Loi organique n° 95-63 du 19 janvier 1995 relative à la déclaration de patrimoine des membres du Parlement et aux incompatibilités applicables aux membres du Parlement et à ceux du Conseil constitutionnel, précité.

[278] Article L.O. 152 et L.O. 297 du Code électoral.

[279] L'article 4 alinéa 4 de l'ordonnance de 1958 dispose en effet : « Les incompatibilités professionnelles applicables aux membres du Parlement sont également applicables aux membres du Conseil constitutionnel ».

[280] P. Avril, J. Gicquel, J.-E. Gicquel, *Droit parlementaire*, Montchrestien, coll. « Domat droit public », Paris, 5ème éd., 2014, 398 p., spéc. p. 38.

[281] Article L.O. 142 du Code électoral pour les députés et étendu aux sénateurs par l'article L.O. 297 du même Code.

Pourtant, le Code électoral prévoit notamment la possibilité pour les « *professeurs qui, à la date de leur élection, étaient titulaires de chaires données sur présentation des corps où la vacance s'est produite ou chargés de directions de recherches* » de poursuivre leur activité professionnelle[282]. Les professeurs sont donc exemptés de l'interdiction de principe de cumul du mandat de parlementaire avec toute fonction publique non élective. Applicable par renvoi aux membres du Conseil constitutionnel, les professeurs de droit trouvent de ce fait inscrite, pour la première fois dans les statuts du Conseil, une règle spéciale destinée à leur donner le droit de cumuler leur activité d'enseignement et de recherche avec celle de juge constitutionnel. Une précision doit néanmoins être apportée en ce qui concerne le régime touchant les personnes autorisées à cumuler. Elle concerne les limites matérielles associées à ce droit au regard des avantages de la fonction. En effet, les membres du Conseil reçoivent une indemnité égale au traitement afférent à la deuxième catégorie des emplois de l'Etat classés hors échelle[283]. Néanmoins, pour les professeurs d'université cumulant leur activité avec celle de membre du Conseil constitutionnel, cette indemnité est réduite de moitié[284]. Cette règle contribue à établir un régime unique applicable aux membres du Conseil qui continuent d'exercer des activités compatibles avec leur fonction.

109. L'ordonnance du 7 novembre 1958, par renvoi aux incompatibilités professionnelles applicables aux parlementaires, encadre désormais le droit d'accès au Conseil constitutionnel des professeurs d'université. Cependant, le simple alignement des incompatibilités professionnelles des membres du Conseil sur celles applicables aux parlementaires soulève la question de l'insuffisante définition des incompatibilités professionnelles par les textes de référence, définition pourtant nécessaire à garantir l'indépendance de la juridiction constitutionnelle vis-à-vis des autres pouvoirs publics. Malgré une prise en compte tardive et une définition insuffisante des incompatibilités applicables aux professeurs d'université, il était possible de déduire l'aménagement mis en place de l'indépendance dont ils jouissent.

[282] L'article L.O. 142 du Code électoral prévoit en réalité deux exceptions au principe de l'interdiction de cumul avec toute fonction publique non élective et dispose : « *L'exercice des fonctions publiques non électives est incompatible avec le mandat de député. Sont exceptés des dispositions du présent article : 1° les professeurs qui, à la date de leur élection, étaient titulaires de chaires données sur présentation des corps où la vacance s'est produite ou chargés de directions de recherches ; 2° dans les départements du Haut-Rhin, du Bas-Rhin et de la Moselle, les ministres des cultes et les délégués du gouvernement dans l'administration des cultes. Le présent article est applicable aux fonctions de membre de la commission prévue à 'l'article 25 de la Constitution* ».

[283] F. Luchaire, *Le Conseil constitutionnel*, tome I, précité, p. 76.

[284] Article 6 de l'ordonnance du 7 novembre 1958, précité.

B. Une compatibilité longtemps déduite de l'indépendance des professeurs d'université

110. Historiquement, les professeurs bénéficient d'un privilège leur assurant le droit de cumuler leur activité avec un mandat parlementaire. Considéré comme une tradition républicaine, ce privilège se déduit de l'indépendance statutaire dont jouissent les professeurs d'université et constitue le motif justifiant la dérogation au régime des incompatibilités professionnelles applicables aux parlementaires et transposable aux membres du Conseil constitutionnel.

111. A l'origine, le privilège des professeurs de cumuler leur activité avec un mandat parlementaire est justifié par des garanties d'indépendance suffisantes, leur permettant de déroger à l'interdiction de cumul avec toute fonction publique non élective (1). Il semble néanmoins que l'accès des professeurs des universités au Conseil constitutionnel puisse aussi se déduire des mêmes garanties d'indépendance. En effet, l'alignement des incompatibilités applicables aux membres du Conseil constitutionnel sur celles applicables aux parlementaires permet de conclure à des justifications identiques (2).

1. L'origine de l'exception : une dérogation à l'interdiction de cumul avec toute fonction publique non élective

112. Ainsi que l'indiquait Jean Rivero, « *le professeur est, de tous les fonctionnaires, le seul qui, s'il est élu à un mandat parlementaire, puisse, s'il le désire, continuer l'exercice de sa fonction : il n'y a pas de plus bel hommage rendu à l'indépendance de l'enseignement supérieur* »[285]. Destinée à garantir l'indépendance des parlementaires, l'incompatibilité du mandat parlementaire avec toute fonction publique non élective tend à protéger contre

[285] J. Rivero, « Les droits et les obligations du professeur d'enseignement supérieur », *Revue de l'enseignement supérieur*, 1960, n° 3, pp. 128-132, spéc. p. 131. Voir encore Georges Vedel qui, à propos du droit de cumul de l'activité de professeur et du mandat parlementaire, indiquait : « *Est-il façon plus claire de dire que son indépendance est au-dessus de tout soupçon comme de toute atteinte ?* » (G. Vedel, « Les libertés universitaires », *Revue de l'enseignement supérieur*, 1960, n° 3, pp. 134-139, spéc. p. 134).

l'influence d'un exécutif exerçant sur les membres de la fonction publique une autorité hiérarchique et disciplinaire[286]. L'interdiction vise également à préserver les fonctions publiques de toute pression politique et à garantir leur neutralité[287].

113. La règle de l'incompatibilité du mandat parlementaire avec toute fonction publique non élective fut historiquement posée à la suite d'un contexte particulier. En effet, la Monarchie de Juillet connut une multiplication du nombre de fonctionnaires-députés, assurant ainsi au Gouvernement une majorité docile à la Chambre basse[288]. L'habitude naquit alors de remercier les parlementaires répondant aux volontés du Gouvernement par l'attribution de postes dans la fonction publique. Le pouvoir exécutif trouvait là le moyen nécessaire de la soumission du personnel politique, soumission que le mandat de député rendait à lui seul impossible[289]. Comme l'explique Bernard Toulemonde, « *sensibles aux pressions, soucieux de leur carrière, les fonctionnaires succombaient aux injonctions des Ministres. Et les universitaires députés, au demeurant peu nombreux, ne se montraient guère moins dociles que leurs collègues relevant d'autres départements ministériels* »[290]. Cette situation inédite du député-fonctionnaire fut une des raisons du discrédit qui atteignit le régime et l'un des motifs de contestation de la Révolution de 1848[291]. En réaction, la Constitution du 4 novembre 1848 posa les jalons d'un régime d'incompatibilités parlementaires plus strict, en fixant le principe de l'incompatibilité de toute fonction publique rétribuée avec le mandat de représentant du peuple[292]. En application de la Constitution et laissant le soin à une loi électorale organique de

[286] J.-Cl. Masclet, *Droit électoral*, P.U.F., 1989, 445 p., spéc. p. 130 ; P. Avril, J. Gicquel, *Droit parlementaire*, précité, pp. 38 et s. Pour une analyse des incompatibilités parlementaires sous la V^{ème} République, voir F. Ancel, *Les incompatibilités parlementaires sous la V^{ème} République*, P.U.F., Paris, 1975, 136 p.

[287] O. Dord, *Droit de la fonction publique*, P.U.F., coll. « Thémis », Paris, 2012, 2ème éd., 373 p., spéc. p. 231 ; F. Melleray, *Droit de la fonction publique*, Economica, 2010, 2ème éd., 395 p., spéc. pp. 326-327.

[288] B. Toulemonde, *Les libertés et franchises universitaires en France*, Université Lille II, 1971, thèse doctorat dactyl., 763 p., spéc. p. 745 et s ; voir aussi B. Toulemonde, « Le cumul du mandat parlementaire avec l'exercice de la fonction de professeur de l'enseignement supérieur en France », précité, p. 952.

[289] F. Julien-Laferrière, *Les députés fonctionnaires sous la Monarchie de Juillet*, P.U.F., Paris, 1970, 192 p. Pour une analyse historique depuis 1789 des incompatibilités législatives, voir E. Pierre, *Traité de droit politique, électoral et parlementaire*, Loysel, Paris, 1989, 760 p., spéc. pp.362-381.

[290] B. Toulemonde, « Le cumul du mandat parlementaire avec l'exercice de la fonction de professeur de l'enseignement supérieur en France », précité, p. 952.

[291] Voir notamment, M. Agulhon, *1848 ou l'Apprentissage de la République (1848-1852)*, Seuil, Paris, 1992, 320 p.

[292] L'article 28 de la Constitution du 4 novembre 1848 disposait en effet : « *Toute fonction publique rétribuée est incompatible avec le mandat de représentant du peuple. - Aucun membre de l'Assemblée nationale ne peut, pendant la durée de la législature, être nommé ou promu à des fonctions publiques salariées dont les*

déterminer les exceptions au principe, la loi du 15 mars 1849 autorisa, à titre dérogatoire, les professeurs d'université à cumuler leur activité avec le mandat parlementaire[293]. Amorcé sous la Seconde République, le droit de cumul accordé aux professeurs est reconduit sous la III^{ème} République. Une loi organique du 30 novembre 1875 portant sur l'élection des députés exclura du nouveau régime d'incompatibilités les « *professeurs titulaires de chaires qui sont données au concours ou sur la présentation des corps où la vacance s'est produite* »[294] puis sera étendue aux sénateurs en 1887[295]. La tradition née au cours de la seconde République trouvera sous la IV^{ème} République une continuité dans une loi du 6 janvier 1950 qui reprendra l'exception bénéficiant aux professeurs titulaires figurant dans la loi de 1875[296]. L'ordonnance du 24 octobre 1958 portant loi organique relative aux conditions d'éligibilité et aux incompatibilités parlementaires, aujourd'hui codifiée à l'article L.O. 142 du Code électoral, consacrera alors le principe pour la V^{ème} République. La possibilité offerte aux professeurs d'université titulaires de cumuler leurs activités d'enseignement et de recherche avec un mandat parlementaire relève donc d'« *une tradition républicaine* »[297] constamment réaffirmée depuis la loi du 15 mars 1849.

114. Cette exception au régime d'incompatibilités revenait donc à considérer, très tôt, que les professeurs d'université ne sont pas dans une situation de dépendance vis-à-vis de l'exécutif et qu'ils « *jouissent d'une suffisante indépendance de fait et de caractère pour pouvoir lever l'incompatibilité* »[298]. Dans un avis du 31 octobre 1893, le Conseil d'Etat avait d'ailleurs déjà justifié cette règle dérogatoire en énonçant que « *les professeurs ne devant leur nomination qu'à eux-mêmes, échappent à toute suspicion dans la mission de contrôle qu'ils*

---

titulaires sont choisis à volonté par le pouvoir exécutif. - Les exceptions aux dispositions des deux paragraphes précédents seront déterminées par la loi électorale organique ».

[293] L'article 86 de la loi du 15 mars 1849 garantit ainsi un droit de cumul aux « *professeurs dont les chaires sont données au concours ou sur présentation faite par leurs collègues, quand ils exercent leurs fonctions dans le lieu où siège l'Assemblée nationale* », cité par E. Pierre, *Traité de droit politique, électoral et parlementaire*, précité, p. 364.

[294] Article 9 de la loi organique du 30 novembre 1875 sur l'élection des députés, *Sirey*, Loi annotées, 1876, p. 23.

[295] E. Pierre, *Traité de droit politique, électoral et parlementaire*, précité, pp. 368-369 ; voir aussi B. Toulemonde, « Le cumul du mandat parlementaire avec l'exercice de la fonction de professeur de l'enseignement supérieur en France », précité, p. 953.

[296] *Idem*, p. 954.

[297] G. Vedel, « Défense et illustration de l'Université napoléonienne », in *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz/Sirey, Paris, 1985, pp. 787-803., spéc. p. 796.

[298] J. Barthélémy, P. Duez, *Traité de droit constitutionnel*, Dalloz, édition refondue de 1933, Panthéon Assas, coll. « Les introuvables », Paris, 2004, 955 p., spéc. pp. 589-590.

sont appelés à exercer en tant que députés sur les actes de Gouvernement »[299]. Cette dérogation à l'incompatibilité révèle une tradition républicaine selon laquelle les universitaires sont considérés comme étant à l'abri des pressions du pouvoir politique, leur permettant ainsi de siéger au Parlement en toute indépendance. Comme le souligne Yves Gaudemet, « *le principe d'indépendance des professeurs* […] *est historiquement garanti par leur totale indépendance vis-à-vis de l'Etat, en tant qu'agents publics, et par une compétence d'autogestion dans l'organisation des établissements et la gestion des carrières* »[300]. « *Curieux mélange de textes et de traditions, de principes et d'usages* »[301], les libertés universitaires découlent bien des traditions républicaines nées sous la III[ème] République[302] et l'indépendance, conçue comme une garantie de ces libertés applicables aux professeurs d'université, dépend alors, pour ce qui est du corps enseignant, de la protection que s'offrent mutuellement les membres de la même communauté. Elle doit être considérée comme autant de barrières face aux attaques extérieures. Ces traditions se regroupent essentiellement autour de la neutralisation des instruments de pressions du pouvoir hiérarchique, marqueur d'une garantie d'indépendance[303]. Ces instruments sont limités par la situation statutaire des enseignants-chercheurs, révélant historiquement une « *continuité des grands principes statutaires des personnels enseignants* »[304], notamment en matière de recrutement et de

[299] Cité par B. Toulemonde, *Les libertés et franchises universitaires en France*, précité, p. 714. Voir aussi E. Pierre, Traité de droit politique, électoral et parlementaire, précité, p. 369.

[300] Y. Gaudemet, « Les bases constitutionnelles du droit universitaire », *R.D.P.*, 2008, n° 3, pp. 680-700, spéc. p. 688.

[301] G. Drago, « Les libertés universitaires », in *La liberté dans tous ses états. Regards croisés sur la conception occidentale de la liberté. Liber amicorum en l'honneur de Jacques Georgel*, Apogée, Rennes, 1998, pp. 185-199, spéc. p. 186.

[302] *Idem*, pp. 682-684 ; Voir aussi, P.-M. Gaudemet, « L'autonomie des universités françaises », *R.D.P.*, 1961, n°1, pp. 21-39 ; M. Bouchard, « Les universités françaises », *Revue de l'enseignement supérieur*, 1960, n° 3, pp. 32-55. Pour une analyse comparée des garanties d'indépendance et plus largement des libertés universitaires voir Y. Gaudemet, « L'indépendance des professeurs d'université, principe commun des droits constitutionnels européens », *D.*, Chron., 1984, pp. 125-127 ; voir aussi J. Morange, « Les libertés du professeur des facultés de droit », *R.D.P.*, 2008, n° 1, pp. 54-79 ; B. Toulemonde, *Les libertés et franchises universitaires en France*, précité. Pour une approche historique comparative, voir Ch. Charles, J. Verger**,** *Histoire des Universités*, P.U.F., coll. « Quadrige », Paris, 2012, 352 p.

[303] B. Toulemonde, *Les libertés et franchises universitaires en France* , précité, p. 409. En réalité Bernard Toulemonde démontre que, si l'indépendance des universitaires est en grande partie statutaire dans ses fondements, ses manifestations sont majoritairement la traduction de « *l'indépendance intellectuelle* » dans les activités universitaires ou en dehors, se matérialisant notamment par la dérogation accordée au bénéfice des professeurs d'université de pouvoir cumuler leur activité de professeur avec un mandat parlementaire depuis la loi de 1849.

[304] G. Drago, « Les libertés universitaires », in *La liberté dans tous ses états. Regard croisés sur la conception occidentale de la liberté. Liber amicorum en l'honneur de Jacques Georgel*, Apogée, Rennes, 1998, pp. 185-199, spéc. p. 190.

carrière. De ce fait, la compétence du ministre est liée par les conseils universitaires et le recrutement se matérialise, pour une grande part, par la cooptation. Bien que la nomination des membres du corps enseignant relève nécessairement d'un représentant de l'Etat, la réalité des choix est depuis longtemps réservée aux pairs, qu'il s'agisse de l'organisation des critères de recrutement ou des procédures qui lient l'autorité hiérarchique[305]. Il s'agit en effet d'une garantie de « *sauvegarde pour le corps tout entier, une garantie essentielle pour chacun de ses membres* »[306]. Les autorités administratives n'ont pas les moyens de juger de l'aptitude des candidats, permettant d'éviter que l'autorité hiérarchique impose ses propres candidats. Par conséquent, l'indépendance des professeurs - justifiant historiquement le droit de cumul qui leur est accordé - se fonde sur un ensemble bien connu de règles statutaires limitant le choix de l'autorité de nomination ainsi que les possibilités de contrôle hiérarchique. Cela induit une cooptation à plusieurs degrés, qu'il s'agisse du doctorat, de l'agrégation (notamment dans les disciplines juridiques) ou du concours pour le recrutement des maîtres de conférences dans les établissements d'enseignement supérieur et de recherche. C'est d'ailleurs sur la base de ces traditions, ou principes républicains souvent non écrits, que le Conseil constitutionnel a constitutionnalisé le principe d'indépendance des professeurs. Il a ainsi découvert un principe fondamental reconnu par les lois de la République d'indépendance des professeurs à partir des dispositions des lois électorales qui leur accordent depuis 1849, sans presque discontinuer, le privilège de cumuler leur activité avec un mandat parlementaire[307].

115. La justification essentielle de l'exception accordée aux professeurs d'université dans le cadre des incompatibilités parlementaires semble transposable aux membres du Conseil constitutionnel en ce qu'il résulte précisément de l'indépendance des professeurs conçue comme une « *garantie statutaire de la liberté académique* »[308].

---

[305] Ce que Bernard Toulemonde nomme la « cooptation contrôlée par le pouvoir central » (B. Toulemonde, Les libertés et franchises universitaires en France, précité, p. 411).

[306] J. Rivero « Les droits et obligations du professeur d'enseignement supérieur », *Revue de l'enseignement supérieur*, 1960, n° 3, p. 128-132.

[307] Décision n° 83-165 DC du 20 janvier 1984, Loi relative à l'enseignement supérieur, J.O.R.F. du 21 janvier 1984 p. 365, cons. 20 : « *Considérant qu'en ce qui concerne les professeurs, auxquels l'article 55 de la loi confie des responsabilités particulières, la garantie de l'indépendance résulte en outre d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République, et notamment par les dispositions relatives à la réglementation des incompatibilités entre le mandat parlementaire et les fonctions publiques* » (Voir J. Boulouis**, «** Note sous décision n° 83-165 DC, 20 janvier 1984 », *A.J.D.A.*, 20 mars 1984, pp. 161 à 166 ; M. de Villiers, *R. Adm.*, 1984, pp. 261-264 ; F. Luchaire, *D.*, Juris., 1984, pp. 593-600).

[308] O. Beaud, *Les libertés universitaires à l'abandon ?*, précité, p. 113.

2. L'extension de l'exception : un motif applicable aux professeurs membres du Conseil constitutionnel

116. Il est difficile de ne pas faire le lien direct entre les justifications touchant le droit de cumul accordé aux professeurs pour l'exercice du mandat parlementaire et celui qui leur est accordé, par extension, pour l'exercice de l'activité de juge constitutionnel. Dès 1849, les justifications du cumul furent en effet avancées pour soutenir l'utilité des professeurs au travail parlementaire[309]. Si le régime dérogatoire accordé aux professeurs d'université ne fut jamais remis en cause par une réforme législative, un amendement tendant à la suppression du privilège accordé aux professeurs de l'enseignement supérieur fut néanmoins déposé en 1971 au cours de débats portant sur la révision des incompatibilités parlementaires[310]. Pour s'opposer à l'amendement, Pierre Mazeaud rappela que « *le Parlement se priverait ainsi d'hommes de qualité alors qu'il est souhaitable que toutes les compétences soient réunies dans notre enceinte* »[311]. Cet amendement trouve son origine dans un échange qui a opposé certains universitaires sur le bien-fondé du maintien d'une telle dérogation en 1970. En effet, une controverse est née notamment entre Robert Mandrou et Georges Vedel à propos d'un évènement dont Jean Foyer fut à l'origine. Ce dernier, alors député, avait fait naître, au cours d'un enseignement, une polémique ayant conduit à une réflexion plus large sur la liberté d'expression des professeurs de l'enseignement supérieur[312]. Comme l'indique Bernard Toulemonde, la controverse portait essentiellement sur trois questions touchant directement au droit accordé aux professeurs de cumuler leur activité avec un mandat parlementaire : « *la possibilité matérielle d'exercer les deux fonctions* », « *la neutralité du professeur dans ses activités d'enseignement* » et sa liberté à l'égard du Gouvernement. En réponse à Robert

[309] Saint-Romme, rapporteur de la loi du 15 mars 1849 déclarait ainsi devant l'Assemblée nationale : « *L'Assemblée législative, qui est chargée de faire les lois, doit être ouverte à toutes les lumières* », *Moniteur* du 24 février 1849, pp. 618-625, cité par B. Toulemonde, « Le cumul du mandat parlementaire avec l'exercice de la fonction de professeur de l'enseignement supérieur en France », précité, p. 960.

[310] Amendement n° 1, J.O.R.F., Déb. Ass., 1ère séance du 25 novembre 1971, p. 6114.

[311] Ass. Nat., Débats, 1ère séance du 25 novembre 1971, J.O.R.F. du 26 novembre 1971 p. 6115, cité par B. Toulemonde, « Le cumul du mandat parlementaire avec l'exercice de la fonction de professeur de l'enseignement supérieur en France »,précité, p. 960.

[312] Cl. Emeri, J.-Cl. Gautron, « Chronique constitutionnelle et parlementaire française », *R.D.P.*, 1971, pp. 194-197.

Mandrou, estimant les deux fonctions incompatibles[313], Georges Vedel écrivit : « *Il serait tout de même paradoxal, que, au moment où l'on proclame à cor et à cri la nécessité de donner aux étudiants d'autres professeurs que de purs universitaires, où on loue les vertus enseignantes des hommes d'affaires, des fonctionnaires, des journalistes, on considère que toute activité extra-universitaire des professeurs constitue un sacrilège* »[314]. Sans s'attacher aux détails de cette controverse, il est intéressant d'observer qu'un certain nombre d'arguments trouvent à s'appliquer parfaitement aux membres du Conseil constitutionnel. Ces arguments révèlent la filiation entre les idées du Doyen Vedel concernant la promotion du cumul des fonctions de professeur et de parlementaire et la réforme des statuts du Conseil constitutionnel introduite par la loi organique du 19 janvier 1995, directement inspirée des préconisations du Comité consultatif pour une révision de la Constitution[315]. Si l'on prend en compte la nécessité de garantir, dans les statuts du Conseil, l'indépendance personnelle de ses membres, il semble évident que la volonté de maintenir en 1995 un régime libéral d'incompatibilités professionnelles - en conservant notamment le privilège accordé aux professeurs de cumuler leur activité avec celle de juge constitutionnel – s'explique par les garanties dont ces derniers bénéficient en terme d'indépendance.

117. Comme l'indépendance statutaire des professeurs d'université constitue le motif justifiant une dérogation au régime d'incompatibilités applicables, leur transposition aux membres du Conseil doit logiquement permettre de conclure à une identité des motifs visant le cumul de l'activité de professeur d'université et de membre du Conseil constitutionnel. L'ancien régime d'incompatibilités ainsi décrit avait au moins le mérite d'accorder aux professeurs d'université un droit de cumul avec les fonctions de juge constitutionnel. Depuis 2013, toute possibilité de cumul est prohibée, entraînant très sûrement le repli de la juridiction constitutionnelle sur elle-même.

[313] R. Mandrou, « Le scandale de Nanterre », *Le Monde* du 2 décembre 1970.

[314] G. Vedel, « Mandat parlementaire et enseignement supérieur », *Le Monde* du 2 décembre 1970.

[315] Déjà en 1960 dans un article consacré aux libertés universitaires, Georges Vedel avait résumé sa conception du travail de l'universitaire destiné à s'émanciper selon ses choix des arcanes de l'Université : G. Vedel, « Les libertés universitaires », *Revue de l'enseignement supérieur*, 1960, n° 3, pp. 134-139.

§ 2. Un régime excluant désormais toute possibilité de cumul

118. Le régime des incompatibilités applicables aux membres du Conseil constitutionnel, en application de la loi organique du 11 octobre 2013, traduit une intention louable du législateur organique[316]. L'approfondissement du caractère juridictionnel du Conseil constitutionnel a, en effet, incité ce dernier à adopter un régime d'incompatibilités très strict, imitant de près celui applicable aux magistrats (A). Cependant, le régime ainsi mis en place ne conçoit pas les particularités qui définissent la composition de la juridiction constitutionnelle. Les professeurs de droit auraient dû se voir accorder une dérogation spéciale leur assurant de pouvoir poursuivre leurs activités d'enseignement, le volet scientifique de leur activité ayant été préservé par la loi organique (B).

A. L'intention du législateur organique d'approfondir la juridictionnalisation du Conseil constitutionnel

119. La loi organique du 11 octobre 2013[317] fait suite à la volonté du Gouvernement de lutter contre les conflits d'intérêts répondant à un objectif de transparence de la vie publique[318]. Elle s'inscrit dans le cadre des préconisations de la commission présidée par Lionel Jospin « *de rénovation et de déontologie de la vie publique* »[319].

120. Le dispositif prévoit notamment l'application de nouvelles incompatibilités envers les membres du Conseil constitutionnel, modifiant l'article 4 de l'ordonnance du 7 novembre

[316] En effet, jusqu'à cette date, comme le souligne Dominique Rousseau, « *Le statut des membres du Conseil constitutionnel a été conçu dans un double objectif : ne pas priver le Conseil de la présence de personnalités connues et actives et garantir l'indépendance et la dignité de leurs fonctions. Le premier objectif explique qu'être juge constitutionnel n'est pas une fonction à plein-temps* » (*Droit du contentieux constitutionnel*, précité, p. 70).

[317] Loi organique n° 2013-906 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, J.O.R.F. du 12 octobre 2013, p. 16824.

[318] J. Benetti, « Les lois du 11 octobre 2013 relatives à la transparence de la vie publique », *A.J.D.A.*, 2014, n° 3, pp. 157-163.

[319] Commission de rénovation et de déontologie de la vie publique, « Pour un renouveau démocratique », *La Documentation française*, Paris, 2013, 129 p.

1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel. Désormais, « *l'exercice des fonctions de membre du Conseil constitutionnel est incompatible avec l'exercice de toute fonction publique et de toute autre activité professionnelle ou salariée* »[320]. Il est cependant admis que « *les membres du Conseil constitutionnel peuvent* […] *se livrer à des travaux scientifiques, littéraires ou artistiques* »[321]. Le nouveau dispositif, très strict, interdit ainsi aux membres du Conseil, sans exception, toute possibilité de cumul avec toute fonction publique ou toute autre activité professionnelle ou salariée. De ce point de vue, les professeurs de droit accédant à la juridiction constitutionnelle seront dans l'obligation de cesser leurs activités d'enseignement. En revanche, il leur est possible de poursuivre, en dehors et au cours de leur fonction de juge constitutionnel, la production d'articles ou d'ouvrages scientifiques, dans les limites de leurs obligations déontologiques. Le système ainsi prévu aurait pu laisser penser que la dérogation applicable aux « *travaux scientifiques* » ouvrait le droit de poursuivre des enseignements. Pourtant, les débats législatifs ne laissent aucun doute quant à l'interprétation stricte que doit recevoir l'article 3 de la loi organique.

121. Le projet de loi organique déposé par le Gouvernement[322] n'avait pas prévu de dispositif édictant un nouveau régime d'incompatibilités applicables aux membres du Conseil constitutionnel. C'est au cours de la discussion en séance publique qu'un amendement en ce sens fut présenté devant l'Assemblée nationale[323]. Déposé par Thomas Thévenoud, l'amendement visait uniquement à rendre incompatibles les fonctions de membre du Conseil avec toute autre activité annexe rémunérée ou non rémunérée[324] en s'inspirant du statut de la

[320] Article 3 de la loi organique n° 2013-906 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, précité.

[321] *Ibidem*.

[322] Projet de loi organique relatif à la transparence de la vie publique, n° 1004, déposé le 24 avril 2013, *http://www.assemblee-nationale.fr/14/pdf/projets/pl1004.pdf*.

[323] Le 17 juin, en séance publique, Thomas Thévenoud avait averti de son souhait de voir cette question discutée devant l'Assemblée nationale : « *Je veux d'ores et déjà évoquer, à cette tribune, les membres du Conseil constitutionnel. Comme vous le savez, cette institution a évolué depuis la récente réforme constitutionnelle de 2008, principalement sous l'effet de la question prioritaire de constitutionnalité : c'est la raison pour laquelle nous devons élargir la liste des personnes concernées par les nouvelles obligations de transparence, liste qui figure à l'article 10 de ce projet de loi, aux membres du Conseil constitutionnel. L'exemplarité républicaine, mes chers collègues, ne doit pas s'arrêter aux portes du Conseil constitutionnel !* » (Ass. Nat., XIV[ème] législature, Session ordinaire de 2012-2013, Compte rendu intégral, 2[ème] séance du lundi 17 juin 2013, J.O.R.F. du 18 juin 2013, p. 6498).

[324] Amendement n° 295, http://www.assemblee-nationale.fr/14/amendements/1108/AN/295.pdf.

magistrature et des incompatibilités applicables aux magistrats[325]. Pour le député Thomas Thévenoud : « *Le statut de ses membres tend à devenir semblable à celui des magistrats. Le Conseil constitutionnel est en effet devenu progressivement le protecteur des droits fondamentaux, et l'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité en 2008 l'a renforcé dans sa fonction de juge constitutionnel. C'est la raison pour laquelle le présent amendement vise à interdire aux membres du Conseil constitutionnel d'exercer toute autre activité, qu'ils aient été nommés ou qu'ils soient membres de droit en tant qu'ancien Président de la République* »[326]. La proposition d'amendement a été très discutée, certains parlementaires s'étonnant du caractère extrêmement strict du régime envisagé, notamment si on le compare à celui applicable aux magistrats. En effet, à ce stade de la discussion parlementaire, l'interdiction de cumul ne prévoyait aucune dérogation, lorsque le statut de la magistrature offre le droit aux magistrats d'assurer des enseignements ou de pratiquer une activité rémunérée[327]. L'amendement soulevait plus largement l'inquiétude des parlementaires sur les conséquences qu'il pourrait avoir sur la composition du Conseil. Ils semblent, pour certains, avoir parfaitement admis le caractère juridictionnel de l'institution, tout en souhaitant préserver une composition reflétant la compétence de ses membres. Or, le régime envisagé soulève la question de la réduction des candidats légitimes aux fonctions de juge constitutionnel, parmi lesquels les professeurs de droit doivent tenir une place de choix. C'est le cas du député Julien Aubert : « *nous avons besoin au Conseil constitutionnel de véritables pointures. Dire aux personnes qui y sont nommées, Doyens de faculté ou experts en droit public, que le prix de leur entrée au Conseil sera de mettre un terme à leurs recherches, à leurs cours, bref à ce qui a fait leur vie et ce pourquoi elles ont été choisies pour entrer dans cette institution, serait parfaitement contradictoire. Cet amendement donne le sentiment que l'on veut refermer les juridictions – encore pourrait-on discuter pour savoir si le Conseil*

[325] L'article 8 dispose en effet : « *L'exercice des fonctions de magistrat est incompatible avec l'exercice de toutes fonctions publiques et de toute autre activité professionnelle ou salariée. Des dérogations individuelles peuvent toutefois être accordées aux magistrats, par décision des chefs de cour, pour donner des enseignements ressortissant à leur compétence ou pour exercer des fonctions ou activités qui ne seraient pas de nature à porter atteinte à la dignité du magistrat et à son indépendance, à l'exception des activités d'arbitrage, sous réserve des cas prévus par les dispositions législatives en vigueur. Les magistrats peuvent, sans autorisation préalable, se livrer à des travaux scientifiques, littéraires ou artistiques* » (ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, J.O.R.F. du 23 décembre 1958, p. 11551).

[326] Ass. Nat., XIV[ème] législature, Session ordinaire de 2012-2013, Compte rendu intégral, séance du lundi 17 juin 2013, J.O.R.F. du 18 juin 2013, p. 6498.

[327] Article 8 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature.

constitutionnel est un organe judiciaire – sur elles-mêmes »[328]. Pour les parlementaires, le contexte nouveau induit par la question prioritaire de constitutionnalité impose aux membres du Conseil constitutionnel un devoir renforcé d'indépendance, proche de celui des magistrats judiciaires.

122. Pour ces raisons, lors de la discussion devant la commission des lois du Sénat, l'amendement est modifié pour y ajouter la dérogation relative aux travaux scientifiques, littéraires ou artistiques[329]. L'amélioration du texte vise à reprendre une dérogation classique que l'on retrouve dans l'article 8 de la loi organique relative au statut de la magistrature[330]. Certains sénateurs ont même souhaité interdire toute production scientifique en lien avec leur activité au sein du Conseil constitutionnel. Finalement, cette modification, comme l'amendement présenté en première lecture devant l'Assemblée nationale, ne sera pas adoptée, tous deux jugés trop excessifs, d'autant qu'assez étonnamment, c'est justement la possibilité pour les professeurs de droit membres du Conseil constitutionnel de commenter les décisions que certains sénateurs souhaitent pouvoir préserver : « *Il ne faudrait pas interdire aux membres du Conseil constitutionnel d'intervenir dans le domaine juridique avant la cessation de leurs fonctions. Souvenons-nous, par exemple, des commentaires de François Luchaire, éminent juriste spécialiste du droit de l'outre-mer, Doyen de l'université Paris-I : ils nous éclairaient sur le droit constitutionnel. Pourquoi celui-ci devrait-il demeurer secret ? Pourquoi ceux qui l'élaborent ne pourraient-ils pas en parler ? Dans ces conditions, on devrait aussi interdire aux parlementaires de s'exprimer sur les lois qu'ils votent. Nous descendons là à un niveau de détail excessif* »[331].

123. L'amendement portant sur les incompatibilités sera finalement rétabli par l'Assemblée nationale en seconde lecture, reprenant la dérogation relative aux œuvres de l'esprit ajoutée en commission des lois au Sénat. Puis, il sera adopté en sa forme définitive en seconde lecture devant le Sénat. Les débats portèrent de nouveau sur le caractère juridictionnel du Conseil

[328] Ass. Nat., XIV[ème] législature, Session ordinaire de 2012-2013, Compte rendu intégral, séance du mercredi 19 juin 2013, J.O.R.F. du 20 juin 2013, p. 6642.

[329] Rapport de la commission des lois du Sénat, n° 722, session extraordinaire de 2012-2013, 299 p., spéc. . 46.

[330] Article 8 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, précité.

[331] Sénat, Session extraordinaire de 2012-2013, Compte rendu intégral, séance du lundi 15 juillet 2013, J.O.R.F. du 16 juillet 2013, p. 7171.

constitutionnel et sur le rapprochement nécessaire du statut des membres avec celui des magistrats[332] et révélèrent à nouveau un régime d'incompatibilités voulu général et systématique.

124. Seuls les travaux scientifiques pourront donc être poursuivis, dans le respect des obligations applicables aux membres du Conseil. Les débats portant sur ce nouveau régime d'incompatibilités témoignent de l'intérêt manifesté par les parlementaires pour l'approfondissement du caractère juridictionnel du Conseil. L'analyse des discussions parlementaires relatifs à la réforme du régime des incompatibilités applicables aux membres du Conseil constitutionnel démontre que l'intention des parlementaires était bien d'exclure du droit de cumul la possibilité de poursuivre des enseignements, au contraire du régime applicable aux magistrats. Cependant, le régime ainsi adopté impose des exigences probablement trop strictes aux membres du Conseil constitutionnel. Il ne tient pas assez compte des particularités de la composition de la juridiction constitutionnelle et de la nécessité de préserver, chez certains membres et particulièrement chez les professeurs de droit, à titre dérogatoire, le droit de cumuler les fonctions de juge constitutionnel avec leur activité d'origine.

B. Une définition insuffisante des incompatibilités applicables spécifiquement aux professeurs de droit

125. Le statut des juridictions constitutionnelles « *recouvre essentiellement les questions relatives aux modalités de désignation, à la composition et à l'organisation du mandat* » des juges constitutionnels[333]. L'indépendance de la juridiction constitutionnelle est d'abord la conséquence des règles statutaires, en ce sens que sa reconnaissance dépend de la détermination « *d'un statut constitutionnel* [la] *mettant à l'abri des représailles possibles de*

[332] Ass. Nat., XIV[ème] législature, Session extraordinaire de 2012-2013, Compte rendu intégral, séance du mercredi 22 juillet 2013, J.O.R.F. du 23 juillet 2013, p. 8314.

[333] C. Grewe, « La question du statut des juges constitutionnels », in D. Rousseau (dir.), *Le Conseil constitutionnel en questions*, L'Harmattan, Paris, 2004, pp. 77-92, spéc. p. 78.

la part des autorités politiques »[334]. L'indépendance doit donc être considérée comme la condition première de sa légitimité. La garantir passe ensuite nécessairement par la détermination de règles d'incompatibilités professionnelles spécifiquement applicables à cette juridiction, ce qu'a justement permis la loi organique du 11 octobre 2013. Jusqu'en 2013, la définition de la compatibilité des fonctions de professeur avec celles de juge constitutionnel ne s'opérait que par déduction d'un simple renvoi aux incompatibilités professionnelles applicables aux parlementaires quand la logique inhérente au statut des juges constitutionnels aurait dû conduire à détailler explicitement, dans l'ordonnance du 7 novembre 1958, l'interdiction de cumul des fonctions de membre du Conseil avec toute fonction publique. Pour autant, le dispositif mis en place par la loi organique de 2013 est trop excessif.

126. Dans cette perspective, il aurait été souhaitable de prévoir une dérogation applicable spécifiquement aux professeurs d'université, comme c'est le cas pour nombre de juridictions constitutionnelles étrangères. La plupart de ces juridictions ont en effet établi une incompatibilité générale avec toute fonction publique, à laquelle une loi spéciale permet aux professeurs d'université de déroger. A titre d'exemple, le statut de la Cour constitutionnelle fédérale allemande dispose expressément que « *l'activité de juge est incompatible avec toute autre activité professionnelle* », interdisant ainsi le cumul entre la fonction de juge constitutionnel et tout emploi de fonctionnaire, à l'exception notable des « *professeurs de droit d'une institution d'enseignement supérieur allemande* »[335]. De même, la loi spéciale sur la Cour constitutionnelle belge détermine précisément un ensemble de fonctions incompatibles avec celle de membre de la Cour. Ainsi, « *les fonctions de juge, de référendaire et de greffier, sont incompatibles avec les fonctions judiciaires, avec l'exercice d'un mandat public conféré par élection, avec toute fonction ou charge publique d'ordre politique ou administratif, avec les charges de notaire et d'huissier de justice, avec la profession d'avocat, avec l'état de militaire et avec la fonction de ministre d'un culte reconnu* ». Néanmoins, la loi spéciale tient précisément compte de la situation des professeurs de droit membres en leur permettant de déroger aux incompatibilités : « *lorsqu'il s'agit de l'exercice de fonctions de*

[334] L. Favoreu, « Juridiction constitutionnelle », in O. Duhamel, Y. Mény (dir.), *Dictionnaire constitutionnel*, P.U.F., Paris, 1992, 1112 p., spéc. p. 147. Ainsi, comme le remarquait Hans Kelsen « *son indépendance vis-à-vis du Parlement comme vis-à-vis du gouvernement est un postulat évident. Car ce sont précisément le Parlement et le gouvernement qui doivent être, en tant qu'organes participant à la procédure législative, contrôlés par la juridiction constitutionnelle* » (H. Kelsen, « La garantie juridictionnelle de la Constitution (la justice constitutionnelle) », *R.D.P.*, 1928, pp. 197-257, spéc. pp 225-226).

[335] Article 3 §4 de la loi sur la Cour constitutionnelle fédérale allemande.

professeur, chargé de cours, maître de conférences ou assistant dans les établissements d'enseignement supérieur, pour autant que ces fonctions ne s'exercent pas pendant plus de cinq heures par semaine ni en plus de deux demi-jours par semaine » ou « *lorsqu'il s'agit de l'exercice de fonctions de membre d'un jury d'examen* »[336]. Des règles statutaires similaires se retrouvent encore pour l'accès des membres à la Cour constitutionnelle italienne[337], devant laquelle « *la poursuite d'une activité scientifique en cours de mandat n'est pas considérée comme incompatible avec la fonction de juge constitutionnel. Les membres de la Cour peuvent donc collaborer à des revues scientifiques, les diriger, participer à des colloques. Ils peuvent aussi publier des ouvrages scientifiques, y compris de droit et de contentieux constitutionnel* »[338] ou au Tribunal constitutionnel portugais dont le statut rend compatible « *l'exercice non rémunéré de fonctions d'enseignement et de recherche scientifique de nature juridique* » avec les fonctions de juge constitutionnel. En ne tenant pas compte de la situation particulière des professeurs d'université, la loi organique pourrait conduire à réduire le nombre de candidats aux fonctions de juge constitutionnel, faute d'avoir organisé des garanties suffisantes applicables aux professeurs. L'un des motifs de l'adoption du nouveau régime d'incompatibilités était d'approfondir les règles de préservation de l'indépendance et de l'impartialité des membres du Conseil. Or, le régime organise une dérogation pour les activités scientifiques, activités pouvant tout autant aller à l'encontre des obligations applicables aux membres du Conseil.

127. L'insuffisance des règles d'incompatibilités professionnelles applicables aux membres du Conseil résulte précisément d'une codification elle-même insuffisante. Il aurait probablement été plus judicieux d'élaborer un ensemble de règles d'incompatibilités professionnelles expressément énumérées, propres à la juridiction constitutionnelle, particulièrement de manière à organiser la compatibilité des fonctions des professeurs de droit à l'institution. En effet, il y aurait une nécessité pratique à prendre en compte les spécificités du cumul entre l'exercice de la fonction de juge constitutionnel et de professeur d'université. Certes, l'office du juge constitutionnel implique le respect d'obligations statutaires et

[336] Article 44 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle. Voir aussi A. Rasson-Roland, M. Verdussen, « Juges constitutionnels-Belgique », *A.I.J.C.*, 2014, précité, pp. 237-238.

[337] Article 7 de la loi n° 87 du 11 mars 1953 sur l'organisation de la Cour constitutionnelle.

[338] J.-C. Escarras, « Les juges constitutionnels-Italie », *A.I.J.C.*, 1985, pp. 165-181, spéc. p. 181 ; A. Pizzorusso, « Présentation de la Cour constitutionnelle italienne », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 6, 1999, pp. 22-35.

déontologiques qui peuvent se confronter directement aux activités d'enseignement des professeurs d'université. Cependant, de tels aménagements iraient dans le sens d'une incitation à la nomination des professeurs de droit.

Conclusion du chapitre 1

128. En définitive, les professeurs de droit ne peuvent accéder au Conseil constitutionnel qu'à l'issue d'un choix discrétionnaire et *intuitu personae* de la part de l'autorité de nomination, bien que désormais les parlementaires disposent d'un droit d'audition des futurs juges constitutionnels. Comme pour n'importe quelle autre personnalité pressentie, la nomination des professeurs de droit est donc tout à la fois un acte libre ainsi qu'un acte discrétionnaire, en l'état insusceptible de contrôle.

129. Avant la loi organique du 19 janvier 1995[339], et si l'on excepte les fonctions de membre du Gouvernement, du Parlement ou du Conseil économique et social[340], toutes les activités professionnelles, dont celle de professeur de droit, étaient compatibles avec celle de juge constitutionnel. Les statuts applicables aux membres du Conseil n'avaient donc pas spécifiquement pris en compte leur situation. A partir de 1995, un droit de cumul pouvait être déduit par un raisonnement par analogie de l'ordonnance du 7 novembre 1958 dont l'article 4 alinéa 4 disposait que « *les incompatibilités professionnelles applicables aux membres du Parlement sont également applicables aux membres du Conseil constitutionnel* ». Cette règle spéciale offrait ainsi aux professeurs d'université le droit de déroger aux règles générales d'incompatibilités prévues par les statuts de la fonction publique et de cumuler leur activité de professeur de droit et de juge constitutionnel. Désormais, la loi organique du 11 octobre 2013 interdit à tous les conseillers, sans exception, le cumul de leur fonction de membre du Conseil constitutionnel avec toute fonction publique, exceptée en ce qui concerne les travaux scientifiques, artistiques ou littéraires. Les professeurs de droit se trouvent alors dans l'obligation de cesser leur activité d'enseignement. Ce nouveau régime est toutefois trop strict. Il ne tient pas suffisamment compte des particularités de la composition d'une juridiction constitutionnelle et induit de plus le risque de décourager les candidats aux fonctions de juge constitutionnel.

[339] Loi organique n° 95-63 du 19 janvier 1995 relative à la déclaration de patrimoine des membres du Parlement et aux incompatibilités applicables aux membres du Parlement et à ceux du Conseil constitutionnel, J.O.R.F. du 20 janvier 1995, p. 1041.

[340] Article 4 de l'ordonnance du 7 novembre 1958, précité.

130. L’absence de règles d’accès profitant aux professeurs de droit est significative de l’insuffisance des règles françaises de nomination au Conseil constitutionnel. Pour cette raison, il est désormais nécessaire d’adopter une clause constitutionnelle de compétence, dont les professeurs de droit seraient bénéficiaires.

Chapitre 2:

L'adoption souhaitable d'une clause constitutionnelle de compétence

131. Louis Favoreu exprimait dans les années quatre-vingt l'idée selon laquelle l'image véhiculée par la doctrine des juges constitutionnels français était inexacte. La représentation de juges constitutionnels non juristes et ne devant leur nomination qu'à la faveur des autorités politiques était pour lui largement galvaudée. Il faut donc « *relativiser les appréciations formulées au début de la V*^{ème} *République* » et, « *avec le recul, et en connaissant mieux les expériences étrangères, on ne peut qu'être conforté dans cette opinion* »[341]. Pourtant, c'est aujourd'hui le constat inverse qu'il importe de faire, en comparaison notamment avec ces mêmes expériences étrangères, tant la fonction du juge constitutionnel semble avoir évolué.

132. Plusieurs solutions destinées à encourager l'accès des professeurs de droit à l'institution sont envisageables. La première porte sur l'incitation à des choix centrés sur la compétence juridique des membres par l'adoption d'une clause générale de compétence (Section 1). La seconde porte sur l'encadrement des nominations par l'adoption d'une clause spéciale de compétence, qui garantirait l'accès des professeurs de droit au Conseil constitutionnel en conditionnant la nomination à l'appartenance à une catégorie socio-professionnelle déterminée (Section 2).

Section 1. Le choix possible de l'incitation

133. Cette première solution est fondée sur l'incitation à des choix centrés sur la compétence juridique des membres par l'adoption d'une clause générale de compétence[342].

[341] L. Favoreu, « Les juges constitutionnels – France », précité, p. 141.

[342] La notion de clause de compétence doit se comprendre comme la disposition particulière prévue par la Constitution ou inscrite dans la Constitution et ayant pour objet de préciser, parmi les autres conditions de nomination, les qualifications juridiques requises pour l'accès à la juridiction constitutionnelle et nécessaires à l'exercice de la fonction de juge constitutionnel.

Très répandue dans les systèmes étrangers, l'adoption d'une telle clause nécessite d'en déterminer le contenu de manière à favoriser une composition orientée vers la compétence juridique des juges (§ 1). Si les professeurs de droit sont visés par la clause générale de compétence, c'est sur la base d'un critère matériel. Cette solution incitative, dont les professeurs de droit seraient donc les bénéficiaires indirects, laisse subsister le risque d'une condition encore trop souple. Elle préserve en effet encore une trop grande marge de liberté aux autorités de nomination sans que l'accès des professeurs de droit ne puisse être garanti (§ 2).

§ 1. La détermination des qualifications juridiques requises

134. Il est une nécessité depuis longtemps reconnue de faire une véritable place aux juristes de profession et à la compétence juridique au sein des juridictions constitutionnelles[343]. Cependant, la question qui subsiste réside dans la difficulté de déterminer le ou les critères de compétence que les membres devront satisfaire *a priori* pour accéder aux fonctions de juge constitutionnel. Pour cela, il est utile de s'interroger d'abord sur ce que la jurisprudence constitutionnelle a considéré comme étant les compétences "attendues" d'un juge constitutionnel (A) ; pour ensuite dresser la liste des constitutions étrangères dotées de telles clauses générales de compétence afin d'en comparer le contenu (B).

A. Les qualités attendues d'un juge dans la jurisprudence constitutionnelle française

135. Le Conseil constitutionnel a déterminé à plusieurs reprises dans sa jurisprudence l'étendue des compétences nécessaires à l'exercice de la fonction juridictionnelle. Deux décisions permettent d'en illustrer les conditions fondamentales.

[343] Hans Kelsen s'exprimait en 1928 en ces termes : « *Il est de la plus grande importance d'accorder dans la composition de la juridiction constitutionnelle une place adéquate aux juristes de profession* » (H. Kelsen, « La garantie juridictionnelle de la Constitution (la justice constitutionnelle) », précité, p. 227).

136. La première a trait au recrutement exceptionnel de magistrats de l'ordre judiciaire[344]. Pour la première fois, en 1998, le législateur organique a prévu d'ouvrir des concours exceptionnels pour le recrutement de magistrats de premier et de second grades pour l'exercice des fonctions de conseiller de Cour d'appel[345]. Jugeant la loi organique insuffisamment précise, le Conseil constitutionnel émet des réserves d'interprétation à son égard, évoquant les conditions en termes d'aptitudes juridiques nécessaires aux recrutements exceptionnels dans la magistrature. Dans sa décision, la Haute instance rappelle les termes de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen sur l'admissibilité des citoyens « *aux dignités, places et emplois publics selon leur capacité* »[346] précisant que dans le cas qui lui était soumis, celle-ci devait être « *en relation avec les fonctions de magistrat* »[347]. Néanmoins, le Conseil précise que, dans la mesure où la qualification juridique nécessaire à l'exercice des fonctions de magistrat de l'ordre judiciaire n'est pas nécessairement induite par l'exercice professionnel antérieur des intéressés, les dispositions réglementaires prises en application de la loi « *devront prévoir des épreuves de concours de nature à permettre de vérifier, à cet effet, les connaissances juridiques des intéressés* »[348]. En outre, il rappelle que la capacité juridique des magistrats est une des conditions de « *la qualité des décisions rendues, l'égalité devant la justice et* [du] *bon fonctionnement du service public de la justice* »[349].

137. La seconde décision du Conseil constitutionnel concerne les fonctions de juge de proximité[350]. Après avoir été saisi en 2003 par le Premier ministre d'une loi organique portant

[344] Décision n° 98-396 D.C. du 19 février 1998, Loi organique portant recrutement exceptionnel de magistrats de l'ordre judiciaire et modifiant les conditions de recrutement des conseillers de cour d'appel en service extraordinaire, J.O.R.F. du 26 février 1998, p. 2976 ; voir notamment, A. Quint, « La décision n° 98-396 D.C. sur le recrutement exceptionnel de magistrats de l'ordre judiciaire : une jurisprudence à pas comptés », *J.C.P.G.*, 1998, n° 26, pp. 1164-1168.

[345] Loi organique n° 98-105 du 24 février 1998 portant recrutement exceptionnel de magistrats de l'ordre judiciaire et modifiant les conditions de recrutement des conseillers de cour d'appel en service extraordinaire, J.O.R.F. du 26 février 1998, p. 2975.

[346] Décision n° 98-396 D.C. du 19 février 1998, précité, cons. 3.

[347] *Ibidem*.

[348] *Idem*, cons. 9.

[349] *Idem*, cons. 10.

[350] Décision n° 2003-466 DC du 20 février 2003, *Loi organique relative aux juges de proximité*, J.O.R.F. du 27 février 2003, p. 3480 ; voir notamment J.-E. Schoettl, « Le statut des juges de proximité devant le Conseil constitutionnel », *L.P.A.*, 2003, n° 52, pp. 7-22.

sur les juges de proximité[351], le Conseil constitutionnel a assorti sa décision de conformité de réserves d'interprétation. L'une d'entre elles rappelle l'exigence de capacités pour l'exercice des fonctions judiciaire en vertu desquelles la compétence juridique et l'aptitude à juger des candidats aux fonctions de juge de proximité devront être strictement appréciées. Le Conseil a vérifié notamment que le législateur s'était conformé aux principes à valeur constitutionnelle d'indépendance de l'autorité judiciaire et d'inamovibilité des magistrats mais aussi d'égalité des citoyens, « *également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents* », au sens de l'article 6 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Au regard de cet article, le Conseil devait alors s'assurer que le législateur avait bien défini les critères de connaissance ou d'expérience juridique des catégories de personnes pouvant se porter candidates à l'exercice des fonctions de juge de proximité. La loi organique prévoyait qu'outre les anciens magistrats de l'ordre administratif et de l'ordre judiciaire, d'autres personnes pouvaient se porter candidates, en particulier celles bénéficiant de connaissances juridiques acquises, soit par des études de droit sanctionnées par l'obtention d'un diplôme, soit par une expérience professionnelle en matière juridique. L'énumération qui en est faite dans la décision est intéressante. Le Conseil précise « *qu'il en est ainsi, sous les conditions d'âge et d'ancienneté énoncées par cet article, des membres ou anciens membres des professions libérales juridiques et judiciaires, des anciens fonctionnaires des services judiciaires des catégories A et B, des personnes titulaires d'un diplôme sanctionnant quatre années d'études supérieures et ayant acquis une expérience professionnelle dans le domaine juridique, des personnes justifiant de l'exercice de fonctions impliquant des responsabilités de direction ou d'encadrement dans le domaine juridique les qualifiant pour l'exercice de fonctions judiciaires, ainsi que des conciliateurs de justice* ». Néanmoins, le Conseil ajoute que « *si les connaissances juridiques constituent une condition nécessaire à l'exercice des fonctions judiciaires* », le Conseil supérieur de la magistrature devra s'assurer que les candidats dont la nomination est envisagée sont aptes à exercer les fonctions de juge de proximité[352]. Le législateur organique avait aussi déterminé une catégorie de personnes pouvant se porter candidates mais sans établir de conditions de compétences ou d'expérience juridique à leur nomination. Le juge constitutionnel a donc rappelé que « *si aucune règle de valeur constitutionnelle ne s'oppose à des conditions de recrutement différenciées aux fonctions de*

[351] Loi organique n° 2003-153 du 26 février 2003 relative aux juges de proximité, J.O.R.F. du 27 février 2003 p. 3479.

[352] Décision n° 2003-466 DC du 20 février 2003, précité, cons. 12.

juge de proximité, c'est à la condition que le législateur organique précise lui-même le niveau de connaissances ou d'expérience juridiques auquel doivent répondre les candidats à ces fonctions, de manière à satisfaire aux exigences de capacité qui découlent de l'article 6 de la Déclaration de 1789 et afin que soit garantie, en application du même article, l'égalité des citoyens devant la justice »[353]. Ainsi, si les juges de proximité peuvent ne pas être des juges professionnels, le Conseil constitutionnel leur a transposé sa jurisprudence relative aux magistrats exerçant à titre temporaire, élaborant progressivement un standard du "bon juge". Si la juridiction constitutionnelle ne détermine pas avec précision quelles compétences juridiques doivent être exigées des juges, son contrôle étant réduit à l'erreur manifeste d'appréciation, elle en déduit néanmoins que l'exercice de la fonction nécessite des garanties adéquates de compétences et d'expérience juridique indispensables aux garanties d'indépendance de l'autorité judiciaire ainsi qu'aux exigences de capacité qui découlent de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

138. De cette jurisprudence émane un paradoxe difficilement explicable. En effet, contrairement à ce qui est déduit pour les juges ordinaires de l'article 6 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen, la constitution n'impose le respect d'aucune condition de compétence juridique pour accéder au Conseil constitutionnel. Comme l'exprime Patrick Wachsmann, « *pour n'être pas des magistrats de l'ordre judiciaire, les membres du Conseil constitutionnel ne devraient-ils pas justifier d'une " qualification juridique nécessaire à l'exercice de leurs fonctions* " ? »[354]. La nomination au Conseil constitutionnel devrait dès lors s'envisager comme pour l'accès à tout emploi public fondé sur l'article 6 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen nécessitant de créer des distinctions seulement lorsqu'elles sont justifiées par les vertus et les talents appréciées au regard de la fonction à exercer. C'est pourquoi, au regard des fonctions remplies aujourd'hui par le Conseil constitutionnel, il est nécessaire que les futurs membres répondent aux qualités que l'on attend d'un juge[355].

[353] *Idem*, cons. 13.

[354] P. Wachsmann, « Sur la composition du Conseil constitutionnel », précité, p. 19.

[355] *Idem*, p. 29.

139. Après avoir tracé les contours du paradoxe constitué par la jurisprudence constitutionnelle française exigeant certaines qualités de compétences pour exercer les fonctions de juge alors qu'il existe une absence totale de conditions de compétences pour accéder au Conseil constitutionnel, il est désormais nécessaire de s'intéresser aux qualités attendues des juges constitutionnels dans les juridictions constitutionnelles étrangères.

B. Les qualités attendues des juges constitutionnels dans les juridictions constitutionnelles étrangères

140. Il semblerait *a priori* difficile d'imaginer un mécanisme valable pour tous les systèmes constitutionnels. Ainsi que le soulignait Hans Kelsen, « *On ne peut pas* […] *proposer une solution uniforme pour toutes les constitutions possibles : l'organisation de la juridiction devra se modeler sur les particularités de chacune d'entre elles* »[356]. Néanmoins, sur le modèle de nombreuses constitutions étrangères, la nomination ou l'élection des membres des juridictions constitutionnelles répond, au minimum, à un ensemble de conditions insérées dans une clause générale de compétence. Son contenu est généralement constitué d'une liste de compétences ou plus largement d'aptitudes que doivent remplir les futurs juges (1). Il se matérialise également par la nécessité d'un degré ou d'un niveau d'expérience voulu, plus ou moins long suivant les modèles considérés (2).

1. La compétence juridique

141. De nombreuses Constitutions étrangères ont adopté une clause générale de compétence destinée à créer les conditions élémentaires d'accès à leur juridiction constitutionnelle. Mais leur contenu est-il similaire ? Sur le plan de la méthode, l'approche comparée est ici nécessaire. Elle vise la pertinence des systèmes évoqués au regard des conditions d'accès et de leur composition et non la classification selon les modèles de justice constitutionnelle ou la culture juridique. Ne pas établir de comparaison entre les juridictions constitutionnelles relevant du modèle européen et celles relevant du modèle américain de

[356] H. Kelsen, « La garantie juridictionnelle de la Constitution (la justice constitutionnelle) », précité, p. 226.

justice constitutionnelle permet, en effet, d'élargir l'étude à toutes les juridictions qui tranchent en dernier ressort la question de constitutionnalité. Bien sûr, dans le cadre du modèle européen, les Cours constitutionnelles ont un monopole dans ce domaine. Au regard du modèle américain, élargir l'étude suppose d'exclure la plupart des juridictions qui sont compétentes pour opérer un contrôle de constitutionnalité des lois, puisque, par définition, toute juridiction est compétente. Une telle limitation est logique car, comme le souligne le Guy Scoffoni au sujet des Etats-Unis, « *la Cour suprême fixe […] en dernier ressort l'interprétation constitutionnelle et le droit jurisprudentiel ainsi défini s'impose en vertu de la règle du précédent (stare decisis)* »[357]. Les Cours suprêmes ont bien ainsi une « *position historique très marquée de véritable juridiction constitutionnelle* »[358]. Le développement de la justice constitutionnelle sur tous les continents notamment en Afrique et en Europe centrale et orientale rend cependant l'étude exhaustive du statut des juges constitutionnels extrêmement difficile. Pour être opérationnelles, les comparaisons doivent alors s'établir au regard des systèmes imposant, dans les textes occupant le plus haut degré dans la hiérarchie des normes, les conditions de compétences que doivent remplir les candidats à la fonction de juge constitutionnel. Un classement peut alors être effectué. Certains pays pourraient être rangés parmi ceux ayant exclusivement adopté une clause générale de compétence, degré minimal de condition d'accès (a), quand d'autres s'établissent autour de systèmes mixtes associant à la détermination d'une clause générale de compétence, un encadrement plus strict des nominations (b).

a. Les systèmes exclusifs

142. Un modèle semble se dégager, centré autour de deux prescriptions largement entendues : la qualité et la réputation du juriste choisi. En Europe, ce système exclusif est visiblement plus l'apanage des Constitutions d'Europe centrales et orientales[359]. C'est par exemple le cas dans la Constitution de la Bosnie-Herzégovine prévoyant que si tout électeur peut être admissible à la Cour constitutionnelle, il doit néanmoins être un « *juriste[s]*

[357] G. Scoffoni, « La légitimité du juge constitutionnel en droit comparé : les enseignements de l'expérience américaine », *R.I.D.C.*, 1999, précité, p. 244.

[358] *Ibidem*.

[359] *Rapport révisé sur la composition des Cours constitutionnelles*, Commission européenne pour la démocratie par le droit, éd. Du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1997, 19 p.

éminent[s] de haute moralité »[360]. Cette exigence minimaliste et néanmoins indispensable se retrouve encore dans la Constitution bulgare, dont l'article 147 dispose que « *Sont élus juges à la Cour constitutionnelle des juristes ayant fait preuve de hautes qualités professionnelles et morales* »[361]. En Lituanie, la Constitution prévoit que ne peuvent être nommés juges à la Cour constitutionnelle que les personnes « *dont la réputation est irréprochable, qui possèdent une connaissance approfondie du droit, et qui ont une expérience d'au moins dix ans dans une profession juridique ou une activité pédagogique liée à leur compétence juridique* »[362]. La loi sur la Cour constitutionnelle de Lituanie du 3 février 1993 ajoute « *et de recherche* » aux termes « *activité pédagogique* », marquant un premier pas vers un encadrement plus précis des conditions de nomination, de façon à mieux promouvoir l'accès des professeurs de droit à la Cour constitutionnelle. La Roumanie a elle aussi imaginé un ensemble très général de trois conditions cumulatives à la nomination imposant : une « *formation juridique supérieure* », une « *haute compétence professionnelle* » et « *une ancienneté de dix-huit ans au moins dans l'activité juridique ou dans l'enseignement juridique supérieur* »[363]. Très proches de la Roumanie dans la détermination des conditions générales en termes de compétences, les exigences pour être membres de la Cour constitutionnelle russe sont les suivantes : une « *réputation irréprochable* », avoir une « *formation juridique supérieure et une ancienneté professionnelle d'au moins quinze ans dans une profession juridique* », et posséder une « *haute qualification reconnue dans le domaine du droit* »[364]. La Constitution slovène exige seulement deux conditions, être un « *professionnel du droit* »[365] et être un citoyen slovène expert en droit[366]. Enfin, en Pologne, une double condition de qualité et de formation est

[360] Article VI.1.b) de la Constitution du 14 décembre 1995 ; voir aussi N. Maziau, « Présentation de la Cour constitutionnelle de Bosnie-Herzégovine », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 11, 2001, pp. 30-47.

[361] Article 147 (3) de la Constitution du 12 juillet 1991 ; voir également M. Verdussen (dir.), *La justice constitutionnelle en Europe centrale*, Bruylant/LGDJ, Bruxelles/Paris, 1997, 258 p., spéc. pp. 7-13 ; E. Drumeva, « Présentation de la Cour constitutionnelle de Bulgarie », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 14, 2003, pp. 57-60.

[362] Article 103 de la Constitution du 25 octobre 1992.

[363] Article 43 de la Constitution du 21 novembre 1991 ; voir A. Zegrean, T.Toader, « La Cour constitutionnelle de Roumanie », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 38, 2013, pp. 251- 259.

[364] Article 8 de la loi constitutionnelle fédérale sur la Cour constitutionnelle de la fédération de Russie du 24 juin 1994 (M. Zakharova, « Vingt ans après, la Russie est-elle dotée d'une véritable justice constitutionnelle ? », *Constitutions*, avril-juin 2012, pp. 235-245 ; M.-E. Baudoin, « La Cour constitutionnelle de la Fédération de Russie vue par un juriste français », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 28, 2010, pp. 55-62).

[365] L'article 163 al. 2 de la Constitution du 23 décembre 1991 dispose en effet que « Les juges sont élus parmi les professionnels du droit » ; voir U. Umek, « Présentation de la Cour constitutionnelle de Slovénie », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 19, 2005, pp. 72-77 ; Voir aussi http://www.us-rs.si.

[366] Article 9 de la loi du 2 avril 1994 sur la Cour constitutionnelle.

exigée. La Constitution impose que les juges soient élus « *parmi les personnes se distinguant par leur connaissance du droit* »[367], et une loi organique détermine une condition supplémentaire en termes de formation juridique selon laquelle « *peut être juge au Tribunal toute personne qui possède les aptitudes requises pour remplir les fonctions de juge de la Cour Suprême ou de la Haute Cour administrative* »[368].

143. Concernant les juridictions constitutionnelles africaines qui font preuve d'une certaine permanence, la majorité d'entre elles se voient appliquer un système de nomination réduisant le plus possible le caractère discrétionnaire du choix des autorités de désignation. La nature politique du processus de désignation des juges constitutionnels, exacerbée par un contexte de tensions politiques récurrent et de soupçons d'emprise du pouvoir politique sur la justice semble vouloir être atténuée le plus possible dans les systèmes de nomination. Comme l'observe Marie-Madeleine Mborantsuo, « *à la différence de ce qui se produit pour le Conseil constitutionnel français, les constitutions africaines ont toutes introduit dans leurs dispositions des conditions pour être nommé membre d'une Cour constitutionnelle* »[369]. La Constitution camerounaise impose ainsi que les membres du Conseil constitutionnel soient choisis parmi les « *personnalités de réputation professionnelle établie* », et qu'ils jouissent « *d'une grande intégrité morale et d'une compétence reconnue* »[370]. Au Maroc, les membres de la Cour sont choisis parmi les « *personnalités disposant d'une haute formation juridique et d'une compétence judiciaire, doctrinale ou administrative* ». Ils doivent de plus être « *reconnus pour leur impartialité et leur probité* »[371]. En Côte d'Ivoire, l'article 91 de la Constitution dispose que « *les conseillers sont nommés […] parmi les personnalités connues pour leur compétence en matière juridique ou administrative* »[372]. A Djibouti, la Constitution

[367] Article 194 alinéa de la Constitution du 2 avril 1997 ; voir M. Wyrzykowski, « Présentation du Tribunal », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 3, 1997, pp. 46-53.

[368] Art. 5-3 de la loi du 1er août 1997 sur le Tribunal constitutionnel (*La composition des Cours constitutionnelles*, Les documents de travail du Sénat - Série législation comparée, n° L.C. 179, novembre 2007, 44 p., spéc pp. 35-38 ; voir également M. Wyrzykowski, « Présentation du Tribunal », précité, p. 48).

[369] M.-M. Mborantsuo, *La contribution des Cours constitutionnelles à l'Etat de droit en Afrique*, Economica, Paris, 2007, 366 p., spéc. p. 51.

[370] Article 51 de la Constitution du 18 janvier 1996.

[371] Article 130 de la Constitution du 29 juillet 2011.

[372] Article 91 de la Constitution du 23 juillet 2000 ; voir également F. Wodié, « Le Conseil constitutionnel de Côte d'Ivoire », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 40, 2013, pp. 137-151.

détermine que les membres devront être choisis essentiellement parmi des juristes d'expérience[373].

144. En Amérique du Sud, les expériences semblent assez disparates. Néanmoins, chacun des systèmes prévoit au minimum une clause générale de compétence quelles que soient les modalités de justice constitutionnelle envisagées[374]. La Constitution mexicaine impose ainsi deux conditions générales en termes de compétences et de réputation pour l'accès à la Cour suprême de justice : disposer d'un diplôme de droit délivré par une université mexicaine depuis au moins dix ans[375] et être de bonne réputation[376]. Au Chili, il est demandé aux futurs juges de justifier d'un titre d'avocat depuis au moins 15 ans et de s'être distingués dans une activité professionnelle universitaire ou publique[377]. Les dispositions de la Constitution brésilienne sont bien moins contraignantes, marquant le caractère plus général des conditions imposées à la nomination des juges à la Cour suprême. En effet, les futurs membres de la Cour suprême doivent, pour être nommés, s'être distingués par leur connaissance du droit et leur fermeté de caractère[378]. En Colombie, l'article 239 de la Constitution prévoit que les futurs juges devront être des juristes représentant les diverses spécialités du droit[379].

145. Enfin, en Asie, la constitution cambodgienne prévoit un ensemble de conditions n'imposant pas directement un niveau de compétence juridique mais une formation universitaire. L'article 138 de la Constitution dispose en effet que « *les membres du Conseil seront choisis parmi les hautes personnalités titulaires d'un diplôme universitaire supérieur en droit, administration, économie* »[380].

[373] Article 76 de la Constitution du 4 septembre 1992.

[374] Seule la Cour suprême Argentine semble faire office d'exception en n'imposant aucune condition en termes de compétences pour accéder à la fonction.

[375] Article 95-III de la Constitution du 5 février 1917.

[376] Article 95-IV de la Constitution du 5 février 1917.

[377] Article 92 alinéa 4 de la Constitution du 11 septembre 1980.

[378] Article 101 de la Constitution du 5 octobre 1988.

[379] Article 239 de la Constitution du 4 juillet 1991.

[380] Article 138 de la Constitution du 24 septembre 1993.

146. Si ces systèmes privilégient uniquement une clause générale de compétence, d'autres ont, pour leur part, fait le choix d'associer à une clause générale de compétence un encadrement des nominations.

b. Les systèmes mixtes

147. Certaines constitutions organisent un ensemble de règles plus complexes conditionnant l'accès à la juridiction constitutionnelle. Ces systèmes ont prévu une clause générale de compétence applicable à tous les membres, renforcée par un encadrement plus strict des nominations.

148. Par exemple, le constituant autrichien encadre les nominations en fonction des autorités de nomination compétentes. Si les membres nommés sur proposition du Gouvernement fédéral doivent être choisis parmi différentes catégories socio-professionnelles prédéterminées[381], tous les autres membres « *doivent avoir terminé leurs études de droit et sciences politiques et avoir une expérience d'au moins dix ans dans une profession pour laquelle ces études sont requises* »[382]. En Allemagne, si une partie des juges doit être choisie parmi des juges fédéraux[383], tous doivent posséder le « *certificat d'aptitude aux fonctions de juge* » qui sanctionne la formation commune à tous les membres des professions juridiques menant aux fonctions de magistrat, avocat ou haut-fonctionnaire[384]. L'Espagne a fait le choix d'un système de recrutement des juges assez contraignant, imposant aux autorités de nomination de choisir les membres du Tribunal constitutionnel parmi certaines catégories socio-professionnelles. De ce point de vue, la nomination fait l'objet d'un véritable

[381] Art. 147 (2) de la Constitution du 1er octobre 1920 : « *Les membres nommés sur proposition du gouvernement fédéral doivent être choisis parmi les juges, les fonctionnaires de l'administration et les professeurs d'université enseignant une discipline juridique* » ; voir *La composition des Cours constitutionnelles*, Les documents de travail du Sénat - Série législation comparée, n° L.C. 179, novembre 2007, 44 p., spéc pp. 16-17.

[382] Art. 147 (3) de la Constitution du 1er octobre 1920.

[383] Voir *infra* § 173.

[384] Loi du 12 mars 1951 relative à la Cour constitutionnelle fédérale ; voir également M. Fromont, « Présentation de la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 15, 2003, pp. 90-101, spéc. p. 91-92.

encadrement[385]. Néanmoins, il est énoncé par la Constitution que l'ensemble des membres « *devront tous être des juristes aux compétences reconnues et avec plus de quinze ans d'expérience professionnelle* »[386]. Au Portugal, 6 des 13 juges composant le Tribunal constitutionnel sont obligatoirement choisis par les juges des tribunaux. La Constitution ajoute en revanche que les autres membres sont choisis parmi « *les juristes* »[387]. Une loi organique est venue préciser les conditions en termes de formation et de compétence attendues des membres juristes qui « *doivent posséder un diplôme de droit délivré par une université portugaise ou reconnu au Portugal* »[388].

149. Parmi les constitutions africaines, le Bénin fait souvent office de modèle. Ce système relève en effet de la catégorie des systèmes mixtes. En plus d'un encadrement strict des nominations, l'article 115 de la Constitution béninoise dispose qu'« *outre la condition de compétence professionnelle, il faut être de bonne moralité et d'une grande probité* »[389]. De même, la Constitution sud-africaine organise un ensemble de conditions liant incitation et encadrement. L'article 174 (5) de la Constitution du 4 décembre 1996 prévoit en effet que quatre des membres de la Cour constitutionnelle devront obligatoirement être des magistrats[390]. De plus, l'article 174 (1) de la Constitution impose une condition générale pour l'accès à la juridiction, selon laquelle tous les candidats à la fonction devront être « *capables et dignes* »[391]. Au Togo, la Constitution détermine des conditions de compétences très largement entendues puisque trois des membres de la Cour constitutionnelle devront être désignés « *en raison de leurs compétences juridiques* »[392].

---

[385] L'article 159-2 de la Constitution du 27 décembre 1978 dispose notamment que : « *Les membres du Tribunal constitutionnel devront être nommés parmi des magistrats et des procureurs, des professeurs d'université, des fonctionnaires publics et des avocats* ».

[386] Article 159-2 de la Constitution du 27 décembre 1978.

[387] Article 222-1 §2 de la Constitution du 2 avril 1976.

[388] Loi organique relative au tribunal constitutionnel du 15 novembre 1982 (*La composition des Cours constitutionnelles*, Les documents de travail du Sénat - Série législation comparée, n° L.C. 179, novembre 2007, 44 p. ; voir aussi J. Miranda, « Juges constitutionnels et doctrines-Portugal », *A.I.J.C.*, 2014, précité, pp. 449-455).

[389] Article 115 de la Constitution du 11 décembre 1990.

[390] Article 174 (5) de la Constitution du 4 décembre 1996 : « *Au moins 4 membres de la Cour constitutionnelle doivent être juges au moment de leur nomination* ».

[391] Article 174 (1) de la Constitution du 4 décembre 1996 : « *Les candidats doivent être " capables et dignes ". Les personnes nommées à la Cour constitutionnelle doivent également être citoyens sud-africains* ».

[392] L'article 100 de la Constitution du 14 octobre 1992 dispose : « *La Cour Constitutionnelle est composée de neuf (9) membres désignés pour sept (7) ans renouvelables. Trois (3) sont désignés par le Président de la*

150. Les systèmes décrits montrent donc que les mécanismes prévus pour garantir la compétence juridique des futurs membres des juridictions constitutionnelles sont relativement hétérogènes. L'introduction de clauses générales de compétence dans les différentes Constitutions étudiées révèle deux tendances. Qu'il s'agisse des systèmes mixtes ou exclusifs, les conditions déterminant l'accès à la juridiction constitutionnelle renvoient soit à une formation universitaire particulière - de laquelle est censée émerger une compétence juridique en lien avec la fonction exercée - soit à l'exigence d'une qualification juridique de haut niveau sans pour autant qu'elle soit précisément déterminée. Dans le premier cas, la formation exigée peut être d'un degré plus ou moins élevé selon les systèmes[393], mais elle se concrétise au minimum par ce qui correspond au premier diplôme juridique délivré par une université[394]. Le second cas, plus répandu, vise à imposer la détention, très largement entendue, de qualifications juridiques de haut niveau. Beaucoup de constitutions font ainsi appel à d'éminents juristes de façon à inciter les autorités de nomination à choisir des juristes réputés. Dans tous les cas, ces nominations favorisent l'accès des professeurs de droit à la juridiction constitutionnelle.

151. Ces clauses générales de compétence déterminent encore des conditions relatives à l'expérience des juges constitutionnels.

2. L'expérience

152. L'expérience retenue peut prendre plusieurs formes. Elle peut se concevoir comme la prescription d'un exercice suffisamment long d'une profession juridique (b) ou comme une

---

République dont un (1) en raison de ses compétences juridiques. Trois (3) sont élus par l'Assemblée nationale à la majorité des deux tiers (2/3) de ses membres. Ils doivent être choisis en dehors des députés. L'un d'entre eux doit être désigné en raison de ses compétences juridiques. Trois (3) sont élus par le Sénat à la majorité des deux tiers (2/3) de ses membres. Ils doivent être choisis en dehors des sénateurs. L'un d'entre eux doit être désigné en raison de ses compétences juridiques ».

[393] Le Chili impose par exemple aux futurs membres d'être titulaires au minimum du diplôme d'avocat, délivré par la Cour suprême de justice et obtenu à la suite du diplôme de « *licenciado* », correspondant à la réussite à un programme d'étude contenant tous les aspects essentiel d'une discipline. Le Portugal, au contraire, n'impose que la détention d'un diplôme de droit sans préciser lequel.

[394] L'hypothèse serait, par exemple en France, d'être au moins titulaire d'une licence en droit.

condition d'âge minimal pour accéder à la juridiction (a). Dans les deux cas, l'expérience vise à la fois à préserver le juge des risques d'atteinte à son indépendance et à garantir l'accès de membres aux compétences juridiques déjà solidement éprouvées.

a. L'âge minimal conditionnant l'accès à la juridiction

153. Les clauses générales de compétence s'accompagnent généralement d'une condition d'âge. Certaines Constitutions ont déterminé un âge minimal en dessous duquel l'accès à la juridiction constitutionnelle est impossible. Il est intéressant d'observer que beaucoup d'entre elles ont fixé ce seuil à 40 ans. C'est ici l'idée d'une légitimation du juge constitutionnel par la sagesse[395] qui se traduirait en un gage de crédibilité. C'est notamment le cas de l'Allemagne, de la Russie, de l'Ukraine et de la Slovénie[396]. C'est encore le cas pour le tribunal fédéral suprême du Brésil dont l'âge minimum des juges a été fixé à 35 ans[397]. Au Cambodge, l'âge minimal pour accéder au Conseil a été fixé à 45 ans par la Constitution. Cependant, comme le relève Louis Favoreu, « *l'âge n'est pas considéré comme un facteur important de légitimité* »[398] mais se conçoit principalement comme un moyen de garantir l'exercice long d'une profession juridique nécessaire à l'entrée en fonction. La durée d'exercice d'une profession juridique apparaît à ce titre plus importante dans la détermination des qualifications générales attendues des juges constitutionnels.

b. L'exercice suffisamment long d'une profession juridique

154. La principale difficulté rencontrée par les constituants réside dans la détermination précise des qualifications que devraient détenir les futurs juges de la Constitution. Les

[395] A. Lancelot, « La légitimation du juge constitutionnel par la sagesse », in J. Krynen et J. Raibaut (dir.), *La légitimité des juges*, Presses de l'Université des Sciences sociales de Toulouse, Toulouse, 2004, pp. 127-130.

[396] D'autres Constitutions, ayant consacré non plus seulement une clause générale de compétence mais un véritable encadrement des nominations, imposent aussi un âge conditionnant l'accès à la juridiction constitutionnelle. C'est le cas par exemple de la Constitution turque ou encore de la Constitution belge.

[397] A. Pouillieute, « Regard d'un Français sur le Tribunal fédéral suprême, *Les Cahiers du Conseil* constitutionnel, n° 26, pp. 58-61 ; E. Gracie, « Présentation du Tribunal fédéral suprême et place dans le système judiciaire brésilien, *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 26, pp. 55-57.

[398] L. Favoreu, « La légitimité du juge constitutionnel », précité, p. 574.

questions auxquelles sont soumises les juridictions constitutionnelles[399] résidant toujours à la frontière du droit et du politique, il est extrêmement difficile de déterminer précisément les compétences juridiques indispensables à l'exercice de ces fonctions. D'ailleurs, lorsque les systèmes évoqués n'imposent pas directement la détention d'un niveau de formation, ils n'établissent jamais précisément les qualifications nécessaires pour l'exercice de la fonction. Si l'on sait ce qui correspondrait, du point de vue des compétences juridiques, à un bon juge ordinaire, il est bien plus difficile de déterminer ce qui correspondrait à un bon juge constitutionnel[400]. C'est pourquoi l'ensemble des Constitutions évoquées comportant une clause générale de compétence ont déterminé qu'il était nécessaire de détenir une expérience suffisamment longue dans l'exercice d'une profession juridique, sans que cette dernière ne soit précisée.

155. Il en est ainsi en Autriche, par exemple, dont la Constitution énonce qu'une partie des juges à la Cour constitutionnelle devra avoir terminé des études de droit et sciences politiques et surtout détenir une expérience d'au moins dix ans dans une profession pour laquelle ces études sont requises[401]. En Bulgarie, une expérience d'au moins quinze ans dans une profession juridique est exigée pour l'exercice des fonctions de juge constitutionnel[402]. L'article 143 de la Constitution roumaine dispose que les juges à la Cour constitutionnelle doivent avoir « *une ancienneté de dix-huit ans au moins dans l'activité juridique ou dans*

[399] Pour Louis Favoreu, « *les juridictions constitutionnelles appartiennent au même genre que les juridictions ordinaires mais non à la même espèce* » (L. Favoreu, « La légitimité du juge constitutionnel », précité, p. 571).

[400] Sur la distinction entre juge ordinaire et juge constitutionnel et ses conséquences, voir L. Heuschling, « Justice constitutionnelle et justice ordinaire. Epistémologie d'une distinction théorique », in C. Grewe, O. Jouanjan, E. Maulin, P. Wachsmann, *La notion de "justice constitutionnelle"*, Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », Paris, 2005, pp. 85-112.

[401] Article 147 (3) de la Constitution du 1er octobre 1920 ; voir aussi la Constitution lituanienne du 25 octobre 1992 dont l'article 103 impose aux futurs membres une « *expérience d'au moins dix ans dans une profession juridique ou une activité pédagogique liée à leur compétence juridique* » ; voir encore l'article Art. 148 al. 3 de la Constitution du 28 juin 1996 qui dispose que « *le juge de la Cour constitutionnelle d'Ukraine est un citoyen ukrainien, qui a atteint l'âge de quarante ans au moment de sa nomination, est diplômé en droit et possède une expérience professionnelle de dix ans au moins, qui a résidé en Ukraine durant les vingt dernières années et maîtrise la langue officielle* ».

[402] Article 147 (3) de la Constitution du 12 juillet 1991 ; voir encore l'article 8 de la loi constitutionnelle fédérale sur la Cour constitutionnelle de la fédération de Russie du 24 juin 1994 qui dispose que l'ensemble des juges constitutionnel doivent disposer « *d'une ancienneté professionnelle d'au moins quinze ans dans une profession juridique* » ; c'est aussi le cas du Maroc dont l'article 130 de la Constitution du 29 juillet 2011 dispose que « *les membres de la Cour sont choisis parmi les personnalités disposant d'une haute formation juridique et d'une compétence judiciaire, doctrinale ou administrative, ayant exercé leur profession depuis plus de 15 ans, et reconnus pour leur impartialité et leur probité* ».

l'enseignement juridique supérieur »[403]. L'article 115 de la Constitution béninoise impose que les deux juristes de haut niveau, professeurs ou praticiens du droit, pouvant accéder à la Cour constitutionnelle, doivent disposer d'au moins quinze années d'expérience[404].

156. L'expérience semble donc être le complément nécessaire à l'exigence de formation juridique. L'exercice d'une profession juridique durant un temps long intervient en effet pour garantir que les membres de la juridiction constitutionnelle disposeront de compétences juridiques solidement éprouvées. La détention d'un diplôme juridique ne suffit pas ; encore faut-il qu'il ait été confronté à l'exercice d'une pratique longue. Il faut remarquer que l'exemple français, de ce point de vue, souffre de la comparaison. En effet, comme le relève Philippe Ardant, « *sans doute a-t-on pu faire valoir que la majorité des membres du Conseil avaient reçu une formation juridique, mais pour la plupart, à supposer même qu'elle ait été approfondie, elle restait ancienne, peu nourrie par une pratique, réduite à des souvenirs vagues, ou à une teinture passée* »[405]. D'ailleurs, Hans Kelsen préconisait bien de réserver un « *place de choix* » à des « *juristes de profession* » de façon à appeler au sein de la juridiction constitutionnelle « *des spécialistes éminents* »[406]. Pour beaucoup de systèmes, il est clair que l'exigence de formation ne suffit pas dans la mesure où elle nécessite une confrontation ainsi qu'un approfondissement par une pratique du droit suffisamment longue.

157. Degré minimal sur une échelle des conditions d'accès aux juridictions constitutionnelles, l'adoption d'une clause générale de compétence semble être une solution cohérente. Elle impose en effet aux futurs membres de disposer des qualifications nécessaires à l'exercice de la fonction de juge constitutionnel se traduisant toujours par une compétence juridique largement définie ainsi que, parfois, par un degré d'expérience préalablement

[403] Article 143 de la Constitution du 21 novembre 1991.

[404] Article 115 de la Constitution du 11 décembre 1990.

[405] Ph. Ardant, « Le Conseil constitutionnel d'hier à demain », précité, p. 743 ; voir aussi Olivier Jouanjan estimant que l' « *on a souvent euphémisé la singularité française et, prenant le fait pour le droit, on montre, à coup de statistiques imparables, combien la présence de juristes est satisfaisante au Conseil, même si, à cette fin, on exhume parfois d'anciennes licences depuis longtemps dormantes mais toujours capables d'effacer, par un expédient enchantement, les décennies d'une carrière parlementaire et ministérielle pour ne plus laisser voir, dans ces comptabilités d'apparences, qu'une formation précocement acquise signalant la présence d'un "vrai juriste"» (O. Jouanjan, « Le Conseil constitutionnel est-il une institution libérale ? »*, précité, p. 80).

[406] H. Kelsen, « La garantie juridictionnelle de la Constitution (la justice constitutionnelle) », précité, pp. 226-227. Lui-même sera d'ailleurs juge à la Cour constitutionnelle autrichienne entre 1920 et 1930.

déterminé par la clause. Cependant, le principe même d'une clause générale exerce un faible degré de contrainte sur les autorités de nomination. C'est l'incitation, là encore, qui est privilégiée. Elle viserait donc l'émergence progressive d'une pratique vertueuse sans garantir cependant l'accès des professeurs de droit à la juridiction.

§ 2. Les professeurs de droit bénéficiaires indirects de la clause générale de compétence

158. L'observation montre que les systèmes étrangers qui ont choisi d'intégrer une clause générale de compétence dans leur Constitution ont admis, en pratique, en bonne proportion des professeurs de droit dans leurs effectifs. Si l'on s'en tient à une analyse globale, ces juridictions comptent en moyenne au moins 45 % de professeurs de droit dans leurs effectifs. Néanmoins, ce système détermine un ensemble de conditions de compétences largement définies destinées à inciter les autorités de nomination à des choix pertinents. Les expériences étrangères révèlent que si certains pays ont pu faire une place de choix aux professeurs d'université dans ce système, d'autres en revanche n'ont pas abandonné certaines pratiques politiques de nomination. Les bénéfices d'un tel système apparaissent alors aléatoires (A) et sa transposition au cas français pour le moins inopportune (B).

A. Une solution aux bénéfices aléatoires

159. L'adoption d'une clause générale de compétence est clairement une mesure incitative pour les autorités de désignation des juges constitutionnels, favorisant la nomination des professeurs de droit. Cependant, la composition de certaines juridictions constitutionnelles étrangères ne reflète pas l'équation selon laquelle : "clause générale de compétence égale professeurs de droit", démontrant ainsi qu'une telle clause offre des bénéfices aléatoires.

160. Dans certains cas, cette clause est effectivement favorable à la nomination des professeurs de droit. Ainsi, en Bulgarie, sur douze membres composant actuellement la Cour constitutionnelle, six sont professeurs de droit dont le président en exercice Evgeni Petrov

Tanchev[407]. En Lituanie, la Cour constitutionnelle compte actuellement, parmi les juges siégeant à la Cour suprême, quatre professeurs de droit titulaires d'une chaire dans une université lituanienne, sur une totalité de neuf membres[408]. Il en va de même en Pologne qui compte neuf professeurs de droit sur les quinze membres en activité, dont le président du tribunal, Andrzej Rzeplinski[409].

161. Sur le continent sud-américain, le constat est identique. Au Mexique par exemple, quatre des dix membres composant la Cour suprême sont ou ont été professeurs de droit dans une université mexicaine[410]. De même, en Colombie, six des neuf membres de la juridiction constitutionnelle sont professeurs de droit dont son président Luis Ernesto Vargas Silva[411]. Au Chili, la Cour constitutionnelle compte huit professeurs de droit sur les dix membres composant la juridiction constitutionnelle[412].

162. Le constat doit être toutefois relativisé. En effet, dans d'autres cas, peu de professeurs de droit accèdent aux fonctions de juge constitutionnel malgré la clause générale de compétence. Ainsi, parmi les juridictions constitutionnelles africaines, la Cour constitutionnelle sud-africaine, par exemple, ne compte qu'un professeur de droit parmi ses membres[413]. La situation est identique au Bénin. Bien que promouvant l'accès des professeurs de droit à la Cour constitutionnelle, parmi les sept juges composant le collège de jugement, seul le président Théodore Holo est professeur de droit[414]. Au Togo, sur les neuf membres composant la Cour constitutionnelle, seuls deux d'entre eux sont professeurs de droit[415]. En

[407] http://www.constcourt.bg/Pages/Aboutus/Members/Default.aspx.

[408] http://www.lrkt.lt.

[409] http://www.trybunal.gov.pl/fr/Juges/Juges_1985/juges_since1985.htm#actuels. Le même constat doit encore être opéré en Roumanie où la Cour constitutionnelle, composée de neuf membres, comprend actuellement quatre professeurs de droit (http://www.ccr.ro). En Slovénie, la Cour comprend trois professeurs dont le président, deux autres membres sont docteurs en droit (http://www.us-rs.si). En Bulgarie, sur douze membres composant actuellement la Cour constitutionnelle de la République bulgare, six sont professeurs de droit dont le président en exercice Evgeni Petrov Tanchev. (http://www.constcourt.bg/Pages/Aboutus/Members/Default.aspx).

[410] https://www.scjn.gob.mx/conocelacorte/Paginas/ConoceLaCorte.aspx.

[411] http://www.corteconstitucional.gov.co/lacorte/magistrados.php.

[412] http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/tribunal/integracion-actual.

[413] http://www.constitutionalcourt.org.za/site/judges/currentjudges.htm.

[414] http://www.cour-constitutionnelle-benin.org/?pg=contenu&ssmenu=membres.

[415] http://www.courconstitutionnelle.tg/cour/?page_id=1253.

Côte d'Ivoire, là encore, seul le président de la Cour constitutionnelle est professeur de droit, même si le directeur de cabinet et le Secrétaire général de l'institution, postes stratégiques, le sont aussi. Le Maroc semble néanmoins faire figure d'exception. En effet, sur les douze membres composant le Conseil constitutionnel, cinq sont professeurs de droit dont le président en exercice Mohamed Achergui[416].

163. Les juridictions constitutionnelles du continent africain accueillent donc en général un nombre moins important de professeurs de droit dans leurs effectifs. En dehors des difficultés de recrutement de professeurs titulaires et de la sélection du concours d'agrégation du Conseil africain et malgache pour l'enseignement supérieur (C.A.M.E.S.), un facteur essentiellement politique semble pouvoir expliquer ce phénomène. Il concerne le poids de la prise en compte de motifs politiques dans la nomination des membres des juridictions constitutionnelles, particulièrement dans la plupart des pays d'Afrique francophone. Ainsi que l'indique Dodzi Kokoroko, « *l'examen des modes de désignation des membres des juridictions constitutionnelles,* […], *révèle des dosages savants où la volonté d'assurer une composition diversifiée et indépendante cède souvent au souci de garantir une certaine prééminence du chef de l'Etat, d'abord par la forte proportion de membres choisis directement par lui, ensuite par le droit de nomination accordé à de hauts magistrats souvent assez proches du pouvoir en place* »[417]. L'influence politique exercée par les autorités de nomination détermine largement la pratique des nominations, dont les professeurs de droit se trouvent généralement exclus. Le caractère aléatoire de l'efficacité de la clause générale de compétence rend, de ce fait inopportune sa transposition au système français.

B. Une transposition inopportune en France

164. Lors de l'adoption de la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008, le Conseil d'Etat avait préconisé l'adoption d'une clause générale de compétence. Dans son rapport public de 2009, il estimait en effet « *opportun de faire figurer dans la Constitution une disposition orientant*

[416] http://www.conseil-constitutionnel.ma/FR/Etablissement.php?P=Membre&R=Etablissement.

[417] D. Kokoroko, « Les élections disputées : réussites et échecs », *Pouvoirs*, n° 129, 2009, pp. 115-125, spéc. p. 118 ; voir encore A. Fall, « Le juge de l'élection dans l'impasse ? », in J.-P. Vettovaglia (dir.), *Démocratie et élections dans l'espace francophone*, Bruyant, Bruxelles, 2010, pp. 553-573, spéc. pp. 566-568.

le choix des autorités investies du pouvoir de nommer les membres du Conseil constitutionnel, en mentionnant à la fois les compétences reconnues de juristes nécessaires à l'exercice de telles fonctions et l'autorité morale des personnalités pressenties »[418].

165. La solution consistant à prévoir une clause générale de compétence semble avoir deux objectifs : le premier vise à préserver une part de liberté aux autorités de nomination ; le second vise à garantir l'accès à la juridiction constitutionnelle à des membres disposant de qualifications juridiques solides. L'organisation de ce système tend naturellement plus à l'incitation à des choix crédibles en termes de compétences juridiques et d'expérience qu'à l'encadrement contraignant des nominations. Par les conditions de compétences souvent très largement définies observées dans les systèmes étrangers décrits, les professeurs de droit, s'ils sont matériellement destinataires de ces conditions, ne sont pourtant jamais assurés que le choix des autorités de nomination se portera sur eux. Ces clauses, de nature incitative, visent alors à favoriser la naissance de pratiques de nominations faiblement orientées. L'étude comparée révèle qu'elles favorisent, dans certains pays, l'accès de professeurs de droit mais sans jamais le garantir. En revanche, dans d'autres, ces clauses incitatives n'ont pas empêché la poursuite de pratiques des nominations pour convenance personnelle.

166. Dès lors, la transposition en France d'une clause générale de compétence ne serait pas la meilleure solution. En effet, un système incitatif ne permettrait pas de résoudre les problèmes générés par l'expérience française des nominations et par la résistance de certaines pratiques. D'une part, l'unanimité concernant la détermination des conditions en termes de compétences serait extrêmement difficile à recueillir. D'autre part, plus la clause détermine largement les conditions de compétence et moins elle limite la liberté des autorités de nomination, n'évacuant de ce fait aucune critique. Elle nécessitera alors une solution de compromis nécessairement en deçà des exigences de composition d'une juridiction constitutionnelle. Pour preuve, une proposition de loi constitutionnelle tendant à réformer le Conseil constitutionnel avait été déposée le 17 mars 2013 en première lecture à l'Assemblée

[418] Conseil d'Etat, *Rapport public 2009. Activité juridictionnelle et consultative des juridictions administratives*, précité, p. 65.

nationale[419]. Outre une disposition d'habillage consistant à changer le nom de l'institution en « *Cour constitutionnelle* », la proposition préconisait notamment l'introduction d'une clause générale de compétence très largement définie. Désormais, les membres nommés seraient « *choisis parmi les personnes qui se distinguent par leur connaissance du droit* »[420]. Fondamentalement, une telle définition des compétences requises n'implique aucune forme nouvelle de contrainte sur les autorités de nominations. La décision prise pourrait toujours trouver une motivation suffisante au regard d'un critère de compétence si largement entendu. D'ailleurs, l'exposé des motifs de la proposition justifiait bien ce choix destiné avant tout à « *garantir leur compétence juridique sans pour autant poser de contraintes trop formelles au regard de l'expérience requise pour devenir membre du Conseil constitutionnel* »[421].

167. L'incitation ne semble dès lors pas pouvoir remplacer l'encadrement des nominations, seul à même de garantir un accès désormais nécessaire de professeurs de droit au Conseil constitutionnel.

[419] Proposition de loi constitutionnelle tendant à réformer le Conseil constitutionnel, n° 1044 (Assemblée nationale), XIV[ème] législature, enregistrée à la présidence d l'Assemblée nationale le 17 mai 2013, 12 p.

[420] L'article 10 de la proposition dispose : « *Art. 56. – La Cour constitutionnelle comprend douze membres, dont le mandat dure neuf ans et n'est pas renouvelable. La Cour constitutionnelle se renouvelle par tiers tous les trois ans. Trois des membres sont nommés par le Président de la République, trois par le président de l'Assemblée nationale, trois par le président du Sénat, trois par le Premier ministre. Les membres de la Cour constitutionnelle sont choisis parmi les personnes qui se distinguent par leur connaissance du droit. Ces nominations, qui concourent à une représentation équilibrée des hommes et femmes au sein de la Cour constitutionnelle, sont soumises à l'avis conforme des commissions permanentes compétentes de l'Assemblée nationale et du Sénat émis à la majorité des trois cinquièmes des suffrages exprimés au sein des deux commissions. Les nominations effectuées par le président de chaque assemblée sont soumises au seul avis de la commission permanente compétente de l'assemblée concernée. Le président est nommé par le Président de la République. Il a voix prépondérante en cas de partage* ». L'article 11 vise quant à lui à insérer un nouvel article 56-1 ainsi rédigé : « *Art. 56-1. – Pour l'exercice de la compétence qu'elle tient de l'article 61-1 de la Constitution, la Cour constitutionnelle peut répartir les affaires entre deux chambres composées chacune de six de ses membres. Le Président de la Cour constitutionnelle désigne lors de chaque renouvellement de la composition de la Cour constitutionnelle un vice-président chargé de présider la seconde chambre. La formation plénière de la Cour constitutionnelle se réunit en cas de partage des voix au sein d'une des chambres* » (*Proposition de loi constitutionnelle tendant à réformer le Conseil constitutionnel*, précité, p. 8).

[421] *Proposition de loi constitutionnelle tendant à réformer le Conseil constitutionnel*, précité, p. 4.

Section 2. Le choix préférable de l'encadrement

168. Il semblerait opportun d'assurer un encadrement précis des nominations, laissant une marge de manœuvre réduite aux autorités de nomination. Cette solution est le moyen le plus sûr pour garantir l'accès de membres disposant des qualifications juridiques indispensables. Elle se traduit par l'adoption d'une clause spéciale de compétence. Cette dernière vise non pas à définir exactement les qualifications juridiques que devront remplir les futurs juges constitutionnels mais à déterminer avec précision quelles professions seront représentées au sein de la formation collégiale. La compétence juridique est conservée mais en tant qu'elle est garantie par l'appartenance à une catégorie socio-professionnelle correspondant, en termes de formation et de compétences, à l'exercice des fonctions du juge constitutionnel. Cet encadrement bénéficierait ainsi formellement aux professeurs de droit. L'appartenance à la catégorie des professeurs de droit interviendrait donc en tant que condition de nomination (§1). Néanmoins, dans l'intérêt d'une composition équilibrée, elle ne devrait pas en être la condition exclusive (§ 2).

§ 1. L'appartenance à la catégorie des professeurs de droit comme condition de nomination

169. L'isolement du cas français quant aux modalités de composition du Conseil constitutionnel rend nécessaire la transposition d'un système d'encadrement des nominations garantissant l'accès de professeurs de droit (A). L'institution y trouverait en effet des garanties capables de répondre à l'évolution des fonctions et de la nature du contrôle de constitutionnalité (B).

A. Une nomination encadrée par l'appartenance à une catégorie socio-professionnelle déterminée

170. Les Etats ayant fait le choix de l'adoption d'une clause spéciale de compétence n'exigent plus seulement que les futurs membres de leur juridiction constitutionnelle

disposent d'une compétence juridique largement définie, mais ils déterminent *a priori* le profil attendu des juges constitutionnels. Seules certaines catégories socio-professionnelles pourront dès lors être représentées au sein de la juridiction, dans des proportions le plus souvent prévues par la constitution ou une loi spéciale. Cet encadrement bénéficie alors généralement directement aux professeurs de droit, qui voient leur accès à la juridiction constitutionnelle garanti dans une bonne proportion. L'analyse des exemples étrangers démontre que ce système, largement répandu (1), répond parfois à des mécanismes très perfectionnés (2).

1. Un système répandu

171. Les Etats qui ont décidé de se doter d'une clause spéciale de compétence se concentrent principalement sur le continent européen. S'il en existe sur d'autres continents, leurs exemples seront plus épars.

172. Parmi les Etats européens, l'Autriche a fait le choix dès la Constitution de 1920 d'une clause spéciale de compétence. L'article 147 (2) de la Constitution du 1er octobre 1920 dispose en effet que les membres nommés sur proposition du Gouvernement fédéral « *doivent être choisis parmi les juges, les fonctionnaires de l'administration et les professeurs d'université enseignant une discipline juridique* »[422]. Le Gouvernement fédéral étant compétent dans le choix du président, du Vice-président ainsi que de six juges permanents[423], huit des quatorze membres permanents à la Cour constitutionnelle devront ainsi être obligatoirement choisis parmi trois de ces catégories socio-professionnelles. Parmi ces huit membres, trois « *professeurs d'université enseignant une discipline juridique* » ont été nommés à la Cour constitutionnelle, dont son président Gerhart Holzinger[424].

[422] Article 147 (2) de la Constitution du 1er octobre 1920.

[423] Art. 147 al 2 de la Constitution du 1er octobre 1920.

[424] Actuellement, sur les quatorze membres permanents en fonction, sept sont professeurs d'université (http://www.vfgh.gv.at/cms/vfgh-site/english/justices1.html).

173. De même, en Allemagne, la loi relative à la Cour constitutionnelle fédérale impose que six juges de la Cour constitutionnelle soient choisis parmi les juges fédéraux appartenant donc à la Cour fédérale de justice, à la Cour fédérale administrative, à la Cour fédérale des finances, à la Cour fédérale du travail ou à la Cour fédérale du contentieux social[425]. Si le contenu de la clause spéciale ne vise pas les professeurs de droit, l'appartenance de l'Allemagne aux systèmes mixtes invite, par les termes de la clause incitative, au choix de professeurs d'université. Ainsi que le relève Michel Fromont, « *les juges de la Cour sont nécessairement choisis parmi les personnes qui ont fait les longues études de droit, mi-théoriques, mi-pratiques, requises pour exercer les fonctions de juge, d'avocat ou de haut fonctionnaire* »[426], ces mêmes études menant aux formations doctorales et donc au professorat. L'adjonction d'une clause générale à une clause spéciale de compétence a semble-t-il permis le développement d'une pratique vertueuse des nominations puisque sur les seize membres composant la Cour de Karlsruhe, dix sont professeurs de droit parmi lesquels figure l'actuel président Andreas Vosskuhle[427].

174. L'Article 159-2 de la Constitution espagnole prévoit que « *Les membres du Tribunal constitutionnel devront être nommés parmi des magistrats et des procureurs, des professeurs d'université, des fonctionnaires publics et des avocats* »[428]. Bien que cette condition ne détermine pas dans quelle proportion exacte chacune de ces catégories professionnelles devra être représentée au sein du collège de jugement, la pratique des nominations s'est, semble-t-il, orientée sensiblement vers le choix de professeurs de droit. En effet, parmi les douze membres que compte le Tribunal constitutionnel, six sont professeurs de droit dont le président Francisco Pérez de los Cobos Orihuel et la Vice-présidente Adela Asua Batarrita[429]. Dans le même sens, Pierre Bon remarquait que « *Si quatre professions sont ainsi mises sur le même plan - magistrature, université, fonction publique et barreau - les nominations effectuées depuis 1980 en ont privilégié deux, celle de professeur de droit et celle de*

[425] Loi du 12 mars 1951 relative à la Cour constitutionnelle fédérale.

[426] M. Fromont, « Présentation de la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 15, 2003, pp. 90-101, spéc. p. 91.

[427] Pour la composition de la Cour, voir https://www.bundesverfassungsgericht.de/en/judges.html.

[428] Article 159-2 de la Constitution du 27 décembre 1978.

[429] http://www.tribunalconstitucional.es/fr/tribunal/composicionOrganizacion/pages/FichaMagistrado.

magistrat. A l'inverse, il n'y a eu jusqu'à maintenant qu'un seul avocat à temps plein et aucun fonctionnaire autre que professeur de droit ou magistrat »[430].

175. En Italie, le droit des nominations comme les pratiques de ces dernières sont orientés dans la même direction. La Constitution détermine que les futurs juges devront être désignés parmi les magistrats civils ou administratifs, des avocats et des professeurs de droit[431]. Quant à la pratique des désignations, elle a visé à orienter le choix dans une bonne proportion vers les professeurs de droit[432]. Actuellement, sur les quinze membres que compte la Cour, six sont professeurs de droit dont le président Gaetano Silvestri[433].

176. La loi spéciale sur la Cour constitutionnelle belge du 6 janvier 1989, quant à elle, détermine un système d'encadrement contraignant selon des mécanismes complexes. Les candidats doivent avoir, en Belgique et pendant au moins cinq ans, occupé les plus hautes fonctions auprès de la Cour de cassation ou du Conseil d'Etat ou avoir été référendaires auprès de la Cour constitutionnelle. Concernant l'accès des professeurs de droit, une partie des juges devront avoir exercé les fonctions soit « *de professeur ordinaire, de professeur extraordinaire, de professeur ou de professeur associé de droit dans une université belge* »[434]. Enfin, d'autres encore devront avoir été durant cinq ans membres du Sénat, de la Chambre des représentants ou d'un Parlement de communauté ou de région[435]. Outre des conditions de

[430] P. Bon, « Présentation du Tribunal constitutionnel espagnol », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, 1997, n° 2, pp. 38-43, spéc. p. 40.

[431] Article 135 alinéa 2 de la Constitution du 27 décembre 1947 : « *Les juges de la Cour constitutionnelle sont choisis parmi les magistrats – même à la retraite – des juridictions supérieures ordinaires et administratives, les professeurs de droit de l'université et les avocats ayant au moins vingt ans d'exercice* ».

[432] A. Pizzorusso, « Présentation de la Cour constitutionnelle italienne », précité, pp. 25-27.

[433] http://www.cortecostituzionale.it/actionCollegio.do.

[434] Article 34 § 1er de la Loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle : « *Pour pouvoir être nommé juge de la Cour constitutionnelle, le candidat doit être âgé de quarante ans accomplis et satisfaire à l'une des conditions suivantes : 1° avoir, en Belgique et pendant au moins cinq ans, occupé la fonction : a) soit de conseiller, de procureur général, de premier avocat général ou d'avocat général à la Cour de cassation ; b) soit de conseiller d'État ou d'auditeur général, d'auditeur général adjoint ou de premier auditeur ou de premier référendaire au Conseil d'État ; c) soit de référendaire à la Cour constitutionnelle ; d) soit de professeur ordinaire, de professeur extraordinaire, de professeur ou de professeur associé de droit dans une université belge* ».

[435] Article 34 §1-2 de la Loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle.

représentation linguistique égalitaire[436] et de genre[437], la loi spéciale organise un quorum très strict dans le choix des membres au terme duquel chaque juge doit répondre à l'une des conditions énoncées dans la loi[438]. Par conséquent, deux juges devront obligatoirement être professeurs de droit.

177. Concernant l'expérience grecque, la Constitution de 1975 organise un système d'encadrement des nominations à la Cour spéciale supérieure tout à fait particulier. L'article 100-2 de la Constitution prévoit ainsi la présence de magistrats professionnels désignés par tirage au sort tous les deux ans. La Cour est donc constituée des présidents du Conseil d'État, de la Cour de cassation et de la Cour des comptes, ainsi que de quatre conseillers d'État et de quatre conseillers à la Cour de cassation[439]. Néanmoins, il y existe une véritable originalité. En fonction du contentieux élevé devant la Cour spéciale supérieure, participeront au jugement deux professeurs de droit des universités du pays, désignés eux aussi par tirage au sort[440]. La juridiction se compose ainsi essentiellement de magistrats professionnels auxquels viennent s'ajouter en matière de conflit d'attribution juridictionnelle de compétences et de

[436] Article 34 § 2 de la Loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle : « *La Cour compte, parmi ses juges d'expression française comme parmi ses juges d'expression néerlandaise, autant de juges répondant aux conditions fixées au § 1er, 1°, que de juges répondant à la condition fixée au § 1er, 2°* ».

[437] Article 34 § 5 de la Loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle : « *La Cour est composée de juges de sexe différent* ».

[438] L'article 34 § 2 et § 3 de la Loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle dispose en effet : « *La Cour compte, parmi ses juges d'expression française comme parmi ses juges d'expression néerlandaise, autant de juges répondant aux conditions fixées au § 1er, 1°, que de juges répondant à la condition fixée au § 1er, 2. Parmi les juges qui répondent aux conditions fixées au § 1er, 1°, un juge au moins doit satisfaire à la condition visée au a) ou à la condition visée au b), un juge au moins doit satisfaire à la condition visée au c) et un juge au moins doit satisfaire à la condition visée au d). § 3. Un candidat dont la présentation est fondée sur les conditions fixées au § 1er, 1°, ne peut être présenté en vertu de la condition au § 1er, 2°. Un candidat dont la présentation est fondée sur la condition fixée au § 1er, 2°, ne peut être présenté en vertu des conditions fixées au § 1er, 1* ».

[439] L'article 100-2 alinéa 1 de la Constitution du 9 juin 1975 dispose en effet : « *La Cour mentionnée au paragraphe précédent est constituée des présidents du Conseil d'État, de la Cour de cassation et de la Cour des comptes, ainsi que de quatre conseillers d'État et de quatre conseillers à la Cour de cassation, désignés par tirage au sort tous les deux ans, comme membres. C'est le plus ancien des présidents du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui préside cette Cour* ».

[440] L'article 100-2 alinéa 2 de la Constitution du 9 juin 1975 dispose : « *Dans les cas d et e. du paragraphe précédent, à la composition de la Cour participent aussi deux professeurs ordinaires de matières juridiques aux facultés de droit des universités du pays, désignés par tirage au sort (d) Le règlement des conflits d'attribution entre les juridictions et les autorités administratives, ou entre le Conseil d'État et les tribunaux administratifs ordinaires d'une part, et les tribunaux civils et pénaux d'autre part, ou, enfin, entre la Cour des comptes et les autres juridictions ; e) Le règlement des contestations sur l'inconstitutionnalité de fond ou sur le sens des dispositions d'une loi formelle, au cas où le Conseil d'État, la Cour de cassation ou la Cour des comptes ont prononcé des arrêts contradictoires à leur sujet* ».

contrôle de constitutionnalité substantiel deux professeurs de droit tirés au sort dans les facultés de droit.

178. Aux côtés des pays décrits, certains Etats se sont dotés d'une clause spéciale de compétence marquant l'étendue du système au-delà du continent européen. En Israël par exemple, outre des magistrats, des avocats et « *un éminent juriste* », les juges à la Cour suprême doivent être choisis parmi les personnes ayant exercé des enseignements de droit au sein d'une université ou d'une Faculté de droit désignée par la voie réglementaire[441]. Autre exemple au Sénégal : ce système, à la différence de beaucoup de juridictions constitutionnelles africaines a prévu des nominations dépendant de la fonction d'origine des futurs membres en excluant toutes fonctions politiques. Comme le relève Mouhamadou Mounirou Sy, « *à la lecture des deux alinéas qui composent cet article, on se rend compte de la dichotomie opérée par le législateur qui, semble-t-il, aurait voulu exprimer sa volonté de juridiciser le Conseil* »[442]. La loi organique sénégalaise détermine ainsi un système particulier, au terme duquel les membres devront être choisis parmi les magistrats des plus hautes juridictions du pays et des avocats[443]. Cependant, tout en encadrant strictement les nominations par une clause spéciale de compétence, le législateur organique laisse le choix aux autorités de nomination de pouvoir nommer deux membres n'appartenant pas à ces catégories. En effet, sur les cinq juges composant le Conseil[444], deux pourront notamment être choisis parmi les professeurs et anciens professeurs titulaires des facultés de droit[445]. Le

[441] L'article 2 de la loi relative aux juridictions de 1984 dispose : « *Les personnes suivantes peuvent être désignées aux fonctions de juge à la Cour suprême : (1) Les personnes ayant exercé les fonctions de juge de tribunal de district pendant au moins cinq ans ; (2) Les personnes inscrites ou pouvant être admises au barreau d'Israël et qui, continuellement ou par intermittence, pendant au moins dix ans – dont au moins cinq en Israël – ont exercé l'une ou plusieurs des activités suivantes : (a) La profession d'avocat; (b) Une fonction judiciaire ou une autre fonction juridique au service de l'État d'Israël ou pour le compte d'un autre organe, désignée à cette fin par la voie réglementaire; (c) L'enseignement du droit au sein d'une université ou d'une faculté de droit désignée à cette fin par la voie réglementaire; (3) Un éminent juriste* ».

[442] M.-M. Sy, *La protection constitutionnelle des droits fondamentaux en Afrique. L'exemple du Sénégal*, L'Harmattan, Paris, 2007, 562 p., spéc. p. 84.

[443] Article 4 alinéa 1 de la Loi du 30 mai 1992 sur le Conseil constitutionnel.

[444] Article 89 de la Constitution du 7 janvier 2001.

[445] Article 4 alinéa 2 de la Loi du 30 mai 1992 sur le Conseil constitutionnel : « *Deux membres du Conseil sur cinq peuvent en outre être choisis parmi les professeurs et anciens professeurs titulaires des facultés de Droit, les inspecteurs généraux d'État et anciens inspecteurs généraux d'État, et les avocats, à condition qu'ils aient au moins vingt-cinq ans d'ancienneté dans la fonction publique ou vingt-cinq ans d'exercice de leur profession* ».

problème réside peut-être dans le fait que le Sénégal ne compte pas suffisamment de professeurs titulaires satisfaisant aux conditions d'ancienneté pour pouvoir siéger.

2. Des mécanismes sophistiqués

179. Certains pays ont fait le choix de déterminer un ensemble de conditions d'encadrement très élaborées particulièrement du point de vue de l'accès des professeurs de droit. L'exemple turc en est l'illustration (a). Néanmoins, le manque de clarté comme les risques qu'entraînent ces mécanismes les rendent difficilement transposables (b).

a. L'exemple de la Turquie

180. L'installation enfin réussie de la Cour constitutionnelle turque dans le paysage politique et juridictionnel complète une organisation interne à la fois innovante et équilibrée quoique sujette à interrogations.

181. Le système de nomination des juges à la Cour constitutionnelle mérite attention, notamment du point de vue de la sélection *ex ante* des juges et particulièrement des professeurs de droit. L'article 146 de la Constitution de la République de Turquie du 7 novembre 1982 prévoit en effet que trois membres sont élus par la Grande Assemblée nationale de Turquie dont deux membres émanent de la Cour des comptes, un membre est avocat choisi par les présidents départementaux des barreaux parmi les avocats libres. Les quatorze membres restant sont désignés par le Président de la République dont trois sont issus de la Cour de cassation, deux proviennent du Conseil d'Etat, un membre émane de la Cour de cassation militaire et un membre provient du Tribunal Administratif Supérieur Militaire. Trois membres, dont deux au moins sont juristes, sont désignés par le président sur présentation du Conseil de l'enseignement supérieur qui propose trois candidats pour chaque poste vacant parmi les membres du corps enseignant des établissements d'enseignement supérieur à condition qu'ils ne figurent pas au sein de ce conseil. Les candidats doivent être enseignants dans les départements de droit, sciences politiques ou sciences économiques. En ce sens, la

Constitution précise d'ailleurs que les membres de l'enseignement supérieur doivent détenir le titre de professeur ou de maître de conférences. Enfin, quatre membres sont nommés par le Président de la République de manière discrétionnaire parmi les fonctionnaires supérieurs, les avocats libres, les juges et les procureurs de premier rang ainsi que les rapporteurs à la Cour constitutionnelle y ayant exercé depuis au moins cinq ans[446].

182. Le choix des professeurs de droit est à ce titre particulièrement perfectionné, en ce sens que la Turquie organise une sélection de ses juges *ex ante* par une institution représentant la catégorie socio-professionnelle appelée à accéder à la Cour constitutionnelle. Pour le choix des professeurs d'université, il est prévu par la Constitution turque que des élections sont établies par le conseil de l'enseignement supérieur[447]. Les trois personnes ayant obtenu le plus de voix sont candidates à la Cour constitutionnelle. Ce système semble prémunir d'une politisation excessive des nominations que le constituant turc était désireux d'éviter en garantissant une pré-sélection des candidats[448].

183. Hans Kelsen est très probablement, dans l'esprit, l'inspirateur direct de ce système de choix des juges-professeurs par la Cour constitutionnelle turque. Pour Kelsen, en effet, une technique permettait de réserver une « *place adéquate aux juristes de profession* »[449]. Elle consistait à prévoir un droit de présentation d'un certain nombre de juges par les facultés de droit ou par une commission représentative nationale des facultés de droit[450]. Ce système de cooptation était conçu par Kelsen comme le meilleur moyen d'attirer au sein de la juridiction spécialisée des juristes issus des facultés de droit, de façon à y garantir une composition équilibrée. Néanmoins, sa transposition en France serait problématique.

---

[446] Article 146 de la Constitution de la République de Turquie du 7 novembre 1982.

[447] Plus largement, l'article 146 de la Constitution de la République de Turquie du 7 novembre 1982 dispose : « *Lors des élections tenues dans les assemblées générales respectives de la Cour de cassation, du Conseil d'État, de la Cour de cassation militaire, du Tribunal administratif militaire supérieur, de la cour des comptes et du Conseil de l'enseignement supérieur pour désigner les candidats à la Cour constitutionnelle, les trois personnes ayant obtenu le plus grand nombre de voix seront proposées pour chaque poste vacant. Lors des élections tenues pour désigner trois candidats parmi les avocats indépendants nommés par les chefs des barreaux, les trois personnes ayant obtenu le plus grand nombre de voix seront désignées* ».

[448] M. Saglam, « La Cour constitutionnelle de Turquie », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°31, 2011, pp. 263-273, spéc. p. 264.

[449] H. Kelsen, « La garantie juridictionnelle de la Constitution (la justice constitutionnelle) », précité, p. 227.

[450] « *On pourrait y arriver par exemple en accordant aux Facultés de Droit ou à une commission commune de toutes les Facultés de Droit du pays un droit de présentation pour une partie au moins des sièges* » (*Ibidem*).

b. Un mécanisme difficilement transposable

184. Ce système semble assurer une dilution des risques des nominations pour convenance personnelle, mais en réalité, il ne fait que déplacer d'autant le risque d'un choix népotique. Si le danger d'un choix trop politisé est évité, l'établissement d'une élection par un conseil de représentation universitaire porte le risque que les candidats mènent campagne et puissent ainsi marchander leur élection. Cette hypothèse nuirait particulièrement à la transparence du choix effectué[451] et occulterait les garanties en termes d'indépendance statutaire que sont susceptibles d'amener les membres universitaires.

185. L'étude non exhaustive d'exemples étrangers démontre que le système de l'encadrement des nominations au regard des fonctions d'origine des futurs membres est assez largement répandu et inclut toujours à la procédure de choix les professeurs de droit. Si certaines procédures semblent ne pas devoir être transposées au cas français en raison de leur complexité, l'encadrement des nominations par une clause spéciale de compétence est néanmoins un mécanisme de désignation des juges désormais indispensable. Il garantit la présence de juges dont les fonctions antérieures leur assurent des compétences juridiques de haut niveau, particulièrement pour les professeurs de droit.

B. Une garantie en termes de compétences juridiques

186. Deux arguments peuvent être avancés, justifiant l'encadrement de l'accès des professeurs de droit au Conseil constitutionnel. D'une part, la nature du contentieux de constitutionnalité a évolué de telle manière que l'expertise des professeurs de droit est

[451] Comme le résume Fabrice Hourquebie, la critique de la politisation atteint tout système électif des juges : « *D'abord parce que l'élection est l'acte politique par excellence, la première manière de participer à la vie de la cité. Ensuite parce que, en dépit d'une éventuelle majorité renforcée, le vote serait inévitablement précédé de marchandages et de tractations, nuisant alors à la transparence de la décision et à l'impartialité du choix* » (F. Hourquebie, « Les nominations au Conseil constitutionnel », précité, p. 12).

devenue une nécessité (1). D'autre part, le fonctionnement interne de l'institution et de ses services juridiques s'en trouverait largement améliorés (2).

1. Une présence justifiée par l'évolution de la nature du contentieux des normes

187. En partant du principe qu'il est dans la nature des choses que la fonction créé l'organe, l'organisation des juridictions constitutionnelles répond naturellement aux fonctions juridictionnelles qui leur ont été attribuées par les constituants. C'est le cas de la plupart des juridictions constitutionnelles du monde, dont l'organisation témoigne d'un besoin : celui de remplir au mieux, par une composition idoine, les compétences confiées à la juridiction. Dans la plupart des cas, le contrôle *a posteriori* tient une place essentielle dans la protection des droits et libertés fondamentaux. Il s'étend d'ailleurs bien souvent au contrôle des traités, des règlements, voire à celui des actes juridictionnels et administratifs d'application des lois[452]. Le contentieux qui en résulte est résolument d'application concrète. Il exige une analyse et une expertise technique de haut niveau nécessaires au traitement d'un véritable procès constitutionnel et justifie la présence de professeurs de droit.

188. *A contrario*, l'exemple du cas français démontre que le Conseil constitutionnel n'a pas encore réalisé l'aggiornamento nécessaire de sa composition. En réalité, les modalités de nomination comme la composition du Conseil constitutionnel qui en résulte pouvaient se justifier au regard de sa fonction limitée jusqu'à la réforme du 23 juillet 2008. Dans son manuel consacré au Conseil constitutionnel, François Luchaire estimait même que si la composition du Conseil en 1958 relevait d'une certaine logique étant donné les fonctions qui lui étaient assignées à ses débuts, depuis 1974, la fonction juridictionnelle du Conseil exigerait aujourd'hui soit de d'associer au Conseil des professionnels du droit, soit d'envisager une modification des règles de désignation[453]. Si l'élargissement du droit de saisine du Conseil aurait dû, déjà, inciter à un renouvellement de la composition de la juridiction, l'apparition d'un contrôle *a posteriori* des normes non seulement la justifie mais

[452] Voir L. Favoreu, W. Mastor, *Les Cours constitutionnelles*, précité ; M. Fromont, *La justice constitutionnelle dans le monde*, Dalloz, Coll. « Connaissance du droit », Paris, 1996, 140 p. ; F. Hamon, C. Wiener, *La justice constitutionnelle en France et à l'étranger*, LGDJ, Paris, 2011, 204 p.

[453] F. Luchaire, *Le Conseil constitutionnel*. *Organisation et attributions*, tome I, Economica, Paris, 2ème éd., 1997, 490 p., spéc. pp. 70-71.

plus encore l'exige. Le contrôle juridictionnel de constitutionnalité en France a connu trois grandes périodes : « *une première période d'absence, une deuxième d'apparition en demi-teinte et une troisième de présence assumée* »[454] qui s'est approfondie avec la question prioritaire de constitutionnalité[455]. Le travail du juge constitutionnel est d'autant plus particulier que la nature du contrôle de constitutionnalité a évolué. Ce dernier s'apparente de plus en plus à un « *droit constitutionnel vivant* »[456] et dépolitisé. Désormais, la nature du contentieux *a posteriori* contrairement à l'expérience du contentieux *a priori* est d'être « *juridictionnalisée, désynchronisée du débat parlementaire, la décision QPC est imputée à un législateur perpétuel et impersonnel et non à un législateur actuel et politique* »[457]. C'est ce qui impose que la composition du Conseil soit repensée à l'aune de cette particularité, et ce d'autant plus que le travail du juge est enfermé dans des délais courts et qu'il doit faire face à un afflux contentieux d'envergure[458]. Les problématiques liées au contentieux constitutionnel s'étendent désormais à toutes les branches du droit. L'une des manifestations de l'évolution de la nature du contentieux de constitutionnalité est l'émergence d'une « *micro-constitutionnalité* »[459] induite par la concrétisation de ce dernier. Elle consiste à résoudre des questions de constitutionnalité portant sur des dispositions très précises et nécessitant un traitement parfois très technique[460].

[454] G. Tusseau, « La fin d'une exception française ? », *Pouvoirs*, n°137, 2011, pp. 5-17, spéc. p. 16.

[455] Pour Jean-Claude Colliard, plus qu'une « troisième naissance après sa création en 1958 et l'élargissement de la saisine en 1974, ce pourrait même être la quatrième en tenant compte de la décision fondatrice de 1971 » (J.-C. Colliard, « Un nouveau Conseil constitutionnel ? », Pouvoirs, n°137, 2011, pp. 155-167, spéc. p. 156.

[456] B. Mathieu, F. Mélin-Soucramanien, « De la création de la revue *Constitutions* », *Constitutions*, n° 1, 2010, p. 3.

[457] J. Bonnet, « Les contrôle *a priori* et *a posteriori* », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 40, 2013, pp. 105-115, spéc. p. 109.

[458] Il faut néanmoins nuancer le propos. Du point de vue du délai, il convient de remarquer que le Conseil constitutionnel tente au maximum de se saisir des affaires qu'il aura à traiter dès qu'un indice sur un contentieux futur lui apparaît. Du point de vue de l'afflux des questions prioritaires de constitutionnalité, il semble que la situation se soit stabilisée au regard du nombre de décisions rendues depuis l'entrée en vigueur de la nouvelle procédure.

[459] M.-C. Ponthoreau, *La reconnaissance des droits non-écrits par les Cours constitutionnelles italienne et française. Essai sur le pouvoir créateur du juge constitutionnel*, Economica, coll. « Droit public positif », Paris, 1994, 280 p., spéc. p. 64 ; voir encore H. Roussillon, *Le Conseil constitutionnel*, précité, p. 143.

[460] Voir notamment, décision n° 2010-52 Q.P.C. du 14 octobre 2010, *Compagnie agricole de la Crau*, J.O.R.F. du 15 octobre 2010, p. 18540 ; décision n° 2011-121 Q.P.C. du 29 avril 2011, *Société Unilever France*, J.O.R.F. du 30 avril 2011, p. 7534.

189. Cette évolution porte cependant le risque d'une dilution et d'un affaiblissement de la cohérence des grandes notions juridiques faute d'un examen des textes législatifs remis dans une perspective globale. Des auteurs ont fait le constat que certaines décisions du Conseil constitutionnel pouvaient, faute d'un examen rigoureux et d'une attention suffisante aux qualifications propres à certaines matières, déformer certaines notions juridiques[461]. Guillaume Drago, dans la seconde édition de son manuel de contentieux constitutionnel avait déjà mis en garde contre une tendance consistant à transposer les concepts fondamentaux constitutionnels du contentieux des lois traité *a priori* vers celui traité *a posteriori*. Elle portait selon lui le risque d'une « *dilution des concepts fondamentaux constitutionnels* […] *avec des risques de déformation des notions juridiques* »[462]. Ce risque de dénaturation des concepts appartenant aux diverses branches du droit est l'apanage même de la question prioritaire de constitutionnalité. Le droit pénal, par exemple, est une matière qui compte pour beaucoup dans la protection des droits et libertés fondamentaux. En prenant pour exemple certaines décisions en matière de question prioritaire de constitutionnalité, Bertrand de Lamy estime que le Conseil constitutionnel devrait rendre les principes du droit pénal qu'il consacre « *plus lisibles* » en aménageant « *leur conciliation dans le souci du respect de la technicité et de la complexité d'une matière faite d'un ensemble de rouages imbriqués pour tenter d'atteindre un équilibre fragile* »[463].

190. La trop grande hétérogénéité de la composition du Conseil constitutionnel ne peut pas ne pas peser sur le fonctionnement de la juridiction et la qualité des décisions rendues. Dans une critique assez acerbe des décisions rendues par le Conseil constitutionnel, Jean-Marie Denquin estime que « *le droit créé par le Conseil est demeuré un droit moyen car, élaboré majoritairement par des non juristes, il s'adresse essentiellement à des non juristes. (…) Pour préserver une intelligibilité (ou du moins une apparence d'intelligibilité) immédiate, il ne doit utiliser que des mots du langage courant, ne pas définir les termes qu'il emploie – cela ferait universitaire – et procéder par affirmation plus que par démonstration* »[464]. Il rappelle

[461] Voir notamment B. de Lamy, « Réflexe, réflexion, réfléchir : déclinaison sur la Q.P.C. en droit pénal », in X. Magnon, X. Bioy, W. Mastor, S. Mouton (dir.), *Questions sur la question prioritaire de constitutionnalité*, Bruylant, Bruxelles, 2013, pp. 29-35.

[462] G. Drago, *Contentieux constitutionnel français*, P.U.F., coll. « Thémis », Paris, 2ème éd., 2006, 759 p., spéc. p. 610.

[463] B. de Lamy, « Réflexe, réflexion, réfléchir : déclinaison sur la Q.P.C. en droit pénal », précité, pp. 32-33.

[464] J.-M. Denquin, « La jurisprudence du Conseil constitutionnel : grandeur ou décadence du droit constitutionnel ? Un regard surplombant sur les libertés publiques », précité, p. 13.

finalement combien le travail du juge constitutionnel est particulier du fait même de la matière constitutionnelle. C'est ce qui impose que la composition du Conseil soit repensée à l'aune de cette particularité.

191. C'est avant tout la formation intellectuelle du juriste universitaire qui compte. Elle se conçoit ainsi dans un esprit de systématisation et dans un degré d'abstraction auquel la formation des juristes français prédispose. De plus, la formation doctorale développe cet esprit de systématisation que la carrière universitaire permet de prolonger par l'enseignement et la recherche. Jean Carbonnier estimait que « *toute science systématise mais le droit, sous un certain aspect, semble n'être que cela. Les sources formelles font connaître les règles de droit dans la dispersion et parfois l'incohérence (même la synthèse d'une codification peut n'être pas satisfaisante), avec des doubles emplois et, à l'inverse, des lacunes. Il faut classer, rassembler, compléter les dispositions les unes par les autres, bref, mettre en ordre* »[465]. Dès lors, la présence de professeurs de droit spécialistes de différentes disciplines juridiques est désormais indispensable. La spécialisation et le cloisonnement de plus en plus grand des contentieux comme des enseignements du droit dans les universités l'imposent. D'ailleurs, à la suite de son passage au Conseil constitutionnel, François Luchaire lui-même estimait que l'expérience juridique qu'il est nécessaire de détenir n'est pas uniquement celle du droit constitutionnel. Ce dernier pénétrant « *toute matière ; une connaissance du droit pénal, du droit du travail, du droit des sociétés…, etc. est également fort utile* »[466]. La jurisprudence constitutionnelle investit depuis longtemps déjà les diverses branches du droit. Cette « *sectorisation du droit constitutionnel* »[467] induit une spécialisation, si bien que le contentieux constitutionnel connaît une forme de banalisation et tend à être redéfini entre les branches du droit spécialisées. Jean Carbonnier remarquait déjà dans les années quatre-vingt-dix que « *la dimension du corps enseignant, toutes qualifications confondues, a été multipliée par dix* […] *en réponse à un accroissement comparable des auditoires enseignés et du droit enseignable*. […] *La réaction instinctive a été la spécialisation : le droit étant trop vaste, il faut, pour savoir mieux, savoir borner son horizon.* […] *Les spécialistes donnent le ton, avec*

[465] J. Carbonnier, *Droit civil*. *Introduction. Les personnes. La famille, l'enfant, le couple*, P.U.F., coll. « Quadrige », Paris, 2004, 1496 p., spéc. p. 54.

[466] F. Luchaire, *Le Conseil constitutionnel*, précité, p. 72.

[467] Y. Poirmeur, « Thèmes et débats autour du constitutionnalisme », in *Droit et politique*, C.U.R.A.P.P., P.U.F., Paris, 1993, pp. 13-39, spéc. p. 21.

des spécialités de plus en plus resserrées, non pas uniquement par grandes branches du droit, mais par rameaux »[468].

192. Ce constat s'impose alors avec plus de force depuis l'avènement de la question prioritaire de constitutionnalité. En effet, dans le contentieux *a posteriori*, la norme constitutionnelle doit s'acclimater au champ d'application de la norme infraconstitutionnelle. L'identification et la compréhension du contenu de ce domaine sont alors indispensables au traitement du contentieux de constitutionnalité des lois envisagé *a posteriori*. En effet, « *la norme infraconstitutionnelle n'est pas seulement, en matière de QPC, un élément primordial d'un point de vue procédural, elle détermine la substance même du principe constitutionnel* »[469]. La qualité de la jurisprudence comme la préservation de l'unité des ordres juridique nécessite que des professeurs de droit constitutionnel ainsi que des professeurs de droit spécialistes d'autres disciplines soient à même d'accéder au Conseil constitutionnel. D'ailleurs, comme le relève Xavier Magnon : « *Dans la confrontation norme de référence/norme objet du contrôle, la parole du spécialiste de la norme objet du contrôle (la loi) l'emporterait sur celle de celui spécialiste de la norme de référence (la Constitution). Nul doute que le constitutionnaliste doit maîtriser des éléments qui relèvent d'autres disciplines pour commenter et apprécier les décisions du juge dans le cadre de la QPC, comme d'ailleurs dans celui du contrôle a priori* »[470]. En allant au-delà de la fonction doctrinale des universitaires, c'est bien au stade de la formation de la décision que le juge-professeur de droit sera en mesure d'appréhender le mieux possible un contentieux renouvelé.

193. Une autre raison, plus circonstanciée, doit conduire à garantir l'accès des professeurs de droit au Conseil constitutionnel. Il s'agit de la place stratégique occupée au Conseil constitutionnel par le Secrétaire général.

[468] J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la V*^{ème} *République*, Flammarion, coll. « Champs essais », Paris, 1996, 276 p., spéc. p. 71.

[469] A. Botton, B. de Lamy, « La Q.P.C., révélateur des limites du droit constitutionnel ? Lectures contrariées et contradictoires (1) », *Dalloz*, 2012, n° 31, pp. 2030-2032, spéc. p. 2030.

[470] X. Magnon, « La Q.P.C., révélateur des limites du droit constitutionnel ? Lectures contrariées et contradictoires (2) », *Dalloz*, 2012, n° 31, pp. 2032-2034, spéc. p. 2033.

2. Une présence justifiée par l'organisation interne du Conseil constitutionnel

194. Paradoxalement, malgré une composition trop hétérogène du Conseil constitutionnel, la jurisprudence a très souvent démontré une finesse d'analyse ainsi qu'une maîtrise technique des raisonnements juridiques[471]. Ce constat s'explique en grande partie par l'influence et l'apport juridique du Secrétaire général devenu, du fait même des faiblesses de la composition de l'institution, un véritable acteur du procès constitutionnel[472]. Le profil des membres du Conseil contribue à ce que soit favorisé le rôle du Secrétaire général. Dominique Schnapper éclaire ainsi la situation en confirmant que le Secrétaire général est « *souvent plus qualifié que les conseillers* » et « *quand la compétence juridique de ces derniers n'est pas très grande, il peut être le véritable auteur du rapport et de la décision, les débats lors de la plénière n'aboutissant qu'à ajouter quelques modifications à la marge* »[473]. D'ailleurs, si l'on suit le cheminement de l'élaboration de la décision au Conseil constitutionnel, des témoignages démontrent qu'avant même l'élaboration du rapport, la première rédaction du projet de décision est préparée lors d'une discussion de travail interne entre le Secrétaire général et le service juridique du Conseil constitutionnel[474]. Il signe les décisions, et intervient « *comme le premier conseiller juridique du président, surtout lorsque celui-ci n'est pas juriste de profession* »[475]. Mis à part une exception, le Secrétaire général du Conseil constitutionnel est toujours un membre du Conseil d'Etat[476]. Ce lien organique, qui résulte d'une tradition perpétuée par les présidents successifs du Conseil constitutionnel, démontre qui plus est la persistance d'un lien fonctionnel entre les deux juridictions. Comme l'explique Olivier Beaud, « *comme un tel office est décisif, la qualité de son titulaire est cruciale. Réfléchissons alors à*

[471] Ironiquement, Philippe Ardant s'interroge à ce propos en ces termes : « *Le Saint Esprit descendrait-il, à leur entrée au Conseil, sur la tête de ses membres, leur infusant le don de la science juridique ?* » (Ph. Ardant, Le Conseil constitutionnel d'hier à demain, précité, p. 743).

[472] Pour une analyse substantielle de l'influence du Secrétaire général du Conseil constitutionnel, voir P. Wachsmann, « Sur la composition du Conseil constitutionnel », précité, pp. 23-25 ; Voir encore, B. Genevois, « Secrétaire général du Conseil constitutionnel : un témoignage », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 25, 2008, pp. 40-44 ; J.-E. Schoettl, « Ma cinquantaine rue de Montpensier », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 25, 2008, pp. 47-54 ; voir également, A. Ciaudo, « Un acteur spécifique du procès constitutionnel : le Secrétaire général du Conseil constitutionnel », *R.F.D.C.*, n° 73, 2008, pp. 17-26.

[473] D. Schnapper, Une sociologue au Conseil constitutionnel, précité, p. 286.

[474] *Ibidem* ; Voir également H. Roussillon, *Le Conseil constitutionnel*, précité, p. 25 ; D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, précité, pp. 80-81.

[475] F. Luchaire, *Le Conseil constitutionnel*, tome 1, précité, p. 99.

[476] Seul Bernard Poullain, magistrat judiciaire, en constitue l'exception (Voir à ce propos A. Ciaudo, « Un acteur spécifique du procès constitutionnel : le Secrétaire général du Conseil constitutionnel », *précité*).

ce que signifie pour le Conseil constitutionnel le monopole dont jouit le Conseil d'Etat dans la désignation de son Secrétaire général. L'assemblée du Palais-Montpensier est souvent présentée comme une juridiction constitutionnelle ; elle est donc théoriquement indépendante. Pourtant, son Secrétaire général provient toujours, en vertu de la coutume ci-dessus rappelée, du Palais-Royal, juridiction certes voisine, mais objectivement rivale. Par là même, celle-ci est en mesure d'exercer une « tutelle » sur celle-là »[477]. Certes, il n'est pas possible de nier le rôle fondamental du Secrétaire général et du service juridique, notamment face à l'afflux du contentieux des questions prioritaires de constitutionnalité. Mais le service juridique se doit d'être avant tout un auxiliaire et non un juge. Seule la présence de membres aux qualifications juridiques de haut niveau permettrait de réduire l'influence exercée par le Secrétaire général et de rééquilibrer le travail fourni par le service juridique du Conseil constitutionnel. Certains systèmes l'ont bien compris, imposant la présence de professeurs de droit spécialistes des grandes disciplines de la matière[478]. L'exemple de l'Italie est, de ce point de vue, caractéristique. La Cour constitutionnelle italienne compte en effet parmi ses membres universitaires deux professeurs de droit constitutionnel, un professeur de droit administratif, un professeur d'histoire du droit, un professeur de droit international et un professeur de droit public comparé[479].

195. En contrepoint, il faut remarquer que le dernier renouvellement du Conseil constitutionnel va dans le bon sens, le choix des trois autorités de nomination s'étant porté sur des juristes de profession et particulièrement sur un professeur de droit. Néanmoins, l'absence d'encadrement des nominations par une clause spéciale de compétence n'assure en aucun cas une composition équilibrée de l'institution pour le futur. En ce sens, une première proposition

[477] O. Beaud, « Brèves remarques sur la nomination du Secrétaire général du Conseil constitutionnel », *A.J.D.A.*, 2015, n° 18, p. 1009. Plus loin, Olivier Beaud s'interroge à juste titre : « *L'observateur extérieur peut s'interroger sur la légitimité de la coutume qui gouverne son choix : est-il normal que la désignation du Secrétaire général se fasse au sein du seul Conseil d'Etat ? Le développement de la question prioritaire de constitutionnalité ne rend-il pas encore plus indispensable de désigner comme Secrétaire général du Conseil constitutionnel un juriste provenant d'autres horizons, des juridictions judiciaires et notamment de la Cour de cassation ou encore un professeur d'université ? Une solution alternative pourrait, par exemple, consister à confier le pouvoir de proposition au collège des membres du Conseil constitutionnel car ces derniers sont appelés à collaborer avec le Secrétaire général* » (*Ibidem*).

[478] En Colombie par exemple, l'article 239 de la Constitution prévoit que les futurs juges devront être des juristes représentant les diverses spécialités du droit.

[479] Dans l'ordre évoqué : Gaetano Silvestri, Marta Cartabia, Sabino Cassese, Paolo Grossi, Giuseppe Tesauro, Giuliano Amato (http://www.cortecostituzionale.it/actionCollegio.do).

de loi constitutionnelle a été déposée le 24 mai 2012 par le Sénat[480]. Elle préconise un système mixte associant à une clause générale de compétence applicable à tous les membres, une forme d'encadrement plus rigide des nominations en fonction de l'origine professionnelle des candidats. La proposition vise d'une part à porter de neuf à douze le nombre de membres du Conseil constitutionnel ; d'autre part, les trois membres supplémentaires seraient issus et désignés respectivement par le Conseil d'Etat, la Cour de cassation et la Cour des comptes. Enfin, l'ensemble des membres devraient justifier d'une compétence juridique reconnue[481]. Si cette proposition de loi constitutionnelle est encourageante, elle suscite néanmoins une crainte quant au champ d'application de la clause spéciale de compétence. Outre les difficultés en termes d'organisation et de choix des futurs juges que la loi organique aurait à régler, c'est bien le champ d'application restreint de la clause qui pose problème. En effet, celle-ci ne trouve application que pour trois des douze membres qui composerait la juridiction.

196. Pour être efficace, le système se doit donc d'encadrer toutes les nominations en prévoyant précisément la composition de la juridiction au regard de l'origine professionnelle des candidats. Si l'accès des professeurs de droit par un encadrement des nominations se révèle aujourd'hui plus que souhaitable, il est en revanche nécessaire d'assurer la représentation au Conseil constitutionnel d'autres catégories socio-professionnelles. Il faut en effet préserver un équilibre dans la composition qui va dépendre de l'alliance des compétences et des parcours au sein de la juridiction constitutionnelle.

[480] L'exposé des motifs y est clair, affirmant qu' « *il est aujourd'hui impératif que la composition du Conseil soit la plus consensuelle possible et ne laisse paraître aucune ambiguïté quant à son impartialité, y compris apparente. Sur ce point, la révision constitutionnelle de 2008 n'a pas été au bout de la logique de consensus sur les personnes pressenties puis nommées* » (Proposition de loi constitutionnelle relative à la composition du Conseil constitutionnel, n° 557 (Sénat), Session ordinaire de 2011-2012, enregistrée à la Présidence du Sénat le 24 mai 2012, 7 p., spéc. p. 5).

[481] *Idem*, p. 7.

§ 2. L'appartenance à la catégorie des professeurs de droit condition de nomination non exclusive

197. Si l'accès des professeurs de droit paraît aujourd'hui indispensable, l'encadrement des nominations par une clause spéciale de compétence dont il est nécessaire de déterminer concrètement les termes (B) se doit, en toute hypothèse, sur le modèle de nombreux systèmes étrangers, d'intégrer d'autres catégories professionnelles (A).

A. Un accès nécessairement ouvert à d'autres catégories professionnelles

198. Deux catégories professionnelles devraient être visées en priorité par la clause : les magistrats et les avocats (1). Cependant, la présence de membres politiques doit, dans une moindre mesure, être préservée (2).

1. L'accès des magistrats et des avocats

199. La clause spéciale de compétence devrait tout d'abord prévoir l'accès au Conseil constitutionnel de magistrats professionnels ainsi que d'avocats justifiant d'un certain nombre d'années d'expérience. Comme les professeurs de droit, magistrats et avocats sont des « *acteurs à part entière de la vie juridique* »[482]. Sans avoir besoin de revenir sur le caractère juridictionnel du Conseil constitutionnel, leur représentation semble d'autant plus nécessaire que la juridiction constitutionnelle s'apparente de plus en plus à un tribunal et le contentieux de constitutionnalité à un procès[483].

[482] J.-M. Carbasse, « Professeur à la faculté de droit », in D. Alland, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, précité, p. 1242.

[483] D. Rousseau, « Le procès constitutionnel », *Pouvoirs*, n° 137, 2011, pp. 47-55 ; voir également P. Jan, *Le procès constitutionnel*, L.G.D.J., coll. « Systèmes », Paris, 2ème éd., 2010, 240 p.

200. Néanmoins, certains auteurs ont pu estimer qu'en Europe continentale, les juges ordinaires n'étaient pas préparés à un tel contrôle. Mauro Cappelletti, par exemple, estime que « *Les juges d'Europe continentale sont habituellement des magistrats « de carrière » peu aptes à assumer une tâche de contrôle des lois, tâche qui, nous le verrons, est inévitablement créatrice et va beaucoup plus loin que leur fonction traditionnelle de « simples interprètes » et de « fidèles serviteurs » des lois. L'interprétation même des normes constitutionnelles, et spécialement du noyau central de celles-ci qu'est la déclaration des droits fondamentaux ou « Bill of Rights », est normalement très différente de l'interprétation des lois ordinaires ; elle demande une approche qui se conjugue mal avec la traditionnelle « faiblesse et timidité » du juge de modèle continental* »[484]. L'interprétation des normes constitutionnelles se conjuguerait mal avec la timidité du juge de modèle continental. Si cette acception est réelle, il n'en demeure pas moins que la majeure partie des juridictions constitutionnelles étrangères réservent une part conséquente de leur composition aux magistrats de carrière sans pour autant que leur jurisprudence s'en trouve particulièrement altérée. Au contraire, à l'instar du Conseil constitutionnel, ces cours, pourtant composées de magistrats, ont toujours su se référer à des principes non écrits dépassant le simple texte de la Constitution en faisant œuvre créatrice. C'est par exemple l'usage par les juges de la Cour constitutionnelle allemande de « *l'interprétation conforme* » ou encore celui des juges constitutionnels italiens des « *sentences manipulatives* »[485]. Leur présence serait d'autant plus utile que la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité associe les juridictions ordinaires et suprêmes au filtrage et à la transmission des questions au Conseil constitutionnel. Plus encore, la création de la question prioritaire de constitutionnalité a institué un contrôle *a posteriori* abstrait des dispositions législatives en reconnaissant aux justiciables le droit de contester la constitutionnalité d'une disposition législative « *applicable au litige* ». Néanmoins, la norme dont la constitutionnalité est contestée dans le contentieux de la question prioritaire de constitutionnalité n'est pas considérée comme une norme abstraite et théorique puisque le Conseil constitutionnel tient compte de l'application qui en est faite. C'est pourquoi le contrôle s'étend à la constitutionnalité d'une disposition législative telle qu'elle est appliquée,

[484] M. Cappelletti, « Nécessité et légitimité de la justice constitutionnelle », in L. Favoreu (dir.), *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, Coll. « Droit public positif », Economica-P.U.A.M., Paris et Aix-en-Provence, 1982, pp. 461-493, spéc. pp. 463-464.

[485] Voir en ce sens F. Moderne, « La déclaration de conformité sous réserve », in L. Favoreu (dir.), *Le Conseil constitutionnel et les partis politiques*, Economica-P.U.A.M., Paris, 1999, pp. 93-118, spéc. p. 114-116 ; voir aussi A. Viala, *Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, L.G.D.J., coll. « Thèses », Paris, 1999, 336 p. ; Th. di Manno, *Le juge constitutionnel et la technique des décisions interprétatives en France et en Italie*, Economica/P.U.A.M., Paris, 1997, 617 p.

c'est-à-dire compte tenu de la portée effective que lui confère une interprétation jurisprudentielle constante. Ainsi, comme l'affirme la jurisprudence constitutionnelle, « *en posant une question prioritaire de constitutionnalité, tout justiciable a le droit de contester la constitutionnalité de la portée effective qu'une interprétation jurisprudentielle constante confère à cette disposition* »[486]. La présence de magistrats appartenant aux plus hautes juridictions serait donc un moyen d'assurer un contrôle crédible vis-à-vis des juridictions suprêmes. En effet, les décisions concernant l'interprétation conforme des Cours suprêmes alimentent la théorie comme la pratique du droit vivant dans laquelle ils tiennent un rôle premier[487]. Certes, il n'y a pas d'unanimité dans la doctrine sur les fondements ou les implications concrètes du droit vivant. Pour autant, il y a consensus pour « *admettre qu'il y a prise en compte d'un droit vivant par la Cour constitutionnelle lorsque* […] *cette dernière reprend, pour en faire le véritable objet de son contrôle de constitutionnalité, la signification donnée à la disposition législative lors de son application concrète* »[488]. Cette constatation suffit, à elle seule, à justifier l'accès de magistrats et d'avocats au Conseil constitutionnel mais ne doit pas masquer l'intérêt qu'il y aurait à préserver celui de certains hommes politiques.

2. L'accès des anciens parlementaires

201. Si des juristes de profession doivent effectivement intégrer le Conseil constitutionnel, il n'en demeure pas moins que la nature[489] comme le destinataire naturel du contentieux de constitutionnalité rendent nécessaire la présence, dans une faible proportion, de personnalités

[486] Décision n° 2010-39 Q.P.C. du 6 octobre 2010, *Mmes Isabelle D. et Isabelle B*, J.O.R.F. du 7 octobre 2010, p. 18154, cons. 2 ; Décision n° 2010-52 Q.P.C. du 14 octobre 2010, *Compagnie agricole de la Crau*, J.O.R.F. du 15 octobre 2010, p. 18540 (voir notamment F. Chénédé, « QPC : le contrôle de l'interprétation jurisprudentielle et l'interdiction de l'adoption au sein d'un couple homosexuel », *Dalloz*, 2010, n° 41, pp. 2744-2749 ; N. Molfessis, « La jurisprudence supra-constitutionem », *J.C.P.G.*, n° 42, 18 octobre 2010, pp. 1955-1962 ; P. Deumier, « QPC : la question fondamentale du pouvoir d'interprétation (à propos de l'interprétation de la loi) », *RTD. civ*., 2010, n° 3, pp. 508-513 ; P. Deumier, « L'interprétation de la loi : quel statut ? Quelles interprétations ? Quel(s) juge(s) ? Quelles limites ? », *RTD. civ.*, 2011, n° 1, pp. 90-96).

[487] Sur cette question voir notamment, D. Rousseau, « L'art italien au Conseil constitutionnel : les décisions des 6 et 14 octobre 2010 », *Gazette du Palais*, n° 294, 2010, pp. 12-15 ; Pour une approche complète de la doctrine du droit vivant et de sa transposition du droit Italien au droit Français, voir C. Severino, *La doctrine du droit vivant*, Economica/P.U.A.M., Paris, 2003, 282 p. ; Voir encore G. Zagrebelsky, « La doctrine du droit vivant », *A.I.J.C.*, 1986, pp. 55-82.

[488] C. Severino, *La doctrine du droit vivant*, précité, p. 130.

[489] J.-P. Lebreton, « Les particularités de la juridiction constitutionnelle », *R.D.P.*, 1983, p. 419-485.

politiques. L'expérience par la pratique du fonctionnement des institutions parlementaires se révèle en effet très utile au contentieux constitutionnel. D'une part, dans le contentieux *a priori*, le Parlement est le destinataire direct des décisions prises par le Conseil constitutionnel. Une connaissance pratique du fonctionnement des assemblées permet alors d'assurer un contrôle plus efficace. En effet, ainsi que l'affirme Jean Rivero, « *les Cours constitutionnelles ne peuvent pas être composées exclusivement de juristes, ni même – si regrettable que cela puisse paraître à la plupart d'entre nous ! – de professeurs de droit… Il faut, étant donné l'élément politique qui intervient nécessairement dans la décision que prend toute cour constitutionnelle, aux cours constitutionnelles des hommes ayant le sens de la vie politique, ayant derrière eux un certain vécu politique* »[490]. D'autre part, les compétences détenues par le Conseil constitutionnel en matière de contentieux des lois *a posteriori*, nécessitent une prise en compte beaucoup plus large du travail parlementaire. Les pouvoirs de modulation dans le temps de ses décisions, ou encore les réserves d'interprétation offrent au Conseil la possibilité de rythmer le calendrier parlementaire et d'influencer le travail du législateur[491]. Une connaissance pratique des contraintes pesant sur le travail législatif se révèle alors d'une extrême utilité. Les anciens parlementaires[492] sont, semble-t-il, les mieux à même pour répondre à ces impératifs. Tout d'abord, ils ne font pas courir le risque à l'institution d'une incompatibilité avec l'exercice d'un mandat électif. Ensuite, parmi les profils politiques, il s'agit d'une catégorie socio-professionnelle facilement identifiable.

B. L'aménagement concret de la clause spéciale de compétence

202. La composition de la juridiction constitutionnelle a, depuis longtemps, été un thème suscitant des réflexions quant à l'aménagement des règles juridiques encadrant la sélection des futurs juges constitutionnels. Par exemple, sous la troisième République, dans un contexte

[490] J. Rivero, « Rapport de synthèse », in L. Favoreu (dir.), Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux, précité, pp. 517-529, spéc. p. 520.

[491] Sur l'impact des décisions de constitutionnalité sur le travail législatif, voir notamment G. Carcassonne « Parlement et QPC », *Pouvoirs*, n° 137, 2011, pp. 73-81 ; G. Bergougnous, « La Q.P.C. et la revalorisation du Parlement », *Politéia*, n°23, 2013, pp. 243-261, spéc. pp. 252-261 ; du même auteur, « Le Conseil constitutionnel et le législateur », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 38, 2013, pp. 7-21 ; S. Brimo, « Les conséquences de la modulation dans le temps des effets des décisions Q.P.C. », *R.D.P.*, 2011, n° 5, pp. 1189-1212.

[492] Par ancien parlementaire, il faut entendre ancien élu député ou sénateur ou ancien fonctionnaire parlementaire.

où la souveraineté de la loi faisait obstacle à l'instauration d'un contrôle de constitutionnalité, une loi déposée en 1903 à la Chambre des députés, proposait déjà la création d'une Cour suprême sensée limiter les effets du parlementarisme. De façon à lutter contre tout abus de pouvoir et pour garantir son indépendance, elle devait être composée de neuf juges nommés en Conseil des ministres sur une liste de vingt-sept noms dressée par la Cour de Cassation, le Conseil d'Etat, la section de législation de l'Académie des sciences morales et politiques, l'ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de Cassation, les conseils de l'ordre des avocats près les Cours d'appel et enfin les Facultés de droit[493]. La nécessité de prévoir la nomination de professionnels du droit est une question qui préoccupe les juristes depuis longtemps et qui, désormais, devient cruciale.

203. Proposer l'adoption en France d'une clause spéciale de compétence nécessite de faire un choix parmi une multitude d'aménagements possibles. La redéfinition des autorités compétentes pour nommer les membres du Conseil est inutile. Aucune modalité de nomination n'est parfaite et ne met entièrement à l'abri du risque de politisation du Conseil. En effet, « *l'utilisation de telle ou telle technique de désignation des juges constitutionnels ne suffit pas à assurer la crédibilité de ceux-ci : encore faut-il que les juges choisis présentent un certain nombre de qualités ou caractéristiques* »[494]. La prise en compte d'une mineure politique dans la composition d'une juridiction constitutionnelle est indissociable de la mission même du juge constitutionnel. En revanche, la majeure doit être la compétence juridique. Il serait dès lors souhaitable d'envisager une révision de l'article 56 de la Constitution de 1958 en y intégrant ce qui a été défini comme une clause spéciale de compétence. Plusieurs aménagements doivent être opérés. Il semble en effet nécessaire d'assurer au Conseil constitutionnel une composition élargie. Pour cela le nombre de ses membres doit passer de neuf à douze. Pour y parvenir, il est désormais indispensable de revenir sur la présence des membres de droit. Les trois membres supplémentaires pourraient ainsi être nommés par le Premier ministre. Cette quatrième autorité de nomination permettrait ainsi d'établir un équilibre entre les nominations du pouvoir exécutif et celles du pouvoir législatif qui nomme déjà six membres de l'institution. La fréquence du renouvellement des

[493] M. Morabito, *Histoire constitutionnelle de la France de 1789 à nos jours*, L.G.D.J., coll. « Domat droit public », 13ème éd., 2014, 550 p., spéc. pp. 341-342.

[494] L. Favoreu, « La légitimité du juge constitutionnel », *R.I.D.C.*, 1994, n° 2, pp. 557-581, spéc. pp. 573-574 voir aussi D. de Béchillon, « Appel au calme (sur la composition du Conseil constitutionnel) », *Revue de droit d'Assas*, 2012, n° 5, pp. 115-118.

membres ne doit pas être corrigée. Le renouvellement partiel de l'institution permet en effet de conserver une continuité dans la jurisprudence tout en évitant les bouleversements de majorités politiques au sein du Conseil.

204. La surreprésentation de certaines catégories professionnelles peut conduire à des déséquilibres dans la jurisprudence des juridictions constitutionnelle. Comme l'explique par exemple Michel Fromont pour la Cour constitutionnelle allemande, le fait « *qu'il y ait 50 % de professeurs de droit public explique que le jugement se caractérise par un degré d'abstraction élevé, par des arguments trop souvent formels et par une certaine ignorance de l'évolution politique des cinquante dernières années et des exigences d'une démocratie vivante et non pas déduite de la représentation d'un Etat-nation idéalement démocratique* »[495]. Un équilibre doit alors être trouvé au sein de l'institution. Pour cela, la majorité des membres doivent être des juristes de profession appartenant à une catégorie professionnelle visée par la clause. Chacune des catégories professionnelles doit alors bénéficier d'une représentation égalitaire. Ainsi, trois membres pourraient être professeurs de droit enseignant dans une université française et représentant différentes spécialités juridiques. Trois membres seraient obligatoirement magistrats, même à la retraite, et seraient issus du Conseil d'Etat, de la Cour de Cassation et de la Cour des comptes. Trois seraient avocats justifiant d'au moins dix ans d'expérience. Enfin, l'expérience comme l'expertise politique étant indispensables à l'exercice du contrôle de constitutionnalité, trois membres pourraient être désignés parmi d'anciens parlementaires.

[495] M. Fromont, « République fédérale d'Allemagne : la jurisprudence constitutionnelle en 2009 », *R.D.P.*, 2010, n° 4, pp. 1149-1200, spéc. p. 1188.

Conclusion du chapitre 2

205. L'analyse des exemples étrangers en matière de conditions d'accès aux juridictions constitutionnelles a permis de démontrer que la France constituait bien une exception. La part laissée dans tous les systèmes aux juristes de profession contribue largement à éclairer ce constat, particulièrement du point de vue de l'accès des professeurs de droit.

206. Or, il y a désormais un anachronisme du fait de l'absence de règles permettant de garantir l'accès des professeurs de droit au Conseil constitutionnel. En effet, si leur présence n'était pas essentielle dans le cadre du contrôle *a priori*, elle semble désormais se justifier et plus encore s'imposer depuis l'apparition de la question prioritaire de constitutionnalité. La complexification et l'afflux du contentieux, mais aussi la tendance à la constitutionnalisation de toutes les branches du droit, nécessitent que la présence de professeurs spécialisés dans les grandes branches du droit soit exigée.

207. En s'inspirant des exemples étrangers, deux solutions sont alors envisageables. D'une part, l'incitation, qui paraît être la solution minimale ; d'autre part, l'encadrement qui semble être la solution souhaitable. L'introduction d'une clause spéciale de compétence par une révision de l'article 56 de la Constitution du 4 octobre 1958 aurait en effet le double avantage d'encadrer strictement les nominations et d'assurer une composition reflétant la compétence juridique des membres. Ainsi que l'estime Dominique Rousseau, il est nécessaire de revenir « *sur un mode de nomination des juges qui ne correspond plus à sa fonction juridictionnelle* »[496]. Les fonctions juridictionnelles du Conseil constitutionnel imposent désormais que ses juges disposent des qualifications juridiques nécessaires au contrôle de constitutionnalité et les professeurs de droit doivent trouver dans cet agencement une place significative.

[496] D. Rousseau, « Le procès constitutionnel », précité, p. 55.

Conclusion du titre 1

208. L'article 56 de la Constitution du 4 octobre 1958 ne soumet le pouvoir de nomination des membres du Conseil constitutionnel à aucune condition substantielle. Contrairement à la plupart des systèmes étrangers, l'accès au Conseil constitutionnel dépend exclusivement d'un choix libre et discrétionnaire des trois autorités de nomination. En somme, il n'existe aucune condition en termes de compétences, d'expérience ou de profil des membres. De plus, depuis 2013, les statuts de la juridiction constitutionnelle encadrent et limitent trop strictement le régime des incompatibilités au risque de réduire le nombre de professeurs de droit candidats aux fonctions de juge constitutionnel.

209. L'étude des règles entourant l'accès des professeurs de droit à l'institution aura permis de démontrer que l'absence d'encadrement des nominations constitue désormais un handicap à l'approfondissement du caractère juridictionnel du Conseil constitutionnel. Certes, l'accès au Conseil constitutionnel reste ouvert aux professeurs de droit mais les modalités françaises de désignation à la juridiction constitutionnelle constituent une exception au regard d'autres modèles. Dès lors, l'adoption d'une clause spéciale de compétence, inspirée d'expériences étrangères, aurait l'avantage de déterminer avec précision quelles professions seraient représentées au sein de la formation de jugement. La compétence juridique serait ainsi garantie par la définition constitutionnelle du profil des juges. L'appartenance à une catégorie professionnelle déterminée correspondrait, en termes de formation et de compétences, à l'exercice des fonctions désormais renouvelées de juge constitutionnel. Cet encadrement bénéficierait formellement aux juristes universitaires, l'appartenance à la catégorie des professeurs de droit intervenant comme une condition de nomination.

210. La majorité des juridictions constitutionnelles étrangères comptent de manière constante dans leur effectif plusieurs professeurs de droit. En France, si les professeurs de droit ne profitent d'aucune condition matérielle susceptible de faciliter leur nomination, le caractère libre et discrétionnaire des nominations offre une latitude très grande aux autorités compétentes. Pourtant, depuis 1958, seuls onze professeurs de droit ont été choisi, révélant paradoxalement une présence très limitée.

Titre 2.

Une présence limitée

211. Proportionnellement à l'ensemble des nominations au Conseil, la part de professeurs de droit nommés est assez faible[497]. Si les modalités d'accès aux juridictions constitutionnelles conditionnent la pratique des nominations, elles ne le font qu'en partie seulement. Le recours à d'autres grilles d'analyse est nécessaire pour appréhender la composition de la juridiction constitutionnelle. Ainsi, pour les professeurs de droit, le recours à l'histoire et aux rapports du corps des universitaires avec le monde politique permet de comprendre une part de la sociologie des nominations. Malgré l'entière liberté laissée aux autorités de nominations, les professeurs de droit n'ont que peu accédé au Conseil constitutionnel.

212. L'explication qui pourrait en être donnée est extérieure aux membres du Conseil constitutionnel et rejoint plus largement le constat d'une relégation de la figure du professeur de droit lors de l'installation de la V^{ème} République. En effet, le processus constituant de 1958 semble marqué par une série de ruptures qui se caractérisent par un net affaiblissement de la participation des universitaires à la production du droit. La V^{ème} République est l'œuvre de légistes appartenant au Conseil d'Etat, le tout sous l'impulsion et l'influence du général de Gaulle, très loin des préoccupations universitaires. Ces raisons conjoncturelles ont prédéterminé la faible proportion des professeurs de droit susceptibles d'accéder au Conseil constitutionnel (Chapitre 1).

213. Si les conditions extérieures n'étaient pas *a priori* propices à la nomination des professeurs de droit au Conseil constitutionnel, il est nécessaire de se demander pour quelles raisons les autorités de nomination ont porté leur choix sur les professeurs nommés. Pour cela, il faut expliquer la nomination des onze professeurs de droit au regard de critères tirés de la pratique de chacune d'entre elles. Les conditions de nomination comme le profil politique des autorités de nomination offrent une explication, cette fois structurelle, à la présence si limitée de professeurs de droit au Conseil constitutionnel (chapitre 2).

[497] Sur les soixante-quatorze membres nommés depuis 1959, les professeurs de droit ne représentent que 14 % des nominations effectuées.

Chapitre 1:

Les raisons conjoncturelles : l'affaiblissement du recours à l'expertise des professeurs de droit sous la V^{ème} République

214. Il peut être difficile de fournir une explication juridique d'un phénomène qui se caractérise avant tout par sa nature sociologique et politique. Pourtant, si l'on compare le recours à l'expertise des professeurs sur le fonctionnement des institutions entre le début de la IV^{ème} République[498] et celui de la V^{ème} République, on observe une rupture fondamentale[499]. En effet, la IV^{ème} République fut à n'en pas douter l'un des régimes qui consacra le plus évidemment le rôle des professeurs de droit, particulièrement lors de son instauration. Leur expertise était régulièrement sollicitée et leur présence au Comité constitutionnel fut considérable (Section 1). En revanche, la V^{ème} République instaure une séparation entre les professeurs de droit et les institutions, le recours à l'expertise universitaire se réduisant à la portion congrue. L'avènement de la V^{ème} République se caractérise alors par une série de tensions pesant directement sur les réseaux d'influence du corps et ce particulièrement lors de la création du Conseil constitutionnel (section 2). Ces ruptures, qu'il convient d'expliciter, permettent de comprendre les raisons de la faible part de professeurs de droit qui accèderont au Conseil constitutionnel.

[498] Pour une analyse des fondements d'une influence des professeurs de droit et particulièrement des constitutionnalistes depuis la fin du XIX^{ème} siècle, voir G. Sacriste, *La république des constitutionnalistes. Professeurs de droit et légitimation de l'Etat en France (1870-1914)*, Presses de la fondation nationale des sciences politiques, Paris, 2011, 578 p. Il y démontre en effet le rôle fondamental déjà joué par les professeurs de droit dans l'avènement et la réforme de la III^{ème} République.

[499] Sur la diversité des expertises dans la conduite de l'action publique voir L. Dumoulin, S. La Branche, C. Robert, P. Warin (dir.), *Le recours aux experts : raisons et usages politiques*, Presses universitaires de Grenoble, Grenoble, 2005, 479 p.

Section 1. Les professeurs de droit acteurs sous la IV^{ème} République

215. Les bouleversements de la Seconde Guerre mondiale ont permis à de nombreux professeurs de droit de prendre une part considérable au processus d'élaboration de la Constitution du 27 octobre 1946. La notion de processus d'élaboration doit ici s'entendre comme l'ensemble des évènements qui, dès juin 1940, ont progressivement conduit à l'émergence de la constitution du 27 octobre 1946[500]. L'engagement de nombreux professeurs des Facultés de droit dans la Résistance leur a permis de prendre une part active à l'effort de reconstruction juridique de l'Etat (§1). Dans le prolongement, c'est au sein même de la toute première institution compétente en matière de contrôle de constitutionnalité des lois que les professeurs de droit ont été légitimement représentés (§2).

§ 1. Les professeurs de droit acteurs du processus constituant

216. Il n'est pas ici question d'envisager une étude exhaustive de l'effort résistant ou de la production intellectuelle des professeurs de droit durant toute l'occupation[501]. Il s'agira uniquement d'envisager, à travers quelques figures d'autorité, l'investissement et le recours à l'expertise des professeurs de droit dans la Résistance et leur engagement intellectuel dans la transition vers la IV^{ème} République (A). C'est par cet engagement que l'expertise des professeurs de droit sera mobilisée au service du processus constituant (B). Cette trajectoire permettra d'ailleurs de comprendre comment certains d'entre eux, à la faveur de leur engagement résistant, seront nommés au Conseil constitutionnel dès 1958[502].

[500] Sur la question de la transition constitutionnelle, voir E. Cartier, *La transition constitutionnelle en France (1940-1945). La reconstruction révolutionnaire d'un ordre juridique "républicain",* L.G.D.J., Coll. « Thèses », Paris, 2005, 680 p.

[501] Sur cette question voir particulièrement M. Milet, *Les professeurs de droit citoyens. Entre ordre juridique et espace public, contribution à l'étude des interactions entre les débats et les engagements des juristes français (1914-1995)*, thèse dact., Université Panthéon-Assas, 2000, 791 p.

[502] Voir *infra* § 280 et s.

A. Des acteurs de la transition vers la IV^{ème} République

217. Par leur participation à la Résistance, une génération de professeurs de droit va être amenée à œuvrer activement à l'effort de reconstruction politique de l'après-guerre[503]. René Cassin en fut probablement la figure la plus emblématique et eut le parcours d'un universitaire en droit dont l'effort résistant fut le plus productif (1). Beaucoup d'autres s'engageront eux-aussi dans les instances réformatrices de la Résistance, marquant là le pas d'une contre-révolution nationale destinée à organiser les institutions d'après-guerre (2).

1. René Cassin : le professeur de droit de la France libre

218. Les évènements de juin 1940[504] précipitent le départ pour Londres[505] de ce professeur à la Faculté de droit de Paris[506]. Il en sera révoqué peu après par Georges Ripert, alors Doyen de la faculté, qui « *s'est acquitté de sa mission avec zèle, non seulement en visant expressément "l'aide active apporté à un général rebelle", mais en introduisant, à l'appui du décret, des attendus qu'il voulait infamants à mon égard et qui ne furent que ridicules* »[507].

[503] M. Milet, *Les professeurs de droit citoyens. Entre ordre juridique et espace public, contribution à l'étude des interactions entre les débats et les engagements des juristes français (1914-1995)*, précité, p. 262.

[504] Sur le moment dramatique de la journée du 16 juin 1940 à Bordeaux voir E. Roussel, *Le naufrage*, Gallimard, Paris, 2009, 249 p.

[505] Pour un aperçu du voyage de Cassin pour Londres, voir le récit qu'il en fait dans ses mémoires (R. Cassin, *Les hommes partis de rien*, Plon, Paris, 1975, 490 p., spéc. pp. 66-71.

[506] René Cassin, est agrégé de droit privé en 1920, reçu troisième, il enseigne d'abord à Lille avant qu'un emploi d'agrégé sans enseignement lui soit créé spécialement en 1928 à la Faculté de droit de Paris. Cependant, la Faculté, souhaitant pouvoir maîtriser ses choix, obtient du ministère la nomination d'un autre professeur. Cassin est élu à Paris l'année suivante comme chargé de fonctions d'agrégé puis y obtient finalement une chaire de droit civil en 1930 (J.-L. Halpérin, « Un gouvernement de professeurs : réalité ou illusion ? », in J.-L. Halpérin (dir.), *Paris, capitale juridique (1804-1950). Etude de socio-histoire sur la Faculté de droit de Paris*, Editions rue d'Ulm, Paris, 2011, pp. 45-88, spéc. 81).

[507] R. Cassin, *Les hommes partis de rien*, Plon, Paris, 1975, 490 p., spéc. p. 115. Durant ses années d'exercices, René Cassin rapporte d'ailleurs les propos antisémites à l'égard de certains professeurs de la faculté de droit de Paris tenus par Esmein ainsi que Ripert alors Doyen de la Faculté (*Idem*, p. 21). Pour une étude approfondie de l'épuration dans les facultés de droit et plus largement des relations entre Vichy et les facultés de droit voir notamment M. Milet, *Les professeurs de droit citoyens. Entre ordre juridique et espace public, contribution à l'étude des interactions entre les débats et les engagements des juristes français (1914-1995)*, 791 p., spéc. tome 2, pp. 224-311 ; M. Cointet, *Les juristes sous l'occupation : la tentation du Pétainisme et le choix de la Résistance*, in A. Gueslin (dir.), *Les facs sous Vichy : étudiants, universitaires et Universités de France pendant la Seconde Guerre mondiale*, Publication de l'Institut d'Etudes du Massif Central Université Blaise-Pascal, Fascicule VI, coll. « Prestige », Clermont-Ferrand, 1994, 371 p., spéc. pp. 51-65 ; C. Singer,

Pour des raisons politiques mais aussi en raison de ses compétences juridiques, c'est à lui que de Gaulle confie, dès le 29 juin, le rôle d'organiser juridiquement l'architecture de la France libre. Parmi les quelques français entourant de Gaulle à Londres, René Cassin n'est pas le seul juriste compétent. Il s'en trouve un autre, Pierre Tissier, maître des requêtes au Conseil d'Etat mais dépourvu d'expérience. C'est donc à Cassin, qui fut durant seize ans délégué de la France à la Société des Nations, habitué des négociations internationales, connu du Gouvernement britannique et farouche opposant au nazisme, que de Gaulle préfère confier ce rôle de légiste. D'autres universitaires rejoindront bientôt René Cassin autour de de Gaulle à Londres, notamment Jean Escarra professeur à la Faculté de droit de Paris et Pierre Cot qui sera vite amené à jouer un rôle clé dans la transition vers la IV^{ème} République jusqu'au processus constituant en 1946[508].

219. Dès le 28 juin, Churchill avait reconnu de Gaulle « *Chef des Français libres* », lui faisant part de son souhait de le voir à la tête d'un Comité national français[509]. René Cassin fut donc d'abord chargé de préparer un projet d'accord juridique avec le Gouvernement britannique destiné à donner un statut juridique aux troupes françaises sous l'autorité de de Gaulle. Ce statut permettrait alors à la France libre de s'organiser depuis Londres. L'accord entre Churchill et de Gaulle, signé le 7 août, sera l'acte de reconnaissance des Forces françaises libres ; mais il ne conférait pas à la France libre une réelle et complète légalité interne. Pour y parvenir, il fallait d'abord dénier toute légitimité au régime de Vichy. René Cassin œuvra alors pour affirmer la continuité de la République en dénonçant l'illégalité du régime. En farouche promoteur de l'idéal républicain, Cassin précise ses choix : « *Nous n'acceptions pas le coup d'Etat ayant renversé la République. Nous entendions demeurer soumis à ces lois et, en particulier, à la disposition de la Constitution de 1875 subordonnant à l'assentiment d'une loi votée par le Parlement toute cession d'une partie du territoire national* »[510]. Sa mise en forme juridique se réalise à travers les pages de la revue *La France*

Vichy, l'université et les juifs, Les Belles Lettres, Paris, 1992, 435 ; D. Lochak, « La doctrine sous Vichy ou les mésaventures du positivisme », in *Les usages sociaux du droit*, P.U.F., Paris, 1989, pp. 252-285.

[508] A. Prost, J. Winter, *René Cassin*, Fayard, Paris, 444 p., spéc. p. 149. Cette biographie de René Cassin est très sûrement la plus complète et la plus juste sur la vie de René Cassin et particulièrement en ce qui concerne son influence à partir de juin 1940.

[509] R. Cassin, *Les hommes partis de rien*, précité, p. 76.

[510] *Idem*, p. 120.

Libre en décembre 1940[511], pages au fil desquelles il reprend son argumentation déjà développée sur les ondes de la B.B.C. en juillet 1940. A cet égard, on oublie souvent que René Cassin fut, durant cette période, l'homme des discours radiodiffusés, s'adressant notamment aux étudiants des universités, appelant à la résistance au régime de Vichy et au rassemblement de la France libre [512]. Il y démontrait que la loi constitutionnelle du 10 juillet 1940 était entachée de trois griefs fondamentaux : un grief de forme du fait de la violence ayant conduit à l'adoption de ladite loi conduisant à l'irrégularité de la convocation et de la délibération des chambres ; un grief portant sur le fond, consistant à indiquer qu'il avait été rédigé une constitution illégale fondée sur un abus de pouvoir du chef du Gouvernement qui ne pouvait pas en supprimer la forme républicaine ; enfin, un grief procédural, résultant du second, portant sur la délégation de pouvoir qu'organise la loi du 10 juillet 1940. Selon lui, en effet, la Constitution ainsi créée était entachée d'un « *vice grave et indiscutable* » en ce qu'elle « *n'émane pas de la seule autorité constituante qualifiée par l'article 8 de la Constitution de 1875, à savoir l'Assemblée nationale elle-même, mais d'un tiers non qualifié, "le chef du Gouvernement de la République", à qui ladite Assemblée a confié les pleins pouvoirs* »[513].

220. A la suite de cet épisode, au début de l'année 1941, Cassin conserve une position essentielle au sein de la France libre. Ses compétences juridiques et internationales lui offrent une place de secrétaire permanent du Conseil de défense ce qui en fait le chef de son administration[514]. Simultanément, avait été créé un Service de la justice de la France libre dont le chef était choisi « *parmi les hauts magistrats ou professeurs agrégés des Facultés de droit* »[515]. De Gaulle lui en confia donc l'essentiel des responsabilités[516] qui consistaient

[511] R. Cassin, « Un coup d'Etat. La soi-disant Constitution de Vichy », in *La France Libre*, vol. 1, n° 2, 16 déc. 1940, pp. 162-176.

[512] Voir la publication par René Cassin lui-même de quelques un de ses textes radiodiffusés entre juillet 1940 et septembre 1941, R. Cassin, *Les hommes partis de rien*, précité, pp. 461-490. Il fut à l'origine de plus de cent trente allocutions radiodiffusées dont vingt pour la seule année 1940 (A. Prost, J. Winter, *René Cassin*, précité, p. 165 ; voir aussi O. Wieviorka, *Histoire de la résistance* : 1940-1945, Perrin, Paris, 2013, 575 p., spéc. pp. 21-27.

[513] R. Cassin, « Un coup d'Etat. La soi-disant Constitution de Vichy », précité, p. 172.

[514] Son influence et son expertise juridique lui avait déjà permis d'organiser depuis Londres la publication des actes officiels du nouveau gouvernement de la France libre. Le 20 janvier 1941, il la dote des attributs d'un État en éditant le *Journal officiel de la France Libre*, qui devient *Journal officiel de la France Combattante* en juillet 1942 (R. Cassin, *Les hommes partis de rien*, précité, pp. 236-237).

[515] B. Beignier, « Charles de Gaulle et la République (1940-1944) », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Malaurie, liber amicorum*, Defrénois, Paris, 2005, pp. 51-106, spéc. p. 67.

notamment à coordonner les réunions en l'absence de de Gaulle et à l'organiser l'activité internationale de la France libre[517], en collaboration directe avec d'autres universitaires en droit tel Jean Escarra, arrivé à Londres en 1941 et lui aussi professeur à la Faculté de droit de Paris. Sa présence confirme l'attrait qu'ont pu avoir pour de Gaulle, au cours de cette période, les professeurs de droit engagés auprès de lui dans un rôle de rétablissement des bases juridiques de l'Etat.

221. En septembre 1941, de Gaulle annonce la création du Comité national français, premier véritable Gouvernement de la France libre, dans lequel René Cassin n'obtient de lui que le portefeuille de la justice et de l'instruction publique[518]. Néanmoins, son nouveau poste dans le Gouvernement de la France libre lui permit d'entreprendre un travail « *pour lequel il était sans doute mieux préparé comme universitaire et juriste.* […] *Il s'agissait de fournir à la France libre des idées à long terme sur la réforme de l'Etat et le plein rétablissement de la légalité républicaine* »[519]. Dans cette optique, dès décembre 1941, sont créées plusieurs commissions d'études chargées d'organiser les institutions à la Libération. Il prit la tête de celle dévolue à la réforme de l'Etat. Cassin y avait pour but, entre autre, de rétablir la légalité républicaine, d'organiser la répression des crimes allemands en France mais aussi d'élaborer une Déclaration internationale des droits de l'homme[520]. Au sein de cette commission, Cassin créa trois sections. L'une d'elles, la section sur la réforme de l'Etat, fut chargée sous son impulsion de promouvoir la protection des droits de l'homme ainsi que d'organiser pour la France libre une Assemblée consultative provisoire[521].

---

[516] R. Cassin, *Les hommes partis de rien*, précité, p. 233.

[517] René Cassin confirme d'ailleurs que c'est plus sa fonction exercé auprès de la société des nations que celles qui étaient les siennes à l'université qui ont prévalu à sa nomination dans cette charge (R. Cassin, *Les hommes partis de rien*, précité, p 232).

[518] Cet épisode fut d'ailleurs vécu par Cassin comme une injustice, lui qui espérait un poste avec plus de responsabilités (R. Cassin, *Les hommes partis de* rien, précité, pp. 406-407 ; A. Prost, J. Winter, *René Cassin*, précité, p. 191).

[519] A. Prost, J. Winter, *René Cassin*, précité, p. 200.

[520] Archive Nationale., *Fonds René Cassin*, 382 A.P. 57.

[521] Le texte relatif aux droits de l'homme vit le jour en 1943. Il constituait véritablement un préambule à une constitution ranimant la « *tradition de la révolution française en matière de droit* » et rappelant d'ailleurs le préambule de la Constitution de la IV[ème] République qui allait naître. Cette déclaration des droits servit largement de support lors de l'élaboration de la Constitution de 1946 (A. Prost, J. Winter, *René Cassin*, précité, p. 208. Pour une lecture de la déclaration voir F. de Menthon, *Vers la IV[ème] République*, Hachette, Paris, 1946, pp. 45-50).

222. En juin 1943, de Gaulle décide du remplacement du Comité national français par le Comité français de la libération nationale qui deviendra, plus tard, le Gouvernement provisoire de la République française. A partir d'août 1943, le rôle de Cassin dans le rétablissement de la légitimité républicaine s'intensifie avec la création du Comité juridique auprès du Comité français de la libération nationale. Il en fut nommé président par de Gaulle désireux de le maintenir à un poste pour lequel son expertise serait très utile[522]. Bien qu'il soit difficile de déterminer avec précision quelle y fut son influence exacte, son impulsion fut très sûrement essentielle au travail du comité juridique. L'institution disposait d'un rôle législatif et administratif très étendu. Elle était chargée d'étudier les textes législatifs et règlementaires appliqués dans les territoires placés sous l'autorité du Comité français de libération nationale. De plus, le comité juridique bénéficiait des attributions dont disposait le Conseil d'Etat en matière d'avis avant l'arrivée au pouvoir de Pétain le 16 juin 1940. Chaque texte était donc soumis à son avis avant toute discussion devant le Comité français de libération nationale. La doctrine de René Cassin en tant que président était claire. Elle consistait, d'une part, à laisser au Gouvernement le pouvoir de décision tout en donnant indépendamment l'avis du comité sur chacun des textes examinés et d'autre part à concevoir les moyens juridiques nécessaires pour atteindre le rétablissement de la légalité républicaine[523]. C'est ainsi que sous sa présidence, cent vingt-cinq lois de Vichy ont été classées comme nulles et de nul effet, entraînant la nullité de tous leurs décrets d'application. Son rôle, essentiel, était donc de rétablir la forme juridique de l'Etat républicain en s'assurant de la légalité des mesures nouvelles adoptées. C'est cette expérience au Comité et son expertise qui lui permettront d'être nommé en novembre 1944, par François de Menthon, Vice-président du Conseil d'Etat[524].

[522] En nommant Cassin président de ce Comité juridique, de Gaulle l'exclut par la même occasion de l'exécutif et de son poste de Commissaire auprès du Comité national français. Il semble que René Cassin ait pris l'annonce de cette nouvelle fonction comme un désaveu, estimant son traitement « *injuste* » (A. Prost, J. Winter, *René Cassin*, précité, p. 215).

[523] *Idem*, p. 221.

[524] Décret du 22 novembre 1944, Nomination du vice-président – M. René Cassin, J.O.R.F. du 29 novembre 1944, p. 1544. Il faut préciser que Cassin souhaitait que le Comité soit conservé tant que l'épuration du Conseil d'Etat n'était pas terminée. Il souhaitait alors que les deux instances soient maintenues avec des compétences partagées ou qu'elles soient fusionnées en élargissant les compétences du Conseil d'Etat. Leur fusion eut lieu par l'ordonnance du 31 juillet 1945 (Ordonnance n°45-1708 du 31 juillet 1945 portant sur le Conseil d'Etat, J.O.R.F. du 1er août 1945, p. 4770 ; voir aussi A. Prost J. Winter, *René Cassin*, pp. 224-225). Voir encore le discours de François de Menthon lors de l'installation de René Cassin à la Vice-présidence du Conseil d'Etat. Son grade de professeur n'y est pas oublié, ainsi que le discours de René Cassin lui-même (P. Gonod, *La présidence du Conseil d'Etat républicain*, Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », Paris, 2005, 176 p., spéc. pp. 118-128).

223. Le travail de René Cassin au cours de Seconde Guerre mondiale doit être compris comme celui d'un professeur de droit dont l'expertise et l'engagement républicain sont hérités des républicains de la III[ème] République. Comme le notent Antoine Prost et Jay Winter, « *il n'était pas un haut fonctionnaire qui faisait son métier dans un cadre familier, mais un professeur en exil qui se rendait utile, d'improvisation en improvisation, dans une aventure hors du commun* »[525]. Le général de Gaulle a très bien résumé le rôle d'expert juridique et constitutionnel joué par René Cassin dès juin 1940 à Londres : « *Le Professeur Cassin était mon collaborateur – combien précieux ! – pour tous les actes et documents sur lesquels s'établissaient, à partir de rien, notre structure intérieure et extérieure* »[526]. Il fut, avec d'autres professeurs de droit engagés dans la Résistance, l'élément de base de la « *lutte symbolique* »[527] menée contre le régime de Vichy et l'un des experts privilégiés de la reconstruction juridique de l'Etat.

2. Les professeurs de droit et les instances réformistes de la Résistance

224. Les professeurs de droit redeviennent des acteurs légitimes dont l'expertise et l'engagement apparaissent indispensables, dans une période si troublée, pour imaginer la reconstruction de l'Etat. En effet, « *en asseyant le combat sur des bases professionnelles, l'œuvre programmatique de la Résistance témoigne non seulement d'une intensification de l'enrôlement des milieux juridiques mais également de la légitimité renouvelée des outils du droit* »[528]. Ils ont notamment œuvré au sein de commissions oscillant entre projets de réforme constitutionnelle et diatribes contre l'occupant nazi[529]. Ce sont avant tout des universitaires en

[525] A. Prost, J. Winter, *René Cassin*, précité, p. 167.

[526] Ch. de Gaulle, *Mémoires de Guerre. L'Appel : 1940-1942*, tome 1, Plon, 1954, rééd. Pocket, Paris, 1999, 440 p., spéc. p. 107.

[527] M. Milet, *Les professeurs de droit citoyens. Entre ordre juridique et espace public, contribution à l'étude des interactions entre les débats et les engagements des juristes français (1914-1995)*, précité, p. 266.

[528] F. Audren, J.-L. Halpérin, *La culture juridique française. Entre mythes et réalités. XIX^e^ - XX^e^ siècles*, éd. C.N.R.S., Paris, 2013, 334 p., spéc. p. 218.

[529] Entre 1940 et 1945 de nombreux groupes d'experts se réuniront afin de proposer des évolutions institutionnelles pour la Libération. Ils s'organisent pour beaucoup dans les réseaux de Résistance notamment dans la zone sud et leurs travaux se matérialisent par des réunions informelles et des publications clandestines. Ces contributions, essentielles à l'œuvre résistante, ne seront pas traitées ici. Seuls les comités les plus représentatifs, formellement associés aux institutions de la France libre, seront étudiés.

droit auxquels l'on fit appel en raison de leurs compétences. L'expertise des professeurs de droit n'est pas uniquement sollicitée pour un travail technique (plutôt que doctrinal) car elle répond aussi à « *l'importance de la légitimation par l'arsenal juridique* » d'un combat politique orienté par le droit[530]. Pour cette raison, les professeurs de droit y tinrent une place de premier choix dès 1941. Il faut préciser que les premiers réseaux de résistance orchestrés par des professeurs de droit s'organisent dès novembre 1940 entre les facultés de Clermont-Ferrand, Lyon et Montpellier. On y retrouve notamment Marcel Prélot, René Capitant, François de Menthon, Pierre-Henri Teitgen, René Courtin et Paul Coste-Floret. Ils donneront naissance à plusieurs publications clandestines et participeront, avec Pierre Frenay, à la naissance de *Combat* fin 1941. Ces réseaux, fondés sur la sociabilité des universitaires, permettent de comprendre comment la plupart d'entre eux se sont ensuite retrouvés membres des mêmes commissions d'experts visant à la réforme de l'Etat. Les liens scientifiques qui les ont unis par le passé facilitent l'entente entre membres du même corps à travers la critique du régime nazi[531].

225. Le premier d'entre eux fut François de Menthon. Professeur de droit, rattaché à l'université de Lyon par le régime de Vichy[532], il est à l'origine d'un mouvement de résistance en zone sud destiné à établir une doctrine juridique et politique antinazi. Dès 1942, Jean Moulin, en accord avec François de Menthon, fonde le Comité Général des experts. Ce comité s'assigne d'abord pour tâche de prévoir les premières mesures politiques et administratives qui seront prises à la Libération ainsi que l'orientation générale de la politique que mènera le Gouvernement lors de la Libération[533]. Parmi les membres de ce premier comité les personnalités provenant du monde juridique prévalent. Sur les neuf membres, huit sont

[530] M. Milet, *Les professeurs de droit citoyens. Entre ordre juridique et espace public, contribution à l'étude des interactions entre les débats et les engagements des juristes français (1914-1995)*, précité, p. 283.

[531] M. Cointet, « Les juristes sous l'occupation : la tentation du Pétainisme et le choix de la résistance », in A. Gueslin (dir.), *Les facs sous Vichy. Etudiants, universitaires et universités de France pendant la Seconde Guerre mondiale*, Publications de l'Institut d'Etudes du Massif Central, Coll. « Prestige », Clermont-Ferrand, 1994, pp. 51-64 ; O. Wieviorka, *Histoire de la résistance* : 1940-1945, précité, pp. 84-85.

[532] *Idem*, p.260. A la Libération, François de Menthon devient ministre de la Justice dans le Gouvernement provisoire de la République française du général de Gaulle de septembre 1944 à mai 1945. Il participe au procès de Pétain et à l'épuration des fonctionnaires collaborateurs du régime de Vichy. En 1945, il est nommé par le général de Gaulle procureur au tribunal de Nuremberg jusqu'en 1946 au côté de Paul Coste-Floret nommé procureur adjoint la même année. (P. Dreyfus, « François de Menthon (1900-1984), le Garde des Sceaux oublié (4 septembre 1943-30 mai 1945) », in *La justice de l'épuration à la fin de Seconde Guerre mondiale*, La documentation française, Paris, 2008, pp. 288-296).

[533] D. de Bellescize, « Le Comité général d'études de la résistance », *Revue d'histoire de la Deuxième Guerre mondiale*, n° 99, 1975, pp. 1-24, spéc. p. 5.

docteurs en droit et quatre sont professeurs de droit. On compte parmi eux François de Menthon, Paul Bastid, Pierre-Henri Teitgen et René Courtin[534].

226. A partir de 1943, le Comité d'experts se transforme, sous l'impulsion de ses membres, en Comité général d'Etudes. Progressivement, grâce à la qualité scientifique des travaux de ses membres, le Comité devient un « *rouage important de la résistance intérieure organisée* [et] *a l'ambition d'être à la fois le conseil permanent de la Délégation du Comité français de Libération nationale en France occupée et le conseil des mouvements de Résistance* »[535]. Au cours de cette année 1943, les travaux du Comité s'amplifient et, parallèlement, ses membres décident de créer une revue de doctrine politique et constitutionnelle, *Les Cahiers politiques de la Résistance*. Ils solliciteront les travaux de nombreux intellectuels dont ceux de Léo Hamon, futur agrégé des Facultés de droit. Du fait de sa composition, Le Comité général d'Etudes devient alors le « *centre de rencontres, de réunions et de réflexions de l'ensemble des mouvements et personnalités intéressés par la réforme constitutionnelle en France occupée* »[536]. L'ambition politique mais aussi scientifique de cette institution conduit à la publication par les membres du Comité de leur propre projet de constitution pour la Libération. Parmi eux, notamment, le projet de Paul Bastid, publié en 1945 dans *Les Cahiers politiques de la Résistance*[537]. Au cours de l'année 1943, le Comité propose un projet collectif de constitution promouvant notamment le contrôle de constitutionnalité des lois[538], un bicamérisme inégalitaire composé d'une Chambre des députés et d'un Sénat, un Président de la République disposant de pouvoirs propres élu au suffrage universel indirect et jouissant du droit de dissolution[539]. Ce projet, élaboré par les membres du comité est très influencé par l'ensemble des critiques qui ont atteint le régime d'assemblée et l'effacement du Président de

[534] Ainsi que le précise Diane de Bellescize, le Comité d'expert nouvellement crée est le « *brain trust de la résistance*» (D. de Bellescize, « Le Comité général d'études de la résistance », précité, p. 5).

[535] M. Debré, *Trois républiques pour une France, Combattre*, tome 1, Albin Michel, Paris, 1984, 478 p., spéc. p. 190.

[536] J.-E. Callon, *Les projets constitutionnels de la Résistance*, La documentation Française, Paris, 1998, 244 p., spéc. p. 21.

[537] *Ibidem*. Pour une lecture du projet publié par Paul Bastid, voir J.-E. Callon, *Les projets constitutionnels de la Résistance*, précité, pp. 154-161.

[538] Sûrement sous l'influence de François de Menthon dont il est, tout au long de la résistance et jusqu'à la seconde constituante, un fervent défenseur (D. de Bellescize, « Le rôle de François de Menthon dans la rédaction de la Constitution de la quatrième République », in *Le discours d'Epinal. « Rebâtir la République »*, Economica/P.U.A.M., Paris, 1997, pp. 123-136).

[539] J.-E. Callon, *Les projets constitutionnels de la Résistance*, précité, pp. 52-59.

la République sous la III[ème] République à partir des années trente[540]. Si le projet n'influence pas véritablement la Constitution du 27 octobre 1946, il révèle la filiation des idées qui vont guider l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958. Et pourtant, les professeurs de droit ne seront pas associés à son élaboration[541].

227. A partir de 1944, une Commission d'études de la réforme de la Constitution est créée sous l'influence du professeur André Philip. Son importance fut de premier ordre, car ses membres joueront, pour la plupart d'entre eux, un rôle décisif dans les Assemblées constituantes entre 1945 et 1946[542]. Par sa composition, elle reflète la place essentielle comme l'influence scientifique des professeurs de droit dans la transition vers la IV[ème] République. Sur les neuf membres qu'elle comprend, cinq sont professeurs de droit : André Hauriou, Paul-Emile Viard, Paul Coste-Floret, Bernard Lavergne et Pierre Cot[543]. La vocation de la Commission est d'établir une « *véritable reconstruction du système politique, une renaissance totale de* [la] *vie politique et parlementaire* »[544]. C'est dans cet objectif que la Commission rédige un projet en forme d'inventaire des idées constitutionnelles de l'ensemble des membres de l'institution[545]. Les réflexions menées par la Commission s'apparentent pour beaucoup aux règles que consacrera la Constitution du 27 octobre 1946. En effet, il y est inscrit notamment la nécessité de faire précéder la future Constitution d'une déclaration des droits qui devra « *définir des droits économiques et sociaux non prévus en 1789* […] *(droit à la santé, à l'enseignement, aux libertés syndicales, à la stabilité de l'emploi, à la législation sociale, à la participation ouvrière à la gestion de la vie économique)*»[546]. Institutionnellement le projet

[540] S. Pinon, *Les réformistes constitutionnels des années trente aux origines de la V^e République*, L.G.D.J., Coll. «Bibliothèque constitutionnelle et de science politique», Paris, 2003, 632 p ; C. Hauuy, « Le président de la République, vu par la doctrine publiciste, sous la III^e République », *R.F.D.C.*, n° 93, 2013, pp. 67-82.

[541] N. Wahl, « Aux origines de la nouvelle Constitution », *R.F.S.P.*, 1959, n° 1, pp. 30-66 ; voir *infra* § 251 et s.

[542] Voir *infra* § 230 et s.

[543] Il faut préciser que Pierre Cot, agrégé de droit en novembre 1922, n'exercera à la Faculté de Rennes que jusqu'en janvier 1924, préférant la carrière politique à la carrière universitaire (S. Jansen, *Pierre Cot. Un antifasciste radical*, Fayard, Paris, 2002, 680 p., spéc. p. 655). Voir aussi l'étude menée par Pierre Cot sur l'engagement des professeurs de droit à cette époque en politique P. Cot, « Les avocats et les universitaires dans la politique », *Revue politique et parlementaire*, Août 1925, pp. 202-222.

[544] J. Bougrab, *Aux origines de la Constitution de la IV^e République*, Dalloz, Coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », Paris, 2002, 768 p., spéc. p. 193.

[545] Dans son rapport remis à de Gaulle en avril 1944, il est précisé en prolégomènes qu'il ne comportera pas « *de projet de Constitution nouvelle* » mais qu'il vise simplement à être « *un élément d'études à côté des autres, s'efforçant de dégager des idées et définir des positions en vue de recherches ultérieures* » (J.-E. Callon, *Les projets constitutionnels de la Résistance*, précité, p. 204).

[546] *Idem*, p. 208.

avait pour ambition d'instaurer de nouveau un régime parlementaire, mais tempéré par des mécanismes de rationalisation pour éviter tout retour aux déviations de la pratique de la III^{ème} République. Ainsi que le souligne Jeannette Bougrab, « *les débats de cette commission se reproduisirent selon les mêmes schémas lors des deux Assemblées nationales constituantes* »[547] et révélèrent l'importance du rôle joué par les professeurs de droit au sein des instances réformatrices de la résistance.

228. Signe de cette importance, et à titre plus anecdotique, le projet de réforme constitutionnelle, rédigé et présenté à de Gaulle en 1944 par Jules Jeanneney. Sénateur et professeur de droit, il reprend son activité d'universitaire pendant l'occupation. En 1942, le général de Gaulle lui demande de rédiger un texte portant sur la transition constitutionnelle et sur les réformes nécessaires à la reconstruction de l'Etat. Dans ce texte, rédigé en 1943 et paru par extrait en 1946[548], il proposait notamment la création d'une « *Cour suprême de légalité constitutionnelle* »[549]. Sa composition devait exiger, de la part de ceux qui auraient à résoudre « *les hautes questions de droit public* […] *des connaissances, une expérience, une indépendance toute particulières que, seul, un organe institué ad hoc peut fournir* »[550]. Pour cela il proposait qu'il soit composé de sept membres titulaires dont deux élus par le Conseil d'Etat, deux élus par la Cour de Cassation, deux élus par l'ensemble des professeurs titulaires des Facultés de droit et le septième serait coopté par les six précédents.

229. L'expertise des professeurs de droit saura de nouveau être exploitée à la Libération. Essentiels dans la transition vers la IV^{ème} République, les professeurs de droit seront de nouveau des acteurs de premier ordre dans le processus constituant en 1946.

[547] J. Bougrab, *Aux origines de la Constitution de la IV^{e} République*, précité, p. 194.

[548] J. Jeanneney, « Du contrôle de la légalité », *les cahiers Politiques*, n° 19, 1946, pp. 1-5.

[549] J.-E. Callon, *Les projets constitutionnels de la Résistance*, précité, p. 152.

[550] *Ibidem*.

B. Des acteurs du processus constituant

230. Forts de leur engagement dans la Résistance, les juristes universitaires vont avoir l'occasion d'être « *à la fois auteurs et acteurs, politiques et juridiques. Ils interviennent durant l'ensemble des phases du travail constituant, occupent des postes clefs du processus constituant et mènent les principales controverses juridico-politiques de ce début d'après-guerre* »[551]. Leur influence sur les choix menés lors de la phase préconstituante comme leur large présence dans les deux Assemblées constituantes, consacrent l'investissement des universitaires dans l'émergence du nouveau régime. De l'adoption de la loi du 2 novembre 1945 à celle de la Constitution du 27 octobre 1946, leur rôle sera essentiel et leur expertise souvent déterminante.

231. L'une des figures marquante de l'installation du nouveau régime fut René Capitant. Présent tout au long de la procédure constituante, il sera l'un des inspirateurs de la procédure retenue lors de la phase préconstituante. En 1945, la question de l'organisation constitutionnelle provisoire et des modalités juridiques d'adoption de la nouvelle constitution restant en suspens, il fallait trouver une solution destinée à garantir le retour à la légalité républicaine. Parmi les différentes options institutionnelles qui s'offraient au Gouvernement de Gaulle[552], celle du référendum l'emporta. L'ordonnance du 17 août 1945[553] soumet ainsi à référendum l'élection d'une assemblée constituante ; ordonnance à laquelle s'ajoute la future loi constitutionnelle du 2 novembre 1945, qui « *organise les pouvoirs publics pendant la période pré-constitutionnelle* »[554]. Cette « *petite Constitution* »[555] avait notamment pour

[551] M. Milet, *Les professeurs de droit citoyens. Entre ordre juridique et espace public, contribution à l'étude des interactions entre les débats et les engagements des juristes français (1914-1995)*, précité, p. 315.

[552] Trois options semblaient s'offrir à de Gaulle. La première consistait à la réunion à Versailles de l'Assemblée nationale et du Sénat en une Assemblée constituante qui déciderait ou non de modifier la Constitution de 1875. La seconde visait l'élection d'une Assemblée constituante souveraine sur le modèle de 1871 ayant laborieusement aboutie à la Constitution de la III^{ème} République. La troisième voie, celle choisie par le Gouvernement provisoire, visait l'élection d'une Assemblée constituante qui verrait ses pouvoirs limités notamment dans le temps (M. Prélot, *Précis de droit constitutionnel*, 3ème éd., Dalloz, Paris, 1955, 556 p., spéc. pp. 242-244).

[553] Ordonnance n°45-1836 du 17 août 1945 instituant une consultation du peuple français par voie de référendum et fixant le terme des pouvoirs de l'Assemblée consultative provisoire, J.O.R.F. du 19 août 1945, p. 5154.

[554] G. Vedel, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, Sirey, 1949, réédition, Dalloz, Paris, 2002, 616 p., spéc. p. 296.

fonction d'encadrer la procédure d'adoption de la nouvelle Constitution par l'Assemblée constituante élue. Le projet de Constitution serait ensuite soumis à référendum, redonnant au peuple l'essentiel des attributs de la souveraineté qu'il s'était vus confisquer par les Assemblées en 1875. Cette étape essentielle dans le rétablissement de la « *constitutionnalité républicaine* »[556] fut très probablement directement influencée par trois professeurs de droit : René Capitant, Marcel Prélot et Charles Eisenmann. En effet, la volonté d'associer les compétences juridiques et l'activité dans la Résistance conduisent de Gaulle à faire intervenir des professeurs de droit auprès du Gouvernement provisoire. Capitant avait à cœur de reconstruire une démocratie vivante en se fondant notamment sur les enseignements donnés par Carré de Malberg en 1931[557]. Dans la lignée de son prédécesseur et maître à la Faculté de droit de Strasbourg, le référendum apparaissait pour lui comme le meilleur moyen de trancher un problème de légitimité démocratique[558]. Pour Capitant, en effet, seul le peuple avait la qualité pour décider souverainement de la Constitution à laquelle il entendait se soumettre[559]. C'est par l'intermédiaire de Capitant, alors ministre de l'éducation nationale et au cours de l'année 1945, que de Gaulle fait le choix d'une procédure marquant une volonté manifeste de retourner aux fondements de la souveraineté populaire. C'est là que de Gaulle fera véritablement la découverte de Carré de Malberg sur les conseils de Capitant[560]. Les témoignages d'un des acteurs privilégiés de la période permettent d'éclairer le sens de l'apport de René Capitant assisté de Marcel Prélot, Jean Foyer, et Charles Eisenmann. Jean Foyer précise en effet dans ses mémoires, qu'en tant que « *collaborateurs de René Capitant, nous avons toujours pensé qu'il avait été, avec le concours de Prélot et d'Eisenmann,*

---

[555] M. Prélot, *Précis de droit constitutionnel*, précité, p. 246. Voir aussi E. Cartier, « Les petites Constitutions : contribution à l'analyse du droit constitutionnel transitoire », *R.F.D.C.*, n° 71, 2007, pp. 513-534.

[556] L. Favoreu, « Les étapes du rétablissement », in « *Rebâtir la République* ». *La reconstruction juridique et constitutionnelle de la France*, Economica/P.U.A.M., Paris, 1997, pp. 79-81, spéc. p. 79.

[557] R. Carré de Malberg, « Considérations théoriques sur la question de la combinaison du référendum avec le parlementarisme », *R.D.P.*, 1931, pp. 225-244 ; Voir aussi S. Pinon, *Les réformistes constitutionnels des années trente aux origines de la V^e^ République*, précité, pp. 77-87.

[558] R. Capitant, *Pour une constitution fédérale*, éd. Renaissance, Strasbourg, 1946, in *Ecrits politiques*, éd. C.N.R.S., Paris, 1982, pp. 305-306 ; voir encore R. Capitant, « L'œuvre juridique de Raymond Carré de Malberg », *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique*, n° 1, 1937, pp. 81-93.

[559] G. Conac, « René Capitant et le référendum », in « *Rebâtir la République* ». *La reconstruction juridique et constitutionnelle de la France*, Economica/P.U.A.M., Paris, 1997, pp. 203-215, spéc. p. 204.

[560] Certains travaux attribuent une origine plus tardive à l'influence de Carré de Malberg sur de Gaulle (S. Mouton, « De Gaulle et les constitutionnalistes », in M. Hecquard-Théron (dir.), *Les facultés de droit inspiratrices du droit ?*, Travaux de l'I.F.R. Mutations des Normes Juridiques, Toulouse, 2006, pp. 203-216).

l'inspirateur de la procédure retenue »[561]. Capitant fut un réformiste actif des années trente, proposant une véritable critique du régime parlementaire qui devait, pour lui, véritablement renouer avec l'impératif démocratique[562]. Il fut ainsi l'inspirateur d'une procédure qu'il défendra ardemment au cours des années 1940 dans une critique ordonnée du régime ultra-représentatif[563]. Frédéric Rouvillois précise d'ailleurs que « *l'évolution personnelle de René Capitant vers le radicalisme démocratique, à partir de la fin des années 40, n'est probablement pas étrangère à la faveur croissante accordée, au R.P.F. et dans le discours gaullien, aux mécanismes de démocratie semi-directe* »[564].

232. Cette influence des professeurs de droit sur le processus préconstituant relève donc d'une continuité avec l'engagement de ces mêmes professeurs dans la Résistance. Le corps universitaire des juristes se retrouve ainsi tourné vers la réforme institutionnelle et se voit intégré au processus constituant. Il faut néanmoins préciser que le facteur essentiel de leur participation fut avant tout politique. Comme le remarque Marc Milet, « *les années de guerre ayant poussé vers la politique bon nombre d'universitaires du droit, la position détenue au sein des mouvements politiques nouvellement formés ou rénovés, forme une conjonction de variables (et de ressources) qui aboutit en définitive à ce qu'ils puissent jouer les premiers rôles lors de la phase constituante* »[565]. Leur investissement politique et en politique assure ainsi aux professeurs de droit de participer directement aux évolutions institutionnelles au sein même de l'Assemblée constituante. S'il est exact que les deux assemblées constituantes furent avant tout, dans leur composition comme dans leurs débats, cloisonnées par la logique des partis, l'expertise et l'influence des universitaires n'en furent pas pour autant atteintes. Ainsi, dès 1945, François de Menthon[566] et Paul Coste-Floret vont élaborer le projet constitutionnel

[561] J. Foyer, *Sur les chemins du droit avec le Général. Mémoires de ma vie politique, 1944-1988*, Fayard, Paris, 506 p., spéc. p. 29.

[562] R. Capitant, *La réforme du parlementarisme*, Sirey, Paris, 1934, in Écrits d'entre-deux-guerres (1928-1940), éd. Panthéon-Assas, coll. « Les Introuvables », Paris, 2004, pp. 325-342 ; En ce sens voir aussi S. Pinon, *Les réformistes constitutionnels des années trente aux origines de la V^e^ République*, précité.

[563] R. Capitant, *Pour une constitution fédérale*, précité.

[564] F. Rouvillois, *Les origines de la V^e^ République*, P.U.F., coll. « Que sais-je », Paris, 1998, 127 p., spéc. pp. 67-68.

[565] M. Milet, *Les professeurs de droit citoyens. Entre ordre juridique et espace public, contribution à l'étude des interactions entre les débats et les engagements des juristes français (1914-1995)*, précité, p. 319.

[566] Sur le rôle joué par François de Menthon au cours de la phase rédactionnelle de la Constitution de 1946, voir D. de Bellescize, « Le rôle de François de Menthon dans la rédaction de la Constitution de la quatrième République », précité.

du Mouvement des Républicains Populaires (M.R.P.), René Capitant défendra les idéaux gaullistes, André Philip le programme de la Section Française de l'Internationale Ouvrière (S.F.I.O.), Pierre Cot celui des communistes et chacun participera à élaborer et défendre le projet constitutionnel de leur propre parti.

233. Nombre d'entre eux seront ainsi élus à la première et à la seconde Assemblée constituante. C'est notamment le cas de Paul Coste-Floret. Certains, en revanche, tel René Capitant, perdront leur siège lors de la seconde constituante quand d'autres, comme Paul Bastid, le retrouvera au même moment. De plus, les juristes universitaires disposent des fonctions essentielles à la réforme constitutionnelle au sein de la nouvelle commission de la constitution chargée de rédiger le projet de constitution qui sera débattu devant l'Assemblée constituante. Sur quarante-deux membres, elle compte cinq professeurs de droit : André Philip, François de Menthon, René Capitant, Pierre Cot et Paul Coste-Floret[567]. Plus encore, ce sont eux qui en détiennent les postes essentiels. André Philip est le président de ladite commission, François de Menthon le rapporteur général et Paul Coste-Floret le rapporteur particulier. Suite à la démission de Paul Coste-Floret et de François de Menthon de leur poste[568], c'est Pierre Cot qui en deviendra le rapporteur général. A la suite de l'échec du projet constitutionnel d'avril 1946[569] et lors de la seconde constituante, ce sont encore les juristes universitaires qui occupent une place de choix au sein de la nouvelle commission de la constitution, André Philip en conservant la présidence et Paul Coste-Floret en devenant le rapporteur général[570], fort du poids politique du M.R.P. Cette détention politique des postes les plus importants confirme le rôle central joué par les professeurs de droit dans l'ingénierie constitutionnelle entre l'ordonnance du 17 août 1945 et la Constitution définitive du 27 octobre 1946, faisant dire à Pierre Avril que la Constitution de 1946 est l' « *œuvre de professeurs de droit qui s'inspiraient des derniers enseignements de la doctrine* »[571].

[567] M. Milet, *Les professeurs de droit citoyens. Entre ordre juridique et espace public, contribution à l'étude des interactions entre les débats et les engagements des juristes français (1914-1995)*, précité, p. 316.

[568] Sur les combats juridiques et politiques ayant opposé les acteurs partisans lors des deux constituantes voir J. Bougrab, *Aux origines de la Constitution de la IV^e^ République*, précité, pp. 284-313.

[569] Sur cette question voir G. Berlia, « Le projet de Constitution française du 19 avril 1946 », *R.D.P.*, 1946, pp. 209-236. Voir encore M. Prélot, *Précis de droit constitutionnel*, précité, pp. 249-256.

[570] Sur le rapport de Coste-Floret sur le projet de constitution consécutif à l'échec du projet d'avril 1946, voir P. Coste-Floret, « Rapport de Paul Coste-Floret sur le projet de constitution du 5 mai 1946 », *Pouvoirs*, n° 76, 1996, pp. 7-26.

[571] P. Avril, « Une revanche du droit constitutionnel ? », *Pouvoirs*, n° 49, 1989, pp. 5-13, spéc. p. 11.

234. Les professeurs de droit furent donc largement employés de la période de transition vers la IV^{ème} République jusque dans le processus constituant. Ce rôle majeur joué dans l'ingénierie constitutionnelle et la confiance d'un monde politique tourné vers les universitaires semblent tout naturellement, et en conséquence, se prolonger au cours de la IV^{ème} République dans la composition du nouvel organe de contrôle de constitutionnalité voulu par les constituants.

§ 2. Les professeurs de droit membres du Comité constitutionnel

235. L'admission d'un contrôle de constitutionnalité des lois n'apparaissait pas en 1946 comme la priorité pour les constituants. La méfiance encore très vivace envers un contrôle de constitutionnalité attentatoire à la souveraineté parlementaire et les interrogations quant aux modalités de son exercice[572], n'ont pas permis l'installation d'une institution capable d'exercer un véritable contrôle de constitutionnalité des lois. L'institution du Comité constitutionnel sera le reflet d'un compromis entre les partis politiques au cours du processus constituant. Comme l'écrit Jeanne Lemasurier, « *Les uns s'efforceront* […] *d'assouplir la justice constitutionnelle pour permettre l'évolution législative. Les autres seront tantôt hostiles, tantôt partisans du contrôle, selon qu'ils mettront l'accent de leur doctrine sur le rêve égalitaire, ou sur le respect de la personne humaine* »[573]. Malgré tout, à l'observation, il apparaît que les professeurs de droit furent nommés dans une proportion bien plus large au Comité qu'au Conseil constitutionnel. Qu'est-ce qui justifie dès lors une telle différence dans la composition des deux institutions ?

[572] Pour une connaissance approfondie des débats juridiques et politiques ayant précédé la création du Comité constitutionnel, voir J. Lemasurier, *La Constitution de 1946 et le contrôle juridictionnel du législateur*, L.G.D.J., Paris, 1954, 269 p. Voir également J. Bougrab, *Aux origines de la Constitution de la IV^{e} République*, précité, pp. 393-404. Sur les débats doctrinaux relatifs à l'instauration d'un contrôle de constitutionnalité en France voir R. Baumert, *La Découverte du juge constitutionnel, entre science et politique*, précité.

[573] J. Lemasurier, *La Constitution de 1946 et le contrôle juridictionnel du législateur*, précité, p. 7.

236. Répondre à cette interrogation nécessitera dans un premier temps de revenir sur l'étendue des compétences du Comité constitutionnel (A), pour comprendre que le caractère inoffensif de l'institution fut bel et bien la raison principale de sa composition (B).

A. Une institution impuissante à rétablir la légalité constitutionnelle

237. La Constitution du 27 octobre 1946 a doté le nouveau régime d'un organe capable d'apprécier, dans des conditions certes très limitées, la constitutionnalité des lois. La tradition parlementaire française était pourtant majoritairement hostile à l'idée même d'un contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois. La naissance de ce que les rédacteurs de la Constitution ont nommé « *Comité constitutionnel* », chargé d'examiner « *si les lois votées par l'Assemblée nationale supposent une révision de la Constitution* »[574], fut une institution originale qui ne laissa finalement place qu'à l'hypothèse d'un contrôle de la constitutionnalité des lois. Politiquement, le Comité constitutionnel fut le fruit d'un compromis entre les trois grands partis majoritaires lors de la seconde constituante, la première ayant vu éclater la majorité, divisée par la question de la constitutionnalité des lois et des formes de son contrôle[575]. Dans cette tradition républicaine, marquée encore profondément par le dogme de la souveraineté de la loi, deux conceptions s'affrontent. Celle, encore émergente en France, de la suprématie de la Constitution, sanctionnée par une instance juridictionnelle indépendante. Celle, dans le courant porté par Carré de Malberg, d'une identité entre pouvoir constituant et législateur ordinaire héritée de la III[ème] République[576]. La tradition parlementaire n'était pourtant pas tout. D'autres obstacles plus conjoncturels s'opposaient aussi à la naissance d'un réel contrôle de constitutionnalité des lois, comme la peur du Gouvernement des juges tel

[574] Article 91de la Constitution du 27 octobre 1946 : « *Article 91. − Le Comité constitutionnel est présidé par le président de la République. Il comprend le président de l'Assemblée nationale, le président du Conseil de la République, sept membres élus par l'Assemblée nationale au début de chaque session annuelle à la représentation proportionnelle des groupes, et choisis en dehors de ses membres, trois membres élus dans les mêmes conditions par le Conseil de la République. Le Comité constitutionnel examine si les lois votées par l'Assemblée nationale supposent une révision de la Constitution* ».

[575] Sur cette question voir J. Lemasurier, La Constitution de 1946 et le contrôle juridictionnel du législateur, précité ; J. Bougrab, *Aux origines de la Constitution de la IV[e] République*, précité ; L. Hamon, *Les juges de la loi. Naissance et rôle d'un contre-pouvoir : le Conseil constitutionnel*, Fayard, Paris, 1987, 700 p., spéc. pp. 125-138.

[576] R. Carré de Malberg, *La loi, expression de la volonté générale*, Economica, Coll. « Classiques », Paris, 1984, réédition, 228 p., spéc. p. 126.

qu'illustré par le contre-exemple américain[577]. Dans ces conditions, la nouvelle institution exercera très difficilement son office, ses modalités de saisine étant très strictes (1) et ses compétences trop limitées (2).

1. Des conditions de saisine strictes

238. L'article 92 de la Constitution du 27 octobre 1946 prévoit que le Comité est saisi, dans le délai de promulgation de la loi, « *conjointement* » par le Président de la République et par le président du Conseil de la République, le Conseil de la République devant statuer à la majorité absolue des membres le composant : « *Dans le délai de promulgation de la loi, le Comité est saisi par une demande émanant conjointement du Président de la République et du président du Conseil de la République, le Conseil ayant statué à la majorité absolue des membres le composant. Le Comité examine la loi, s'efforce de provoquer un accord entre l'Assemblée nationale et le Conseil de la République et, s'il n'y parvient pas, statue dans les cinq jours de la saisine. Ce délai est ramené à deux jours en cas d'urgence. Il n'est compétent que pour statuer sur la possibilité de révision des dispositions des titres Ier à X de la présente Constitution* »[578]. La décision de saisir le Comité est alors une décision éminemment politique, puisqu'elle appartient à la chambre haute le choix de le saisir du moment qu'un vote à la majorité absolue des membres le composant l'a autorisé. S'il n'existe pas de majorité absolue pour mettre en jeu la procédure prévue par l'article 92 avant la promulgation de la loi, cette dernière est à l'abri de tout recours en inconstitutionnalité. Cette procédure fait écho au rôle traditionnel de la Chambre haute de garant de la constitution, même si ses attributions furent très diminuées sous la IV^{ème} République, le Conseil de la République s'étant vu retirer toute compétence dans le vote des lois[579]. A ces conditions de saisine strictes, s'ajoute une compétence très limitée.

[577] E. Lambert, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis. L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Giard, Paris, 1921, rééd., Dalloz, Paris, 2005, 276 p.

[578] Article 92 de la Constitution du 27 octobre 1946.

[579] F. Luchaire, *Le Conseil constitutionnel*, tome 1, précité, p. 11.

2. Une compétence limitée

239. L'article 91 de la Constitution prévoyait que le Comité « *examine si les lois votées par l'Assemblée nationale supposent une révision de la Constitution* »[580]. Il était inconcevable pour les constituants de penser que le législateur puisse violer directement la Constitution. Comme l'explique Georges Vedel, « *le fait que la loi « suppose » une révision de la Constitution peut-être présenté non comme une usurpation sur la souveraineté du peuple, mais comme une erreur de procédure* »[581]. En clair, si une loi contredit la Constitution, c'est que la procédure engagée n'était pas la bonne et que, par mégarde, l'Assemblée nationale a commis une erreur en votant une loi constitutionnelle par la procédure d'adoption des lois ordinaires. Du point de vue de la procédure, l'article 92 dispose que « *le Comité examine la loi, s'efforce de provoquer un accord entre l'Assemblée nationale et le Conseil de la République et, s'il n'y parvient pas, statue dans les cinq jours de sa saisine. Ce délai est ramené à deux jours en cas d'urgence* »[582]. Si la loi est déclarée conforme à la Constitution, elle est promulguée. Au contraire, « *la loi qui, de l'avis du Comité, implique une révision de la Constitution, est renvoyée à l'Assemblée nationale pour une nouvelle délibération. Si le Parlement maintient son premier vote, la loi ne peut être promulguée avant que la Constitution n'ait été révisée dans les formes prévues à l'article 90* »[583]. Le Comité se contente donc de prévenir l'Assemblée nationale que la loi votée suppose une révision de la Constitution. Ainsi, si la loi doit être promulguée, la Constitution devra être mise en accord avec elle.

240. La Constitution de 1946 n'envisageait l'hypothèse d'un tel contrôle que pour les lois intéressant l'organisation des pouvoirs publics. Le compromis issu de la seconde constituante a conduit à écarter des normes de référence les principes contenus dans le préambule de la Constitution. Il n'est pas inutile d'évoquer à ce stade la position de Paul Coste-Floret lors des

[580] Article 91 de la Constitution du 27 octobre 1946.

[581] G. Vedel, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, précité, p. 552.

[582] Article 92 de la Constitution du 27 octobre 1946.

[583] Article 93 de la constitution du 27 octobre 1946 : « *La loi qui, de l'avis du Comité, implique une révision de la Constitution est renvoyée à l'Assemblée nationale pour nouvelle délibération. Si le Parlement maintient son premier vote, la loi ne peut être promulguée avant que la présente Constitution n'ait été révisée dans les formes prévues à l'article 90. Si la loi est jugée conforme aux dispositions des titres Ier à X de la présente Constitution, elle est promulguée dans le délai prévu à l'article 36, celui-ci étant prolongé de la durée des délais prévus à l'article 92 ci-dessus* ».

discussions au cours de la seconde constituante en ce qui concerne l'étendue du contrôle de constitutionnalité. Le M.R.P. ayant vu ses positions renforcées après l'échec d'avril 1946, Coste-Floret devient rapporteur général de la nouvelle Commission de la Constitution[584]. Coste-Floret, comme le M.R.P, était très attaché au contrôle de constitutionnalité des lois dont il approuvait le principe. Mais son garant ne pouvait être une Cour suprême, procédure jugée anti-démocratique, seul le peuple par la voie du référendum devant être compétent pour juger de la constitutionnalité des lois[585]. Quant à l'étendue du contrôle, Coste-Floret estimait qu'il devait s'appliquer, non seulement à l'organisation des pouvoirs publics mais aussi à la déclaration des droits[586]. Il est remarquable de constater combien la question de l'étendue du contrôle de constitutionnalité, à cette étape même de l'histoire constitutionnelle française, joue un rôle capital dans la détermination du rôle et de la place des juridictions garantes du contrôle de constitutionnalité.

241. Finalement, la Constitution d'octobre 1946 « *a remis, non pas à vrai dire le contrôle, mais la constatation en quelque sorte doctrinale de l'inconstitutionnalité des lois à un organe qui, s'il n'est pas directement politique, est une émanation du Parlement, et a institué un système dont le résultat n'est pas l'infirmation de la loi reconnue contraire à la Constitution, mais qui peut aboutir à la révision de la Constitution elle-même pour la mettre en accord avec la loi qui y contrevient* »[587]. Ce contrôle, s'il est permis de le nommer ainsi, s'apparente juridiquement à une « *procédure de conciliation et d'arbitrage au sein du Parlement* »[588]. En réservant la saisine au Conseil de la République à la stricte condition qu'y soit recueillie la majorité absolue pour mettre en jeu la procédure et en privilégiant d'abord la recherche d'un accord entre les deux assemblées, les constituants ont créé un système de résolution des conflits entre organes politiques et non un véritable contrôle de constitutionnalité de la loi. L'accord entre les deux chambres couvrira alors toutes formes d'inconstitutionnalité ce qui conduit Georges Vedel a pensé que « *finalement, le contrôle de la constitutionnalité des lois*

[584] Pour les détails relatifs à l'ensemble des solutions envisagées dans le projet de Constitution du 5 mai 1946, voir, « Rapport de Paul Coste-Floret sur le projet de Constitution du 5 mai 1946 », *Pouvoirs*, 1996, n° 76, pp. 7-26.

[585] J. Laferrière, *Manuel de droit constitutionnel*, 2ème éd., Domat-Montchrestien, Paris, 1947, p. 553.

[586] L. Hamon, *Les juges de la loi. Naissance et rôle d'un contre-pouvoir : le Conseil constitutionnel*, précité, p. 133.

[587] J. Laferrière, *Manuel de droit constitutionnel*, précité, p. 551.

[588] G. Vedel, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, précité, p. 555.

était plus sûrement assuré sous le régime de 1875 par la simple opposition du Sénat au vote des lois qu'il jugeait inconstitutionnelles »[589].

242. Dès lors, parce que la compétence du Comité constitutionnel est extrêmement limitée et les conséquences de son contrôle éminemment symboliques, la majorité des membres élus au comité ont été des professeurs de droit.

B. Une institution faisant pourtant une large place aux professeurs de droit

243. Cette institution ne disposant pas des conditions nécessaires à l'exercice de son activité juridictionnelle a pourtant présenté une composition particulière. Bien que le Comité n'ait pas échappé à la politisation des nominations, d'ailleurs inévitable, il aura compris en son sein entre 1947 et 1956 un nombre important de juristes professionnels dont des universitaires de renom. Ceci est d'autant plus remarquable que les modalités de nomination ont eu lieu à une fréquence qui d'apparence aurait dû laisser place à un népotisme de tous les instants (1). Toutefois, tel ne fut pas le cas tant il est clair que le Parlement, par ses nominations, semble avoir remédié « *à l'imprévoyance des textes constitutionnels* »[590] en y désignant des professeurs de droit public (2).

1. Un système de nomination discrétionnaire éminemment politique

244. Le compromis établi lors de la seconde constituante aura conduit, du point de vue de la composition du Comité, à l'instauration d'un collège restreint ne comportant pas plus de treize membres[591]. Au titre de l'article 91 de la Constitution de 1946, parmi les membres de droit, le Comité comprend le Président de la République, qui le préside, le président de l'Assemblée nationale ainsi que le président du Conseil de la République. Sept membres sont

[589] *Idem*, p. 554.

[590] J. Lemasurier, *La Constitution de 1946 et le contrôle de constitutionnalité des lois*, précité, pp. 143-144.

[591] *Idem*, pp. 136-142.

élus par l'Assemblée nationale au début de chaque session annuelle à la représentation proportionnelle des groupes et choisis en dehors de ses membres. Enfin, trois membres sont élus dans les mêmes conditions par le Conseil de la République. Toutes les candidatures sont proposées par les groupes parlementaires et sont examinées au sein de chaque Assemblée par la Commission du suffrage universel. La Commission examine les titres des candidats, en dresse la liste et la soumet à chaque Assemblée. Si elle n'a fait l'objet d'aucune opposition significative dans les deux Chambres, la nomination est publiée au journal officiel[592]. L'article 91 de la Constitution de 1946 dispose encore qu'un parlementaire ne peut être nommé au Comité constitutionnel par l'Assemblée dont il est membre. Néanmoins, la constitution laisse la plus grande liberté aux Assemblées dans le choix des membres du Comité. Comme plus tard au Conseil constitutionnel en 1958, aucune condition d'âge, de sexe ou de compétence n'y est édictée, plaçant, déjà à cette époque l'institution à l'écart de ses voisines européennes[593]. Les membres du Comité ne prêtent pas serment et ne sont pas rémunérés. Les conditions de nomination en termes d'âge, de sexe, de profession et *a fortiori* de compétence sont inexistantes. C'est peut-être pour cette raison, que, pourtant, l'institution va refléter la compétence juridique de ses membres.

2. La nomination effective de professeurs de droit

245. En théorie, le déséquilibre institutionnel créé par la Constitution d'octobre en faveur de l'Assemblée nationale a induit un modèle d'organisation du Comité constitutionnel identifiable par son caractère politique. L'élection des membres par les Assemblées à la représentation proportionnelle des groupes, ainsi que leur renouvellement annuel placent en théorie l'institution dans les mains du Parlement et plus précisément entre celles des membres l'Assemblée nationale. L'absence de toute conditionnalité des nominations, notamment en termes de compétences juridiques, devrait conduire à une élection censée refléter la composition politique des Assemblées. Julien Laferrière exprimait ces craintes en expliquant

[592] Résolution des Assemblées, Ass. Nat., Débats, séance du 27 décembre 1946, J.O.R.F. du 28 décembre 1946, p. 377. C.R., Débats, séance du 28 janvier 1947, J.O.R.F. du 29 janvier 1947, p. 24.

[593] Pour une analyse comparée de l'organisation des Cours constitutionnelles européennes dans les années cinquante, voir, J. Lemasurier, *La Constitution de 1946 et le contrôle de constitutionnalité des lois*, précité, pp. 136-151. Jeanne Lemasurier précise d'ailleurs : « *La liberté du Parlement Français est même, à cet égard, beaucoup plus complète que celle des Diètes d'Allemagne Orientale, dont l'emprise politique est cependant très marquée sur les organismes de ce genre* » (*Idem*, p. 143).

que « *faire élire le Comité constitutionnel à la représentation proportionnelle est un contre-sens. C'est vouloir qu'il soit une représentation des partis ; c'est faire de lui une assemblée politique réduite, qui sera naturellement portée à résoudre politiquement le problème purement juridique qu'est et doit rester la vérification de la constitutionnalité des lois* »[594]. N'ayant rendu qu'une seule décision le 18 juin 1948, portant qui plus est sur le règlement d'un conflit entre les règlements respectifs des deux Assemblées[595], la théorie n'aura pas rejoint la pratique et ce d'autant plus que le Comité constitutionnel n'aura eu aucune influence sur le fonctionnement constitutionnel des pouvoirs publics ou sur le droit de la IV[ème] République[596].

246. En revanche, la question de la qualité des membres ayant intégré l'institution persiste. En théorie, la logique politique voudrait qu'elle ne soit composée que de membres au profil politique. Or, il semble que la pratique démontre le contraire et rien ne laissait prévoir que les choix des autorités de nomination se porteraient, dans une large proportion, sur des représentants des professions judiciaires ou sur des professeurs choisis au sein des facultés de droit. En effet, entre 1946 et 1956, les autorités de nomination ont sélectionné des universitaires, corrigeant ainsi la faiblesse du système de nomination mis en place par l'article 91 de la Constitution de 1946. Dans un système marqué par la toute-puissance parlementaire et par le refus de toute atteinte à sa souveraineté, ce choix semble pour le moins étonnant.

247. Au cours des trois législatures que compte la IV[ème] République, autrement dit entre novembre 1946 et décembre 1956, six professeurs de droit furent élus membres de l'institution dont beaucoup se firent réélire d'année en année. Bien que les modalités d'élection et le renouvellement annuel des membres du Comité n'aient pas prédisposé à ce que les membres élus soient des spécialistes du droit, durant la première législature le choix des parlementaires se porta sur les mêmes membres. Parmi eux, trois professeurs de droit : Marcel Prélot, Henry Lévy-Bruhl et Léon Julliot de la Morandière. Lors de l'élection des membres du Comité en 1952, quatre professeurs de droit furent l'objet du choix des Assemblées. Henry Lévy-Bruhl et Léon Julliot de la Morandière furent de nouveaux élus.

[594] J. Laferrière, *Manuel de droit constitutionnel*, précité, p. 955.

[595] Pour un commentaire de la délibération du 18 juin 1948, voir, A. Soulier, « La délibération du Comité constitutionnel du 18 juin 1948 », *R.D.P.*, 1949, pp. 195-216.

[596] G. Drago, *Contentieux constitutionnel français,* P.U.F., Paris, 3[ème] éd., 2011, p. 160.

Marcel Prélot, élu député, fut remplacé par Charles Rousseau[597], professeur de droit public. Marcel Waline fit son entrée au Comité cette même année. De 1953 à 1955, trois professeurs de droit furent réélus chaque année : Henry Lévy-Bruhl, Marcel Waline et Léon Julliot de la Morandière. Lors du renouvellement de 1956, l'Assemblée nationale élira Paul Bastid, pourtant farouche opposant du contrôle de constitutionnalité des lois[598], en lieu et place de Marcel Waline. On ne sait quelle fut leur influence précise au sein de l'institution ou bien encore l'état de leur réflexion au cours de la délibération du 18 juin 1948. Néanmoins, leur seule présence dans de telles proportions est paradoxalement un indice de la faiblesse du rôle de la justice constitutionnelle sous la IV^{ème} République. La comparaison avec la composition du Conseil constitutionnel est, de ce point de vue, très éclairante. En effet, dès les premières nominations au Conseil constitutionnel et jusqu'au renouvellement triennal de 2007, la présence des professeurs choisis dans les Facultés de droit fut très limitée. En prenant en considération les différences propres aux modalités de nomination, à leur fréquence et à la durée du mandat des membres, il est clair que les professeurs de droit furent nommés dans une proportion bien plus large au Comité qu'au Conseil constitutionnel.

248. Comment comprendre alors la présence chaque année renouvelée, au sein du Comité, de professeurs de droit préférant *a priori* l'argument juridique et la force du droit à l'argument politique dans l'éventualité d'un contrôle de la constitutionnalité de la loi ? Ce choix dans la politique des nominations au sein de l'organe institué par la Constitution de 1946 semble pouvoir trouver une double explication. La première est exprimée par Jeanne Lemasurier : « *Le Comité ne pouvait guère justifier son existence et son autorité que par la valeur personnelle de ses membres* […] *En désignant des spécialistes du droit public et de la science politique, le Parlement a mis l'accent sur le caractère juridique de l'institution, et son choix semble avoir heureusement remédié à l'imprévoyance des textes constitutionnels* »[599]. Le

[597] La loi n° 5010 du 10 janvier 1950 portant modification et codification des textes relatifs aux Pouvoirs Publics, est venue mettre un terme au cumul des mandats pour tout élu à l'Assemblée nationale, au Conseil de la République, à l'Assemblée de l'Union Française ou au Conseil Economique. Marcel Prélot, élu en juin 1951 député du Doubs, sera alors remplacé au Comité constitutionnel par un autre professeur de droit en la personne de Charles Rousseau (J. Lemasurier, *La Constitution de 1946 et le contrôle de constitutionnalité des lois*, précité, p. 145).

[598] Auprès du Parti radical, Paul Bastid, lors des débats devant la seconde Assemblée constituante avait notamment proposé un amendement visant à supprimer du projet de constitution tout contrôle de constitutionnalité des lois (F. Luchaire, « Les radicaux et le problème constitutionnel en 1946 », in G. Le Béguec, E. Duhamet (dir.), *La reconstruction du parti radical. 1944-1948*, L'Harmattan, Paris, 1993, pp. 119-130, spéc. pp. 127-128).

[599] *Idem*, p. 144.

Parlement s'est, semble-t-il, trouvé dans l'obligation, pour justifier l'existence d'une institution profondément politique finalement sous sa coupe, de nommer en son sein des personnalités disposant de sérieuses garanties de compétences juridiques et d'indépendance. La seconde explication relève d'une logique propre aux institutions de la IV[ème] République. En effet, celle-ci donne naissance à une institution incapable d'imposer au législateur le respect des règles constitutionnelles. La Constitution de 1946 a développé un système juridictionnel s'apparentant à un « *mode de solution pacifique* »[600] des conflits entre les deux assemblées. Finalement, le système établi en 1946 renforce, de fait, la souveraineté de la loi et du pouvoir législatif qu'elle semblait pourtant avoir voulu amoindrir. En conséquence, comme le relève Georges Vedel, « *il s'agit moins d'arrêter les empiètements matériels du législateur sur le domaine du pouvoir constituant que de rectifier une erreur formelle de procédure qu'il aurait commise* (…) *Pouvoir constituant et pouvoir législatif sont une même substance sous des apparences différentes. A leur distinction, c'est le Parlement qui est intéressé et lui seul* »[601]. Le Comité constitutionnel est alors dans l'incapacité juridique d'assurer un réel contrôle de la constitutionnalité de la loi en imposant à l'Assemblée nationale de faire cesser toute atteinte à la Constitution. Dès lors, le choix des autorités compétentes pour élire les membres du Comité aura pu se porter sans risque sur des professeurs de droit qui auront vu, pour certains d'entre eux, leurs fonctions renouvelées d'année en année. Il est ainsi probable que si l'institution avait bénéficié d'une organisation et de pouvoirs susceptibles d'en faire une véritable juridiction constitutionnelle, même en conservant des modalités d'élection identiques, sa composition aurait pris un visage plus politique et bien moins orienté vers le respect de la compétence juridique. Plus largement, lorsqu'aucune règle n'impose de conditions d'accès aux fonctions de juge constitutionnel, il semble que c'est du rôle et de l'étendue des compétences détenues par la juridiction constitutionnelle que dépende la pratique du choix des membres qui la composent. Cette constatation suffit d'ailleurs à démontrer la nécessité que soit constitutionnellement encadrée la composition des juridictions constitutionnelles.

249. La IV[ème] République, particulièrement au cours de son installation, est donc bien un régime marqué par l'influence des professeurs de droit et le recours à leur expertise dans une période de reconstruction de l'Etat et de rénovation constitutionnelle. Le processus constituant

[600] G. Vedel, Manuel élémentaire de droit constitutionnel, précité, p. 554.

[601] Ibidem.

de 1958 semble en revanche marqué par une série de ruptures qui se caractériseront par un net affaiblissement de la participation des universitaires à la production du droit et dans les institutions, au premier rang desquelles figure le Conseil constitutionnel.

Section 2. Les professeurs de droit spectateurs sous la V^{ème} République

250. Les ruptures marquant l'avènement de la V^{ème} République doivent se comprendre selon une double grille d'analyse qui préfigurera la pratique des nominations des membres du Conseil constitutionnel tout au long de la V^{ème} République. D'une part, les professeurs de droit subissent en 1958 les soubresauts de la critique à la fois politique et institutionnelle et le corps des universitaires est coupé du lien qu'il avait noué en 1946 avec le pouvoir politique, la rupture entre les professeurs de droit et les lieux de production du droit se concrétisant alors au cours du processus constituant (§1). D'autre part, lors de la création du Conseil constitutionnel, les constituants n'ont jamais orienté les débats sur le terrain de la compétence ou du profil de ses membres[602]. L'institution fut voulue avant tout comme un organe juridico-politique de rationalisation du parlementarisme et non pas comme une véritable juridiction constitutionnelle dont la composition aurait dû, au minimum, refléter la compétence juridique de ses membres (§2). Dans ce climat, les professeurs de droit auront donc peu de chance d'accéder au Conseil constitutionnel.

§ 1. La rupture entre les professeurs de droit et la création de la V^{ème} République

251. La faible proportion de professeurs de droit ayant accédé au Conseil constitutionnel trouve véritablement une explication dans le net recul de la participation des juristes universitaires à l'élaboration du droit en 1958. L'une des caractéristiques de la Constitution de

[602] Sur le processus constituant et la rédaction de la Constitution, voir D. Maus, L. Favoreu, J.-L. Parodi (dir.), *L'écriture de la Constitution de 1958*, Economica/P.U.A.M., Paris, 852 p. ; voir encore *Témoignages sur l'écriture de la constitution de 1958 : autour de Raymond Janot*. La Documentation Française, Paris, 1997, 118 p.

la V^{ème} République est que sa conception ainsi que son écriture furent essentiellement confiées à des légistes issus du Conseil d'Etat. Contrairement à ce qui a été observé pour la IV^{ème} République, les personnalités proches du pouvoir capables de faire entendre leurs voix ne sont plus des juristes issus de l'Université ; les professeurs de droit furent alors consciemment écartés des débats constituants (A). Ils sont à la fois tenus pour responsables de l'échec des institutions élaborées en 1946, leurs méthodes d'analyse sont remises en cause et ils sont concurrencés sur le front de l'expertise par les praticiens et une haute-fonction publique en plein essor. Dès lors, le processus constituant cristallise la dévalorisation de la figure même du professeur de droit (B).

A. La relégation des professeurs de droit hors des instances constituantes

252. Au cours de l'année 1958, Marcel Prélot regrettait que les universitaires ne soient plus les « *hommes du texte* »[603]. Malgré une historiographie recomposant parfois la réalité du moment constituant de 1958, les professeurs de droit ont été largement écartés de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958, qu'il s'agisse de leur participation au groupe d'experts ainsi qu'au comité interministériel (1) ou de leur présence au sein du Comité consultatif constitutionnel (2).

1. Une influence très faible au Comité d'experts et au Comité interministériel

253. La Constitution du 4 octobre fut avant tout le fruit du volontarisme politique marqué par le réalisme de de Gaulle, loin du conceptualisme universitaire. L'affaiblissement de l'influence des professeurs de droit s'explique en premier lieu sociologiquement par la perte, depuis l'après-guerre, du monopole des universités dans la formation de l'élite administrative. Le droit s'enseigne dans d'autres enceintes et participe pour une très large part à la formation des nouveaux hauts fonctionnaires. De ce fait, le régime naissant « *ouvre rapidement les*

[603] M. Prélot, « Le juriste dans la cité », *Revue de l'enseignement supérieur*, n° 3, 1958, pp. 135-140.

portes du pouvoir à la haute fonction publique »[604]. Ainsi, « *1958* [,] *c'est le moment où les premiers enfants de l'Ecole Nationale d'Administration arrivent à maturité. Ils se saisissent de la haute administration, et celle-ci se saisira de l'Etat* »[605]. Les personnalités entourant de Gaulle dans la rédaction de la Constitution à partir de la loi du 3 juin 1958 furent essentiellement des administrateurs ou des législateurs « *commis au service de l'Etat comme l'étaient les légistes du roi* »[606]. Qu'il s'agisse des membres du cabinet de Michel Debré ou de la formation du groupe d'experts chargé de rédiger l'avant-projet de Constitution, les principales instances clefs de la réforme constitutionnelle sont essentiellement composées de légistes issus du Conseil d'Etat[607]. Les conditions étaient ainsi réunies pour que les grands corps de l'Etat cloisonnent les débats et n'ouvrent pas la porte aux universitaires.

254. Le groupe d'experts rassemblé en juin 1958 et chargé de la rédaction de l'avant-projet de constitution est essentiellement composé de membres du Conseil d'Etat détachés dans les cabinets de la IV^{ème} République. Ce groupe de travail est présidé par Michel Debré. Raymond Janot, membre de droit, en est le Vice-président et, nous le verrons, son rôle dans l'exclusion des professeurs de droit du processus constituant sera essentiel. La logique de corps poussera ainsi les deux hommes à s'entourer presqu'exclusivement de conseillers d'Etat[608]. Plus encore, les membres choisis par Michel Debré et son équipe sont presque tous issus de l'Ecole Nationale d'Administration (E.N.A.) et, comme le note Séverine Leroyer, il « *récolte donc là, en quelque sorte, les premiers fruits d'un arbre planté quelques années auparavant* »[609]. Néanmoins, parmi les membres désignés par les ministres d'Etat, trois professeurs de droit accèdent au groupe d'experts : François Luchaire, Jean Portemer ainsi qu'un ancien collaborateur de René Capitant au Ministère de l'Education nationale en 1945, Jean Foyer.

[604] M. Milet, *Les professeurs de droit citoyens. Entre ordre juridique et espace public, contribution à l'étude des interactions entre les débats et les engagements des juristes français (1914-1995)*, précité, p. 392.

[605] J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la V^{ème} République*, Flammarion, coll. « Champs essais », Paris, 1996, 276 p., spéc. p. 19.

[606] N. Wahl, « Aux origines de la nouvelle Constitution », précité, p. 43.

[607] Le Conseil d'Etat se verra d'ailleurs associé à tous les stades de la procédure, faisant de lui le véritable « *co-auteur* » de la Constitution du 4 octobre 1958 (S. Leroyer, *L'apport du Conseil d'Etat au droit constitutionnel de la V^{e} République. Essai sur une théorie de l'Etat*, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », Paris, 2011, 756 p.).

[608] M. Debré, *Trois républiques pour une France. Agir, 1946 – 1958 : dix ans d'opposition, le retour du Général de Gaulle, une nouvelle Constitution*, tome 2, Albin Michel, Paris, 1988, 457 p., spéc. p. 352.

[609] S. Leroyer, *L'apport du Conseil d'Etat au droit constitutionnel de la V^{e} République. Essai sur une théorie de l'Etat*, précité, p. 109.

Seul constitutionnaliste parmi eux, François Luchaire est nommé à son nouveau poste par Louis Jacquinot alors ministre de l'Outre-mer. C'est notamment à ses compétences en matière de droit de l'outre-mer que François Luchaire doit sa nomination. Il fut en effet membre des cabinets des présidents du Conseil Maurice Bourgès-Maunoury et Félix Gaillard auprès desquels son expertise avait été requise pour suivre l'évolution des problèmes politiques en Afrique noire[610]. Il participera ainsi, en 1957 à la rédaction avec Georges Vedel de la loi cadre sur l'Algérie, faisant de lui l'un des spécialistes de la question algérienne[611]. Il sera alors nommé membre du cabinet de Louis Jacquinot qui associera ses compétences au groupe d'experts. Jean Foyer fut, quant à lui, nommé par l'intermédiaire de Jean-Michel Quintard, chef de cabinet du président du Sénat Gaston Monnerville à qui Félix Houphouët-Boigny, ministre d'Etat ne connaissant aucun juriste, avait demandé de lui recruter un conseiller[612]. Jean Portemer, professeur de droit romain, est nommé par Michel Debré, son « *ami de jeunesse* »[613]. Finalement, sur l'ensemble des membres du groupe seuls trois professeurs de droit seront nommés, récompensant leur action politique et administrative. Leur rôle auprès du comité d'experts fut des plus effacés et François Luchaire rapportera d'ailleurs que « *les propositions discutées et souvent celles retenues émanaient surtout d'un trio, Michel Debré, Raymond Janot, et Solal-Céligny* »[614].

255. Sous la présidence de de Gaulle, le Comité interministériel est chargé, à chaque étape du processus constituant, de surveiller, de proposer et d'amender l'avant-projet rédigé par le groupe d'experts. Organe de décision essentiel, il se compose de quatre ministres d'Etat et de deux juristes censés représenter le chef du Gouvernement. Ces deux juristes sont Raymond

[610] M. Milet, *Les professeurs de droit citoyens. Entre ordre juridique et espace public, contribution à l'étude des interactions entre les débats et les engagements des juristes français (1914-1995)*, précité, p. 397.

[611] E. Jouve, « François Luchaire serviteur de l'outre-mer », in D. Maus, J. Bougrab (dir.), *François Luchaire, un républicain au service de la République*, Publications de la Sorbonne, Paris, 2005, pp. 121-129, spéc. p. 124 ; Voir aussi P. Camou, « Regards d'amitié sur François Luchaire. Un républicain, un homme des lumières. L'influence par la pensée, la parole et l'action », in D. Maus, J. Bougrab (dir.), *François Luchaire, un républicain au service de la République*, Publications de la Sorbonne, Paris, 2005, pp. 219-255, spéc. p. 231.

[612] Dans ses mémoires, Jean Foyer exprime ainsi son sentiment sur sa nouvelle nomination : « Reconverti au droit privé, j'acceptai sans la moindre hésitation de passer au droit constitutionnel. Il est plus aisé à un privatiste de s'appliquer au droit constitutionnel qu'à un publiciste au régime hypothécaire ou à l'effet déclaratif du partage » (J. Foyer, *Sur les chemins du droit avec le Général. Mémoires de ma vie politique, 1944-1988*, précité, p. 39).

[613] M. Debré, *Trois républiques pour une France*. Agir, 1946 – 1958 : *dix ans d'opposition, le retour du Général de Gaulle, une nouvelle Constitution*, tome 2, précité, p. 352.

[614] D. Maus, L. Favoreu, J.-L. Parodi (dir.), *L'écriture de la Constitution de 1958*, précité, p. 125.

Janot et René Cassin alors Vice-président du Conseil d'Etat. Le professeur de droit se retrouvait là dans une situation d'indépendance difficile à tenir d'autant que, par sa personne, il engageait celle de l'institution toute entière. Néanmoins, et avec le soutien des présidents de section, il semble qu'il ait fait preuve d'une relative indépendance, défendant l'institution, ses prérogatives et son fonctionnement[615]. Cependant, c'est bien en tant que Vice-président de la plus haute juridiction administrative et non pour son expertise en tant qu'universitaire que René Cassin sera associé au comité interministériel.

2. Une exclusion volontaire du Comité consultatif constitutionnel

256. L'expérience la plus intéressante à retracer est celle de la composition du Comité consultatif constitutionnel. Figurant dans la loi constitutionnelle du 3 juin 1958, cette institution fut voulue comme une concession faite aux parlementaires, désireux de participer au processus constituant. Réuni du 29 juillet au 9 août 1958[616], il comprenait vingt-six parlementaires désignés au sein de chaque assemblée ainsi que treize personnalités qualifiées désignées par le Gouvernement[617]. Ce comité disposait de pouvoirs très faibles, n'en faisant même pas l'embryon d'une assemblée constituante. En effet, en plus de ne disposer que d'une voix consultative, ses travaux étaient strictement encadrés par un Secrétaire général - désigné par arrêté ministériel – qui cumulait les fonctions de conseiller technique de Michel Debré, Jean Mamert[618]. Comme l'explique Jean-Marie Denquin, « *le nouvel organisme n'était pas jugé digne de s'auto-organiser. Le Gouvernement manifestait d'entrée sa volonté de traiter le Comité comme subordonné* »[619]. Outre ses compétences très réduites, sa composition fut le reflet de l'exclusion des professeurs de droit du processus constituant. Indépendamment de la désignation par les Assemblées de Pierre-Henri Teitgen et de Paul Coste-Floret, seul Marcel Waline fut désigné par le Gouvernement parmi les treize personnalités qualifiées que comptait

[615] Sur cette question voir particulièrement S. Leroyer, *L'apport du Conseil d'Etat au droit constitutionnel de la V^e^ République. Essai sur une théorie de l'Etat*, précité, pp. 153-185.

[616] *D.P.S.*, vol. 2, précité.

[617] *Ibidem*.

[618] Ce jeune énarque est conseiller d'Etat depuis 1955 et c'est à lui que Michel Debré a confié le soin de suivre directement l'ensemble de la rédaction du texte. Il en est le gardien du sens qu'ont souhaité lui donner le général de Gaulle et Michel Debré (*D.P.S.*, vol. 1, précité, pp. 237-239).

[619] J-M. Denquin, *1958. La genèse de la V^e^ République*, P.U.F., coll. « Politique d'aujourd'hui », Paris, 429 p., spéc. p. 198.

le Comité consultatif[620]. La nomination de Marcel Waline, là encore, ne doit rien au hasard. Fin critique des institutions de la IV[ème] République, Waline s'était en effet engagé auprès de Gaulle et avait adhéré au Rassemblement Pour la France (R.P.F.) dès 1947[621].

257. Alors qu'il avait été à l'origine de la création du Comité consultatif constitutionnel[622], Raymond Janot révèle qu'il a lui-même veillé à écarter des débats les professeurs de droit, lesquels était pour lui responsables des échecs de la Constitution de 1946. Pour convaincre de Gaulle de les en éloigner, il s'exprime en ces termes : « *Je n'ai pas voulu trop de professeurs de droit. J'ai dit au Général : Ecoutez mon Général, les professeurs de droit ont fait la Constitution de la Quatrième République, ils ont fait une Constitution intelligente mais malheureusement, qui ne marche pas. Cet argument l'a convaincu* »[623]. Cette responsabilité des universitaires dans l'échec du parlementarisme de la IV[ème] République se retrouve sous la plume de certains auteurs, voyant dans les errements constitutionnels du régime des causes techniques liées à l'absence de prise en considération, lors de la rédaction de la Constitution, de la pratique politique des institutions. Certains constitutionnalistes vont même développer des thèses radicalement orientées vers la critique des constituants universitaires de la IV[ème] Républiques insuffisamment rompus à la science politique et à la vie des institutions[624], ce climat conduisant, au cours même des débats constituants, à la dévalorisation de la figure du professeur de droit.

[620] Pour un aperçu des membres composant le Comité consultatif constitutionnel voir *D.P.S.*, vol. 2, précité, p. 18.

[621] Voir, C. Janura, *Le droit administratif de Marcel Waline : essai sur la contribution d'un positiviste au droit administratif français*, thèse dact., Université d'Artois, 1999, 508 p., spéc. p. 13.

[622] D'après ce qu'en rapporte Raymond Janot, la création du Comité s'est faite dans la précipitation et l'institution fut créée en collaboration avec Pierre Pflimlin à la suite des négociations du texte de la loi du 3 juin 1958, le Parlement ne souhaitant pas se voir évincé du débat constituant (D. Maus, L. Favoreu, J.-L. Parodi (dir.), *L'écriture de la Constitution de 1958*, Economica/P.U.A.M., 82 p., spéc. p. 829).

[623] F. Sauvadet, *Raymond Janot. Un itinéraire vers l'essentiel,* Bien public, Dijon, 1991, 160 p., spéc. p. 62.

[624] Voir notamment E. Giraud, « La responsabilité des facultés de droit dans le déclin de la démocratie française », *R.D.P.*, 1961, n° 2, pp. 225-285, spéc. pp. 252-282.

B. La relégation de la figure du professeur de droit hors des débats constituants

258. Il faut faire le constat qu'au cours du processus constituant de 1958, le discours juridique relatif aux institutions semble faire l'objet d'un véritable discrédit de la part notamment des acteurs constituants. La doctrine est très peu consultée et l'expertise du professeur de droit est souvent dévalorisée (1). Ce discrédit trouve sa cause très certainement dans le climat de méfiance qui entoure, depuis plusieurs années déjà, le discours juridique des universitaires sur les institutions (2).

1. La dévalorisation de la parole du professeur de droit dans les débats constituants

259. Il faut certes distinguer la participation effective à l'élaboration des textes constituants de l'influence doctrinale des universitaires sur le nouveau régime. Néanmoins, bien qu'elle soit difficile à qualifier et à quantifier, il est possible d'affirmer que l'influence doctrinale fut très limitée[625].

260. Les constitutionnalistes restèrent en effet très en retrait dans les premiers temps de l'élaboration de la Constitution. Les spécialistes du droit constitutionnel sont ainsi très peu sollicités au cours du processus constituant et les thèses doctrinales peu employées dans les débats. Au cours d'une séance du Comité consultatif constitutionnel, Edmond Barrachin aura recours à des arguments doctrinaux à l'appui de ses développements. Il invoqua en effet l'influence qu'auraient eue sur les rédacteurs de l'avant-projet les études menées par André Tardieu sur la restauration de l'Etat. Puis, évoquant la problématique de la coexistence entre le Président de la République et le Premier ministre, il utilisa la notion de « *bicéphalisme*

[625] S. Rials, « Une doctrine constitutionnelle française ? », *Pouvoirs*, n° 50, 1989, pp. 81-95. Dans un entretien qu'il a réalisé avec Marc Milet, François Luchaire explique d'ailleurs que la doctrine n'a eu aucune influence sur la rédaction de la Constitution. S'il précise que lui-même avait à l'esprit les travaux de Duguit ou d'Hauriou, les constituants, eux ne les avaient pas (M. Milet, *Les professeurs de droit citoyens. Entre ordre juridique et espace public, contribution à l'étude des interactions entre les débats et les engagements des juristes français (1914-1995)*, précité, p. 397). Pour contrebalancer l'analyse, Michel Debré, dans ses mémoires, indique qu'au Conseil d'Etat il découvrira et appréciera les idées de Carré de Malberg (M. Debré, *Trois républiques pour une France*, tome 1, précité, p. 84).

Gouvernemental » qui venait d'être employée la veille par Georges Vedel dans les colonnes du journal *Le Monde*[626]. Mais il faut observer que si ces arguments s'appuient sur des « *opinions savantes* », ils n'interviennent que « *lorsque règne un certain flou dans les catégories utilisées et qu'apparaît une sorte de déficit cognitif immédiat* […] *et surtout lorsque sont abordées des questions jugées particulièrement sensibles* »[627].

261. Le discours savant du professeur de droit est parfois rendu inaudible simplement par la qualité d'universitaire de son auteur. Lors de la séance du 13 août, Coste-Floret cite, à l'appui de son argumentation sur la dissolution, les travaux d'un rapport de Georges Vedel préconisant d'éviter un système de dissolution automatique[628]. La réponse de Michel Debré est stupéfiante et représentative de la rupture entre les universitaires et la naissance de la V^{ème} République : « *Vous avez appelé à l'autorité du Professeur Vedel qui est un professeur éminent, mais qui n'a aucune expérience parlementaire* »[629]. A cette fronde, Marcel Waline, appartenant à la catégorie des « *professeurs sans expérience parlementaire* », va réagir en rappelant la nécessité et l'utilité, souvent oubliée des constituants, d'un regard extérieur et technique : « *Lorsque l'on veut admirer ou critiquer les proportions ou les défauts d'un édifice, il vaut mieux sortir de cet édifice, prendre un peu de recul pour l'examiner du dehors. Vous permettrez donc à un extraneus de vous donner ses impressions !* »[630]. Le crédit s'accordera ainsi plus naturellement aux professeurs de droit ayant une carrière parlementaire qu'aux professeurs de droit se consacrant exclusivement à la carrière universitaire. Le même jour, a été rejetée la proposition d'amendement de Marcel Waline d'intégrer au préambule de la Constitution une procédure d'habeas corpus inspirée du modèle anglais[631]. Après un débat assez vif, la procédure suscitant notamment les réserves de Coste-Floret et de Raymond Janot, la proposition sera définitivement écartée lors de la discussion devant le Conseil d'Etat en des

[626] *D.P.S.*, vol. 2, précité, p. 88.

[627] B. François, *Naissance d'une constitution. La Cinquième République 1958-1962*, Presse de Science Po, Paris, 1996, 263 p., spéc. pp. 95-96.

[628] *Idem*, p. 502.

[629] *Idem*, p. 503.

[630] *D.P.S.*, vol. 2, précité, p. 506. Déjà en 1943, dans un projet de Constitution pour la libération publié dans le journal *Combat*, Coste-Floret mettait en garde contre le recours au droit de dissolution automatique, « *médicament brutal qui parerait peut-être à la dictature du législatif, mais en instaurant une dictature plus redoutable encore à l'exécutif* » (J.-E. Callon, *Les projets constitutionnels de la Résistance*, précité, p. 188).

[631] Voir sur cette question C. Janura, *Le droit administratif de Marcel Waline : essai sur la contribution d'un positiviste au droit administratif français*, précité, pp. 64-73.

termes dévalorisant les opinions émises par les professeurs de droit devant le Comité consultatif constitutionnel. Raymond Janot affirmera en effet devant le Conseil d'Etat que la proposition n'était que le reflet des « *scrupules* » émanant « *de différents professeurs de droit qui se sont manifestés* », et ayant donné lieu à un « *débat assez confus d'où il n'est rien sorti* »[632]. Par ailleurs, Marcel Waline indique dans ses souvenirs que les réunions du Comité étaient précédées de rencontres au cabinet de Michel Debré afin convenir « *de l'attitude à prendre pendant les débats* »[633]. Le Comité se trouvait donc enfermé dans une discipline orchestrée en amont de ses débats.

262. Cette manifestation de défiance à l'encontre des purs universitaires démontre la rupture en train de s'opérer entre le conceptualisme des professeurs de droit devenu inaudible et le réalisme politique et juridique des constituants.

2. Un climat hostile aux professeurs de droit

263. La dévalorisation du discours juridique et de la parole des universitaires sur la construction du droit constitutionnel[634], tenus par la classe politique pour responsables de l'échec des institutions de la IV[ème] République, contribue à desservir l'analyse des professeurs de droit au cours du processus constituant. Dans les faits, c'est au cours des années cinquante que se situe le point d'orgue de la dévalorisation du savoir juridique qui avait débuté dès les années trente[635]. Comme l'indique Bastien François, « *lorsqu'émerge fortement dans l'agenda politique la question de la réforme de l'Etat et de la formation des élites, mais plus encore après 1945, de très nombreuses analyses tendent* […] *à montrer que le discours juridique (et pas seulement constitutionnel) ne rend plus compte de la réalité et s'avère de ce*

[632] *D.P.S.*, vol. 3, précité, p. 169.

[633] Marcel Waline, *souvenirs*, Documents non publiés, cité par Cécile Janura, C. Janura, *Le droit administratif de Marcel Waline : essai sur la contribution d'un positiviste au droit administratif français*, précité, p. 47.

[634] Ce terme de « *crise de la parole sur le droit* » est emprunté à J. Gatti-Montain, *Le système d'enseignement du droit en France*, P.U.L., Lyon, 1987, 312 p.

[635] André-Jean Arnaud parle lui du tournant des années cinquante comme l'époque de « *la grande balkanisation des savoirs juridiques* » (A.-J. Arnaud, *Les juristes face à la société du XIX[e] siècle à nos jours*, P.U.F., Paris, 1975, 228 p., spéc. p. 13). Olivier Beaud a mis en lumière une rupture avec la doctrine classique dès les années 1920, sous l'influence de Joseph Barthélémy et de Paul Duez (O. Beaud, « Joseph Barthélémy ou la fin de la doctrine classique », *Droits*, n° 32, 2000, pp. 89-108).

fait incapable de fournir les éléments nécessaires à la compréhension de la société »[636]. La science française du droit constitutionnel, sous l'influence notable de Ferdinand Larnaude[637], s'est développée par l'analyse des constitutions, conçues en tant qu'objet juridique au même titre que l'Etat et plus précisément en tant que réflexion sur l'Etat lui-même[638]. Le caractère essentialiste et conceptuel des analyses doctrinales est très critiqué au cours des années cinquante, notamment par les praticiens[639]. Les professeurs de droit seraient ainsi, par leurs méthodes, trop formalistes. Lesdites méthodes les conduiraient à l'élaboration de simples « *notions* », qui certes garantissent « *la tranquillité des professeurs* » mais sont incapables de rendre compte des « *réalités concrètes* »[640]. En 1961, dans un article publié dans la *Revue de Droit Public*, Emile Giraud tient un discours similaire, au terme duquel les professeurs de droit seraient responsables de l'échec des institutions de la IV^{ème} République[641]. Il estime ainsi qu'il existe, particulièrement chez les constitutionnalistes de l'époque, un « *défaut d'esprit scientifique* »[642]. Ce défaut aurait conduit le professeur à n'être « *plus qu'un technicien du droit spécialisé dans la description et l'interprétation de la Constitution* » s'en tenant à un schéma écrit sans prendre la mesure du fait ou de « *l'usage* » des constitutions[643]. C'est donc le formalisme des juristes, trop peu rompus à la science politique et à l'étude de la vie institutionnelle, qui aurait conduit à l'avènement du régime d'assemblée. La critique s'accompagne du caractère passéiste des études menées par la doctrine constitutionnaliste. Il écrit notamment que « *la science doit reposer sur les faits, sur l'expérience et non sur l'autorité, c'est-à-dire sur l'opinion d'auteurs disparus, et sur des précédents anciens qui*

[636] B. François, *Naissance d'une Constitution. La Cinquième République 1958-1962*, Presses de Sciences Po, Paris, 1996, 263 p., spéc. pp. 93-103. Voir aussi E. Giraud, « La responsabilité des facultés de droit dans le déclin de la démocratie française », précité.

[637] Fondateur de la *Revue de Droit Public et de la Science politique*, il y définit dans la préface du premier numéro de 1894 l'objet du droit constitutionnel comme réflexion sur l'Etat « *considéré dans sa structure et dans ses fonctions* » (F. Larnaude, « Notre programme », *R.D.P.*, n°1, tome 1, 1894, pp. 1-14, spéc. p. 4).

[638] O. Beaud, « Constitution et droit constitutionnel », in D. Alland, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, précité, pp. 257-266, spéc. pp. 262-265.

[639] Voir particulièrement la controverse ayant opposé Bernard Chenot à Jean Rivero au début des années cinquante (B. Chenot, « La notion de service public dans la jurisprudence économique du Conseil d'État », *Études et documents*, 1950, p. 77-83. Voir la réponse en défense de Jean Rivero, J. Rivero, « Apologie pour les "faiseurs de systèmes" », *D.*, Chron. XXIII, 1951, pp. 99-102 ; voir également B. Chenot, «"L'existentialisme et le droit"», *R.F.S.P.*, 1953, n°1, pp. 57-63).

[640] B. Chenot, « La notion de service public dans la jurisprudence économique du Conseil d'État », *Études et documents*, 1950, p. 77-83.

[641] E. Giraud, « La responsabilité des facultés de droit dans le déclin de la démocratie française », précité.

[642] *Idem*, p. 252.

[643] *Ibidem*.

s'imposeraient »[644]. Dans l'esprit des commentateurs, l'erreur fondamentale des constituants de la IV[ème] République aura été de confier à des experts, pour l'essentiel professeurs de droit, la tâche de rédiger une constitution qui ne pouvait que refléter l'état de la pensée constitutionnelle de ses auteurs[645].

264. Les constitutionnalistes furent ainsi particulièrement atteints par ces critiques. A la fin des années cinquante, Georges Burdeau résume lui aussi ce phénomène particulièrement décrédibilisant : « *Les régimes politiques ne peuvent pas être identifiés par l'analyse de la Constitution en vigueur dans le pays où ils fonctionnent. Les règles constitutionnelles sont une chose, celles qu'observe la vie politique en sont une autre* »[646]. Il s'agissait pour lui « *d'observer la déchéance qui frappe le concept même de Constitution* »[647]. Il voyait ainsi dans cette distinction entre le droit et le fait politique une « *impuissance des Constitutions, non pas même à discipliner les modalités d'accomplissement de la fonction Gouvernementale, mais simplement à en rendre compte, il y a un phénomène qui dépasse largement les limites d'une évolution ou les caractères d'une crise. Il y a l'inadaptation d'un concept à une réalité pour laquelle il n'a pas été imaginé* »[648]. Dès l'issue du processus constituant, une révolution atteint le droit constitutionnel et transforme, sur le terreau des critiques menées notamment par Emile Giraud, les méthodes du droit constitutionnel avec Maurice Duverger comme figure de proue de cet aggiornamento. En 1959, dans la 4[ème] édition de son manuel de droit constitutionnel, il explique que sa méthode vise à « *constater que les institutions politiques et constitutionnelles font l'objet d'une compétition permanente entre groupe sociaux, d'une lutte constante dont elles sont à la fois les moyens et les enjeux* […] *La tradition des juristes consistait jusqu'ici à négliger plus ou moins ces réalités et, entraînés par leur goût de*

[644] *Idem*, p. 254.

[645] Emile Giraud tronque énormément la réalité de l'échec de la Constitution de 1946. La déviation du régime en régime d'assemblée est avant tout liée aux conjonctures politiques et aux querelles partisanes qui ont émaillé à la fois le processus constituant et la vie du régime. Néanmoins, ce témoignage est un bon indicateur du climat peu favorable à l'intervention des professeurs de droit dans l'expertise constituante, tenus responsables des défaillances démocratiques depuis 1946.

[646] G. Burdeau, « Une survivance : la notion de Constitution », in *L'évolution du droit public. Etudes offertes à Achille Mestre*, Sirey, Paris, 1956, pp. 53-62, spéc. p. 54. Il faut préciser que la pensée de Georges Burdeau a toujours été, vis-à-vis de ce qu'il convient d'appeler la doctrine publiciste de l'époque, d'une originalité et d'une structure qui ne fait pas de l'exemple choisi un exemple représentatif de l'état de pensée de la doctrine. Néanmoins ses mots illustrent parfaitement les défaillances dont la doctrine est accusée (particulièrement de la doctrine constitutionnaliste) quant à l'étude des institutions politiques.

[647] *Idem*, p. 54.

[648] *Idem*, p. 55.

l'abstraction et la subtilité de leur raisonnement, à prêter la main à cette mystification fondamentale qui déifie l'Etat et les gouvernants qui l'incarnent »[649]. Dès la cinquième édition de son manuel, l'orientation méthodologique rompt définitivement avec la doctrine constitutionnelle classique. Il y précise en effet en guise d'avertissement que « *l'orientation fondamentale de ce livre est sociologique et non métaphysique. On n'y part pas d'une conception a priori de l'Etat et du Gouvernement : on analyse des faits* »[650]. Néanmoins, malgré un changement de méthode non embrassé par tous les constitutionnalistes, les années qui suivirent n'amoindriront pas « *le sentiment d'impuissance des constitutionnalistes* […] *Le droit constitutionnel apparaît toujours comme une discipline dévalorisée, sans "utilité", n'ayant pas de prise sur le "réel"* »[651].

265. Au cours de cette période, les publicistes sont donc peu prolixes sur les changements institutionnels en cours. Le secret qui entoure la phase préparatoire de la nouvelle constitution est une des explications du relatif silence de la doctrine. Cependant, bien que ne disposant pas des informations nécessaires, les professeurs de droit semblent pris de cours par les changements institutionnels qui rompent avec le formalisme doctrinal des constitutionnalistes de l'époque. En conséquence, la doctrine fera essentiellement œuvre de « *prudence* »[652]. Les rares critiques au cours du processus constituant proviennent de la lecture de l'avant-projet constitutionnel qui aurait fait l'objet de fuites avant sa diffusion dans le courant du mois de juillet 1958[653]. Si l'influence doctrinale est difficile à identifier, la prudence évoquée des commentateurs ainsi que le rejet du discours universitaire permettent de conclure à une

[649] M. Duverger, *Droit constitutionnel et institutions politiques. Théorie générale des régimes politiques*, tome 1, P.U.F., Paris, 4e éd., 1959, 397 p., spéc. pp. VII-VIII.

[650] Le titre même de l'ouvrage de Maurice Duverger change de façon significative entre la 4ème édition et la 5ème, s'intitulant désormais *Institutions politiques et droit constitutionnel* (M. Duverger, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, P.U.F., Paris, 5ème éd., 1960, 818 p., spéc. p. VII).

[651] B. François, *Naissance d'une Constitution. La Cinquième République 1958-1962*, précité, p. 116.

[652] *Idem*, pp. 93-103.

[653] Georges Vedel, par l'intermédiaire de François Luchaire, eut connaissance de l'avant-projet et notamment de la révision du mode d'élection du Président de la République. Il publiera en 1958 dans le journal *Le Monde* une critique de ce nouveau mode d'élection voulu par le pouvoir constituant (G. Vedel, « L'élu du seigle et de la châtaigne », 20 juillet 1958 ; voir aussi P. Avril, « Le rôle de la doctrine lors du passage de la IVe République à la Ve République », in M. Hecquard-Théron (dir.), *Les facultés de droit inspiratrices du droit ?*, précité, pp. 197-201, spéc. 199). A partir de la fin juillet 1958, le rythme des commentaires doctrinaux dans la presse s'accentuent (voir notamment P. Bastid, « Restaurer l'exécutif, c'est bien ; humilier le Parlement, c'est inutile », *Le Monde* du 31 juillet 1958 ; R.-E. Charlier, « Une usure réciproque entre des intentions autoritaires et des scrupules libéraux », *Le Monde* du 31 juillet 1958. Voir, pour une analyse complète de l'Etat des savoirs durant la période B. François, *Naissance d'une constitution. La Cinquième République 1958-1962*, pp. 93-99).

relégation de la figure du professeur de droit dont les réflexions techniques et la prospective n'ont plus de prise sur la réforme institutionnelle. Le texte ainsi rédigé constituerait une « *revanche de la compétence administrative sur le monde politique* »[654]. Ce n'est que par reconstruction *ex-post* que les sources d'influences des idées constitutionnelles des constituants de la V[ème] République seront identifiées et qu'elles seront découvertes au travers d'analyses mettant en perspective les idées véhiculées par la doctrine réformiste des années trente avec le régime instauré en 1958[655].

266. Toutefois, une fois la Constitution du 4 octobre définitivement adoptée, l'accueil réservé par la doctrine au nouveau texte constitutionnel a été pour le moins mitigé, particulièrement de la part de Georges Vedel. Dès 1958, il juge le texte relativement médiocre en ce qu'il doit sa rédaction à des personnes « *appartenant à des générations relativement jeunes, auditeurs ou maître des requêtes* » qui conçoivent les rapports entre institutions politiques comme « *posant un problème d'organisation mécanique, au même titre que les rapports entre un établissement public et le ministre chargé de sa tutelle* »[656]. Pour le professeur de droit, le régime ainsi instauré afficherait même un « *mépris certain* » pour « *la science politique, et tout simplement pour le droit constitutionnel* »[657].

267. A l'occasion du processus constituant, se cristallise donc une rupture entre les juristes universitaires et la production du droit. Le climat politique leur est défavorable et le discours savant sur les institutions est dévalorisé et concurrencé par l'expertise de praticiens. Néanmoins, ces données sont insuffisantes pour comprendre la présence limitée des professeurs de droit au Conseil constitutionnel. En effet, il est nécessaire de s'attarder sur les

[654] F. Luchaire, « le Conseil d'Etat et la crise du printemps 1958 », *Revue administrative*, 1998, n° spécial, pp. 53- 56.

[655] Voir notamment, S. Pinon, *Les réformistes constitutionnels des années trente aux origines de la V^e^ République*, précité ; S. Mouton, « De Gaulle et les constitutionnalistes », précité ; P. Avril, « Le rôle de la doctrine lors du passage de la IV^e^ République à la V^e^ République », précité ; N. Wahl, « Aux origines de la nouvelle Constitution », précité.

[656] G. Vedel, *Cours de droit constitutionnel et d'institutions politiques*, les Cours de droit, 1958-1959, Paris, 1120 p., spéc. p. 732. D'autres encore comme René Capitant, jugent le texte de 1958 comme étant « *le plus mal rédigé de notre histoire constitutionnelle* » (Capitant, « préface », in L. Hamon, *De Gaulle dans la République*, Plon, Paris, pp. III- XXIV, spéc. p. XIV). Jean Rivero l'assimile à un « *texte sec* » et de « *techniciens* » (J. Rivero, « Regard sur les institutions de la Ve République », *D.*, Chron., 1958, pp. 259-264).

[657] G. Vedel, *cours de droit constitutionnel et d'institutions politiques*, les Cours de droit, 1958-1959, précité, p. 732.

conditions de la création du Conseil constitutionnel, voulu comme une institution juridico-politique dont la composition fut toujours traitée par les constituants comme un problème secondaire.

§ 2. Le caractère lapidaire des débats sur la composition du Conseil constitutionnel au cours du processus constituant

268. La naissance du Conseil constitutionnel s'inscrit dans un contexte qui conduit à accepter un contrôle de constitutionnalité des lois, non pour garantir la protection de l'Etat de droit mais par volonté d'affaiblir le pouvoir parlementaire. L'acceptation du contrôle de constitutionnalité se fait donc indirectement[658]. En conséquence, les débats concernant la future juridiction tiennent une place limitée dans les travaux préparatoires. Comme le souligne Léo Hamon, « *elle est abordée, si l'on peut dire, par le biais de la limitation apportée aux pouvoirs du Parlement* »[659]. Ce constat permet de comprendre pourquoi, à aucun moment du processus constituant, la question des conditions d'accès au Conseil constitutionnel, de la compétence de ses membres ou de leur profil ne fut abordée, que ce soit lors des débats au sein du Comité d'experts ou devant le Comité consultatif constitutionnel (A) ou bien encore devant le Conseil d'Etat (B).

A. Du Comité d'experts au Comité consultatif constitutionnel, l'absence de controverse sur la compétence des membres

269. Le groupe d'experts présidé par Michel Debré va réunir un sous-groupe composé, avec Raymond Janot, des deux seuls professeurs de droit du groupe : François Luchaire et Jean

[658] Michel Debré lui-même évoque le Conseil constitutionnel comme une « *novation* » qui « *rompt d'une manière ouverte et éclatante avec la thèse traditionnelle de la souveraineté illimitée du Parlement. Cette novation devient nécessaire* […] *à partir du moment où une vrai séparation des pouvoirs succède à la suprématie des Assemblées* » (M. Debré, *Trois républiques pour une France. Agir, 1946 – 1958 : dix ans d'opposition, le retour du Général de Gaulle, une nouvelle Constitution*, tome 2, précité, p. 381).

[659] L. Hamon, *Les juges de la loi. Naissance et rôle d'un contre-pouvoir : le Conseil constitutionnel*, précité, p. 141.

Foyer[660]. Ce sous-groupe avait pour mission de préparer les articles de la Constitution relatifs au Conseil constitutionnel. Néanmoins, bien que le sous-groupe fût composé de deux professeurs de droit dont l'étendue des connaissances en matière de modèle de justice constitutionnelle et d'organisation des juridictions constitutionnelles ne faisait pas de doute, la question de la compétence des membres ne fut que très peu abordée. En ce qui concerne les étapes de la construction du futur Conseil constitutionnel, le nom de « *comité* » qui figure dans le projet soumis au groupe de travail du 8 juillet devint « *Conseil* » dans le compte rendu de la réunion. En même temps, se dégagent les grandes lignes de la nouvelle institution : « *Le Conseil constitutionnel ne pouvant être saisi que par le Président de la République, le président de l'Assemblée nationale ou le président du Sénat ne sera pas en réalité le gardien de la Constitution, mais permettra de régler certains litiges d'ordre juridique opposant les grands organes de l'Etat* »[661]. Michel Debré déclarera accepter cette conception exposée par François Luchaire.

270. Le compte-rendu de la réunion du groupe de travail du 8 juillet 1958[662] établi par François Luchaire ne contient que très peu de références à la question de la composition du Conseil. Dès l'origine, la composition est fixée à neuf membres dont les fonctions sont incompatibles avec celles de ministre ou de parlementaire. En revanche, le mode de nomination a varié au cours de la procédure. Il était prévu dans les premières rédactions que le Président de la République désigne quatre membres, le président de l'Assemblée nationale deux membres et le président du Sénat deux membres. Le neuvième serait, lui, choisi par les membres du Conseil constitutionnel[663]. A ces premières propositions, aucune protestation n'anima le groupe d'experts face à l'absence d'exigence de conditions de compétences juridiques des futurs conseillers constitutionnel. Seuls André Chandernagor et Jean Foyer réagirent, proposant d'amender le texte sur la composition mais jamais dans le sens de la définition du profil des membres. Chandernagor demanda en effet un partage de la compétence des nominations entre le Président de la République et le Premier ministre, proposition qui fût immédiatement repoussée par Michel Debré[664]. Jean Foyer intervint dans

[660] F. Luchaire, *Le Conseil constitutionnel,* tome 1, précité, p. 25.

[661] Ibid., p. 382.

[662] Jusqu'au 8 juillet 1958, les textes préparatoires parlent de « *comité constitutionnel* ». La première mention qui en est faite figure dans l'avant-projet de Constitution vers la mi-juin (*D.P.S.*, vol. 1, précité, pp. 251-256).

[663] *D.P.S.*, vol. 1, précité, p. 383.

[664] *Ibidem*.

un sens plus proche de l'intérêt d'une juridiction constitutionnelle. Il proposa de faire désigner certains membres par le Conseil d'Etat et la Cour de Cassation, ce que Michel Debré refusa encore, de peur qu'une telle désignation ne donne lieu à une campagne électorale qui diminuerait l'autorité des membres du Conseil constitutionnel[665]. Au cours de la discussion, donc, jamais la question de la compétence juridique des membres ne fut abordée.

271. Les modalités de composition du Conseil constitutionnel vont ensuite se préciser au cours des réunions des groupes de travail et des rencontres au niveau Gouvernemental. De nouveau, ni l'absence de conditions d'accès ni le profil des membres ne furent évoqués. L'avant-projet du 10 juillet 1958 envisage un président du Conseil constitutionnel élu en son sein[666] et les anciens Président de la République sont adjoints comme membres de droit dans l'avant-projet du 15 juillet[667]. Il faut attendre l'avant-projet tel qu'il est soumis au Conseil de cabinet au cours de la fin juillet 1958 pour qu'apparaisse dans le texte la parité des nominations et la nomination du Président du Conseil par le Président de la République sur la base d'une proposition de René Coty[668]. C'est sur la base de cette rédaction que l'avant-projet de Constitution est transmis au Comité consultatif constitutionnel.

272. Devant le Comité consultatif constitutionnel, la question de la composition du Conseil constitutionnel ne fut, une fois de plus, que très peu abordée au cours des discussions. L'engouement pour la création de l'institution était complet parmi les membres du Comité consultatif, son organisation n'appelant pas véritablement à la critique. Certains estimaient d'ailleurs que les dispositions sur le Conseil constitutionnel « *sont les mieux venues et constituent très certainement un progrès sensible par rapport aux dispositions constitutionnelles antérieures* »[669]. Plus encore, Coste-Floret défendra le caractère « *juridico-politique* » de l'institution, qui, par sa composition est « *un organisme qui, en réalité, est une des pièces maîtresses de la Constitution. Il doit le demeurer,* […], *pour statuer à la fois du point de vue juridique et du point de vue de l'opportunité politique* »[670]. Hormis quelques

[665] *Ibidem*.

[666] *Idem*, p. 423.

[667] *Idem*. p. 437.

[668] *Idem*. pp. 487-488.

[669] Déclaration de Paul Coste-Floret lors de la séance du 31 juillet (*Idem*, p. 80).

[670] *Idem*, p. 105.

interventions ponctuelles, aucun des membres du Comité ne soulève la problématique de l'absence de condition de compétences pour l'accès au Conseil ou du profil des membres qui pourrait y accéder. René Dejean, pourtant, lors de la séance du 31 juillet 1958, se demande par quelle autorité et dans quelles conditions seront nommés les membres du premier Conseil constitutionnel[671]. Raymond Janot, avec prudence, lors de la discussion portant sur le futur article 16, espère « *qu'un esprit proprement juridique* » animera les membres du Conseil constitutionnel[672].

273. Lors des débats menés en groupe de travail, il est étonnant de voir qu'aucun membre du Comité consultatif n'a proposé l'introduction d'un amendement instituant une clause de compétence, même générale. En effet, les amendements proposés au texte de l'avant-projet de constitution concernent tour à tour la présence des membres de droit et les cas dans lesquels ils seraient empêchés de siéger, le choix de la personnalité qui assurera la présidence du Conseil[673] ou l'étendue des incompatibilités[674]. Marcel Waline proposera la mesure étant sûrement le plus en lien avec la compétence et le travail juridictionnel des futurs membres du Conseil sans que sa question ne reçoive de réponse précise. Effectivement, l'article 51 de l'avant-projet définissait la composition, les modalités de nomination et la durée du mandat des membres. N'ayant pas prévu la présence de personnalités capables d'aider à la préparation des décisions du Conseil, Marcel Waline demande que le Conseil constitutionnel puisse se faire aider de rapporteurs[675]. Sa demande ne recevra aucune réponse de la part de Michel Debré[676].

274. Finalement, à la lecture des débats, les discussions se sont essentiellement orientées vers l'encadrement des compétences et de la saisine de la nouvelle institution. Quant aux membres du Conseil constitutionnel, c'est essentiellement la durée du mandat, les membres

[671] *D.P.S.*, vol. 2, précité, p. 78.

[672] *Idem*, p. 98.

[673] Voir la proposition d'amendement Bruyneel (*D.P.S.*, vol. 2, p. 148).

[674] Voir particulièrement les amendements proposés par Roger de Menditte et René Dejean (*Ibidem*).

[675] *Ibidem*.

[676] *Idem*, p. 170-171.

de droit ainsi que les incompatibilités qui attirèrent l'attention des constituants[677]. Jamais les modalités de la composition du Conseil ne firent véritablement l'objet de contestations. Il faudra attendre la transmission de l'avant-projet au Conseil d'Etat pour que, assez indirectement, la question de la composition et du profil des membres soit soulevée, mais sans jamais qu'elle fasse l'objet d'une critique suffisante et substantielle susceptible d'en amender le contenu.

B. Une problématique délaissée devant le Conseil d'Etat

275. Comme le prévoit la loi du 3 juin 1958[678], le Conseil d'Etat est consulté vers la fin du mois d'août 1958 pour rendre un avis au Gouvernement sur le projet de constitution. Le projet avait d'abord été étudié par la commission chargée de l'examen du projet de réforme constitutionnelle, présidée par René Cassin et composée notamment de François Luchaire et de Jean Foyer, chargés de défendre le projet au nom du Gouvernement. La question de la composition du Conseil n'y sera pratiquement jamais abordée, notamment sous l'angle des critères de compétence, alors même qu'il a existé des réflexions sur la politisation et le risque de politisation de l'institution. Tout au plus les débats concernent la durée du mandat, particulièrement pour les premières nominations, et leur renouvellement[679]. Néanmoins, alors que le rapporteur Marcel Martin s'interroge sur l'éventualité d'un déficit de candidat à la fonction de juge constitutionnel lors l'installation du premier Conseil constitutionnel, René Cassin lui répond, confiant, que les candidats seront nombreux bien qu'il ne sache pas « *s'ils seront tous valables* » : « *Des anciens parlementaires, des anciens magistrats, des professeurs, vous verrez, il n'y aura que l'embarras du choix* »[680]. L'institution nouvellement créée ne soulève aucune contestation de fond. Le Conseil d'Etat, qui fût présent tout au long

[677] L. Philip, « Le Conseil constitutionnel », in D. Maus, L. Favoreu, J.-L. Parodi (dir.), *L'écriture de la Constitution de 1958*, précité, pp. 467-482.

[678] Loi constitutionnelle du 3 juin 1958 portant dérogation transitoire aux dispositions de l'article 90 de la Constitution, J.O.R.F., du 4 juin 1958, p. 5326.

[679] Comité national chargé de la publication des travaux préparatoires des institutions de la V^{ème} République, *Documents pour servir à l'histoire de la Constitution du 4 octobre 1958, Vol. 3 : du Conseil d'Etat au référendum, 20 août-28 septembre 1958*, La documentation française, Paris, 1991, 777 p., spéc. pp. 161-163.

[680] *Idem*, p. 163.

de la phase de rédaction du texte[681], s'accorda avec la volonté de Michel Debré de faire du Conseil constitutionnel, non un organe juridictionnel mais un organe juridico-politique conçu comme une « *arme contre la déviation du régime parlementaire* »[682]. C'est donc avant tout la composition d'un organe politique aux compétences juridictionnelles limitées que les constituants ont eu à discuter. On comprend mieux que, dans ces conditions, les garanties en termes de compétence ou de profil des membres ne soient pas entrées dans les réflexions sur l'organisation du Conseil constitutionnel.

276. Devant l'Assemblée générale du Conseil d'Etat, à aucun moment les débats ne se sont orientés vers l'absence de compétence juridique des membres du futur Conseil constitutionnel. Pour autant, certains membres du Conseil d'Etat se sont inquiétés de l'indépendance d'esprit des futurs membres. Si Marcel Martin a pu estimer avec optimisme que les personnalités nommées seront mécaniquement des « *juristes et des hommes de classe* »[683], Maspétiol propose notamment que le projet veille à assurer la parité ente les membres nommés par le pouvoir exécutif et ceux nommés par le pouvoir législatif[684]. Latournerie semble du même avis et prolonge la réflexion. En effet, dans la mesure où le Conseil peut être amené à exercer une fonction juridictionnelle, il considère que la nature non renouvelable du mandat ne suffit pas à garantir l'impartialité des membres[685]. Souhaitant que la composition du Conseil « *reflétât, outre l'expérience de ses membres, leur sérénité d'esprit et un certain détachement* », il propose alors, sans succès, qu'accèdent au Conseil constitutionnel le premier président de la Cour de cassation ainsi que le Vice-président du Conseil d'Etat, proposition sur laquelle il est rejoint par Join-Lambert[686].

277. Si la question de la composition du Conseil ne fit pas véritablement l'objet de critiques, c'est essentiellement parce que le Conseil était conçu avant tout comme une

[681] Pour le rôle joué par le Conseil d'Etat tout au long de la période constituante, voir, S. Leroyer, *L'apport du Conseil d'Etat au droit constitutionnel de la V^e^ République. Essai sur une théorie de l'Etat*, précité.

[682] Voir l'allocution de Michel Debré devant l'Assemblée générale du Conseil d'Etat à qui le texte allait être soumis (*D.P.S.*, vol. 3, précité, p. 260).

[683] *Idem*, p. 372

[684] *D.P.S.*, vol. 3, précité, p. 372.

[685] *Idem*, p. 373.

[686] *Ibidem*.

juridiction politique[687]. Cette vision est confirmée par Latournerie lorsqu'au cours des débats devant l'Assemblée générale il indique que « *le Conseil est, au moins, autant politique que juridique, ou du moins c'est une juridiction politique* »[688]. Plus que la compétence juridique des membres, jamais questionnée, c'est leur moralité et leur capacité à juger en équité qui est discutée. Pour Raymond Janot, le Conseil n'est pas une juridiction. L'intérêt de l'institution n'est pas pour lui de juger en droit mais d'assurer un jugement moral : « *Les membres prendront des décisions en toute moralité. Ce n'est pas de ne pas avoir été parfaitement juridique, mais d'avoir été en fait immoral, contraire au bon sens, et en certains cas à l'honneur, c'est tout cela que l'on veut empêcher* »[689]. La vision d'un Conseil constitutionnel conçu avant tout comme un organe politique de contrôle de l'activité parlementaire a induit le fait que la compétence des membres et *a fortiori* la présence des professeurs de droit au Conseil constitutionnel, sur le modèle d'autres Cours constitutionnelles bien connu pourtant des constituants, n'aura à aucun moment été discutée. Les conditions étaient dès lors réunies pour que les professeurs de droit ne soient qu'un petit nombre à accéder au Conseil constitutionnel.

[687] Sur les débats relatifs à la nature du Conseil constitutionnel et à la controverse que cette question a suscitée au cours des délibérations au Conseil constitutionnel et en dehors de l'institution (voir *infra* § 638 et s.).

[688] *Ibidem*.

[689] *Idem*, p. 375.

Conclusion du chapitre 1

278. Les professeurs de droit furent largement employés au cours de la période de transition vers la IV^{ème} République jusque dans le processus constituant. Ce rôle majeur joué notamment dans l'ingénierie constitutionnelle et la confiance d'un monde politique tourné vers les universitaires semble encore se prolonger au cours de la IV^{ème} République à travers la composition du nouvel organe de contrôle de constitutionnalité voulu par les constituants, bien que leur présence s'explique avant tout par le caractère inoffensif du contrôle de constitutionnalité exercé par le Comité constitutionnel.

279. Le processus constituant de la V^{ème} République est en revanche marqué par la rupture entre les professeurs de droit et la naissance des institutions. Tenus en grande partie pour responsables de l'échec de la Constitution de 1946, concurrencés par des légistes appartenant à une haute fonction publique en plein essor, les professeurs de droit sont très peu consultés, parfois exclus des débats. Le contexte constituant leur est particulièrement défavorable. Les débats qui impliquent la question de la composition du Conseil constitutionnel iront dans le même sens : celui d'une institution voulue avant tout comme un organe politique de rationalisation du parlementarisme et non comme une véritable juridiction constitutionnelle particulièrement du point de vue de sa composition. Dans ces conditions, la question de l'accès des professeurs de droit à l'institution n'aura probablement jamais traversé l'esprit des constituants. Si l'on ajoute à cela des conditions discrétionnaires de sélection des juges, ces facteurs préfigurent un ensemble de pratiques des nominations avant tout fidèle à la conception première des constituants, conception qui manifeste une regrettable continuité dans le temps. Au-delà d'une analyse des raisons que l'on peut qualifier de conjoncturelles, d'autres raisons, cette fois structurelles, contribuent à expliquer pourquoi et comment les professeurs de droit ont accédé au Conseil constitutionnel dans de si faibles proportions.

Chapitre 2:

Les raisons structurelles : les critères de la nomination des professeurs de droit au Conseil constitutionnel

280. Malgré les ruptures initiées sous la V^{ème} République, quelques professeurs de droit furent nommés au Conseil constitutionnel. Pourtant, les règles de nomination et le climat ayant entouré la création de l'institution rendaient leur accès peu prévisible. Les premières nominations au Conseil constitutionnel subirent d'ailleurs, dès 1959, les foudres de la critique éditoriale, et également celles de la doctrine[690].

281. Si la compétence juridique des professeurs de droit est une donnée déterminante du choix de l'autorité compétente, elle est cependant insuffisante pour expliquer les raisons de la nomination de chacun d'eux. En effet, un certain nombre de variables – tels que le parcours professionnel, les trajectoires individuelles et les nœuds relationnels – fournissent des indices probants sur les raisons ayant conduit les autorités de nomination à porter leur choix sur certains professeurs plutôt que sur d'autres. Dès lors, il ne s'agira pas d'établir une classification exclusive de la pratique des nominations des professeurs de droit. Une telle classification serait nécessairement réductrice[691] et conduirait à enfermer chacune des nominations dans un genre spécifique et obligatoirement opposé à tous les autres[692]. Or, chacune des nominations des professeurs de droit s'ancre dans un ensemble de variables distinctes mais aussi entrecroisées.

[690] Ch. Eisenmann, « Palindromes ou stupeur », *Le Monde* du 5 mars 1959.

[691] M. Waline, « Empirisme et conceptualisme dans la méthode juridique : faut-il tuer les catégories juridiques ? », in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, tome I, Bruylant, Bruxelles, 1963, pp. 359-371.

[692] « *Un des résultats immédiats est bien souvent que l'on perd de vue l'articulation des classes, des concepts et des termes correspondants. On oublie en effet que pour situer un tel concept il ne suffit pas de l'opposer à l'un de ceux des autres qui constitue avec lui le genre, mais qu'il faut l'opposer à tous* » (Ch. Eisenmann, « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », *Archives de philosophie du droit*, 1966, pp. 25-43, spéc. pp. 29-32).

282. Le critère de la compétence juridique est une donnée commune à toutes les nominations des professeurs de droit au Conseil constitutionnel. Mais il est impossible de se contenter d'une seule explication juridique pour cerner un phénomène se caractérisant avant tout par son caractère sociologique. Il est donc nécessaire de procéder à une analyse dynamique de ces nominations au regard des variables jugées les plus constantes. Il conviendra alors d'effectuer un choix parmi les déterminants essentiels ayant guidé les nominations, sans tomber dans l'excès inverse, qui consisterait à la reconstruction identitaire de simples parcours épars. Comprendre les raisons de la nomination des professeurs de droit implique alors de tracer les contours objectifs de la nomination de chacun d'entre eux à partir d'un certain nombre de variables : les réseaux d'influence, le parcours politique éventuel ou la renommée académique. Cependant, les critères retenus justifiant la nomination n'étant pas exclusifs, un même professeur de droit pourra tout à fait avoir été nommé en fonction de chacun des critères dégagés. L'analyse menée démontrera alors qu'il est possible de faire une double lecture des onze nominations des professeurs de droit au Conseil constitutionnel. Ces deux lectures relèvent ainsi, parfois de façon cumulative, de facteurs extérieurs au candidat pressenti ou portent directement sur les qualités et le réseau politique des professeurs nommés.

283. En effet, les conditions de nomination rendent consubstantiels les réseaux politiques et les compétences des professeurs de droit. Dominique Schnapper rappelle d'ailleurs que sur l'ensemble des nominations, « *on a vu un petit nombre de juristes universitaires, auxquels il faudrait ajouter les secrétaires généraux des assemblées parlementaires et quelques conseillers d'Etat dont la compétence est grande, mais, même dans ces cas, la nomination est plus souvent liée à l'activité politique qu'à la seule maîtrise juridique des dossiers* »[693]. Dès lors et d'une part, si l'influence de critères politiques dans la nomination n'est pas propre aux professeurs de droit, elle se révèle néanmoins comme un élément déterminant de leur nomination (section 1). D'autre part, la nomination est soumise à des contraintes propres à la conjoncture politique ou à la composition du Conseil constitutionnel. Dans ce cas, la nomination du professeur de droit traduit une manière d'assurer une forme d'équilibre dans la formation collégiale (Section 2).

[693] D. Schnapper, *Une sociologue au Conseil constitutionnel*, précité, p. 212.

Section 1. La part de critères politiques dans la nomination des professeurs de droit

284. Une part des nominations a été essentiellement liée à l'activité ou à la proximité des liens entretenus par les professeurs choisis avec le monde politique au sens large, découlant tantôt de simples amitiés politiques, tantôt d'un engagement partisan. Le Conseil constitutionnel n'échappe pas à la tendance qui gouverne la haute fonction publique : la porosité avec le monde politique[694]. La possession de ressources politiques au sens strict est un trait commun à l'accès des professeurs de droit au Conseil constitutionnel démontrant l'existence d'une variable constante caractérisant leur nomination.

285. Cette proximité peut se caractériser, d'une part, par la force des liens personnels qui unissent le professeur à son autorité de nomination (§ 1). Elle peut, d'autre part, résulter de la constitution d'un réseau d'influence propre au professeur de droit se traduisant par la détention d'un « *capital social* »[695] qui, au sens de la sociologie, renvoie aux relations sociales qu'une personne peut mobiliser à son profit, ainsi que les « *ressources symboliques* »[696] que sa position sociale lui confère (§ 2).

§ 1. L'influence des liens personnels avec l'autorité de nomination

[694] Un certain nombre de nominations dans la haute fonction publique font l'objet d'une politisation remarquée, particulièrement en ce qui concerne les nominations au tour extérieur dans certains corps de l'Etat, dont le Conseil d'Etat, et dont il faut cependant préciser qu'elles sont soumises à un contrôle de légalité du juge administratif (voir en ce sens, D. Lochak, « Les hauts fonctionnaires et l'alternance : quelle politisation ? », in P. Muller (dir.), *L'administration française est-elle en crise ?*, L'Harmattan, Paris, 1992, pp. 35-58 ; M. Balluteau, F. de Baecque, D. Lochak, B. Tricot, V. Wright, « Débat : La politisation du Conseil d'Etat : mythe ou réalité ? », *Pouvoirs*, n° 40, 1987, pp. 95-119. Pour une analyse comparée de la politisation des hauts fonctionnaires, voir Y. Mény, « A la jonction du politique et de l'administratif : les hauts fonctionnaires », *Pouvoirs*, n° 40, 1987, pp. 5-23 ; voir aussi, O. Schrameck, « Fonction publique de l'Etat : influences politiques et garanties juridiques », *A.J.D.A.*, 1994, n° 6, pp. 429-435 ; voir enfin, B. Montay, « Le pouvoir de nomination de l'Exécutif sous la V^{ème} République. De la compétence liée au pouvoir de patronage », *Jus politicum*, n° 11, 130 p., spéc. pp. 113-118).

[695] P. Bourdieu, « Le capital social », in *Le capital social*, Actes de la recherche en sciences sociales, vol. 31, 1980, pp.2-3. Bourdieu distingue la notion de « *capital social* », du « *capital économique* » et du « *capital culturel* ».

[696] *Idem*, p. 2.

286. Cette influence se définit comme le lien personnel unissant le professeur de droit à un homme politique, sans lequel il n'aurait probablement pas eu de carrière politique ou de postes à responsabilité proches du politique.

287. L'avènement du régime de la V^{ème} République se traduit par l'influence majeure exercée sur l'ensemble des institutions par le général de Gaulle. Elle fut notamment flagrante durant les premières années d'existence du Conseil constitutionnel, où l'ombre portée du général de Gaulle sur sa composition était palpable. Les premières nominations au Conseil démontrent ainsi que c'est bien l'attachement au gaullisme qui détermine certains choix des autorités de nomination. La mainmise du général de Gaulle sur la composition du Conseil constitutionnel est totale et la nomination de Marcel Waline en est une très bonne illustration (A). La nomination de Robert Badinter, répond également à ce critère. Les liens qui l'unissent à François Mitterrand constituent, dans ce cas précis, une donnée essentielle à la compréhension des raisons ayant guidé le choix du Président de la République, choix pouvant alors s'apparenter à un parrainage (B).

A. Marcel Waline, un gaulliste partisan

288. La nomination de Marcel Waline au Conseil constitutionnel n'est pas fortuite. Sa renommée académique et ses compétences en droit public ont véritablement fait de lui le premier membre disposant du profil d'un universitaire complet. Néanmoins, sa nomination doit avant tout au parcours d'un universitaire auquel l'engagement politique a permis d'évoluer au plus près des sphères d'influences gaulliennes (1). Ce parcours confirme la fidélité politique du professeur de droit, dont l'engagement lui vaudra d'être nommé au Conseil constitutionnel selon la volonté même du Président de la République, tenant l'ensemble des nominations sous son étroit contrôle (2).

1. Un engagement précoce vers le gaullisme

289. Dans le courant des années trente, Waline soutient, au côté de son ami André Philip, le mouvement de la S.F.I.O[697]. C'est donc à la gauche qu'il voue d'abord sa fidélité politique.

290. Cependant, son engagement résistant à partir de 1941 le rapproche rapidement du général de Gaulle. Mobilisé en 1940 dans l'armée française, Marcel Waline est fait prisonnier en juin 1940. Il sera interné en Allemagne durant près d'un an dans un Oflag avant de bénéficier des mesures de libération anticipées négociées par Pétain pour les pères de familles nombreuses[698]. C'est d'ailleurs au cours de son internement qu'il signe son premier acte de résistance, en rédigeant une étude célèbre sur l'individualisme et le droit, fustigeant l'idéologie nationale-socialiste comme étant le stade ultime de l'anti-individualisme et donc celui de la dictature. L'étude deviendra l'objet de son cours de doctorat à la Faculté de droit de Paris entre 1943 et 1944. Il précisera d'ailleurs dans la préface de la première édition publiée en 1949 : « *Peut-être me reprochera-t-on d'avoir consacré de trop longs développements à un exposé objectif des doctrines hitlériennes* […]. *Connaître de telles doctrines et éprouver pour elles de l'horreur sont une seule et même chose, pour un esprit français normalement constitué* ».[699]. Depuis la Faculté de droit de Paris, dans laquelle il est nommé en 1941, il répond favorablement, « *depuis le sol métropolitain* »[700] à la lutte contre l'occupant nazi. Il participe ainsi, auprès des réseaux réformistes de la Résistance, aux projets de réformes menés par le Comité Français de Libération Nationale. Sollicité par Pierre Henri Teitgen, il prend part depuis Paris à la rédaction d'un nouveau statut de la presse, destiné à être adopté à la Libération. Après avoir refusé de participer à la commission d'épuration

[697] Dans sa thèse consacrée à Marcel Waline, Cécile Janura indique d'ailleurs qu'au cours de cette époque, Waline était l'un des collaborateurs du journal *La Flèche* fondé par Gaston Bergery à l'origine du « *front commun contre le fascisme, contre la guerre et pour la justice sociale* » (C. Janura, *Le droit administratif de Marcel Waline : essai sur la contribution d'un positiviste au droit administratif français*, thèse dact., Université d'Artois, 1999, 470 p., spéc. p. 8).

[698] N. Hakim, « Les années de captivité : le Professeur Jean Rivero ou la liberté en action (1939-1945), in F. Mélin-Soucramanien, F. Melleray (dir.), *Le Professeur Jean Rivero ou la liberté en action*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », Paris, 2012, pp. 37-52, spéc. p. 44.

[699] M. Waline, *L'individualisme et le droit*, Dalloz, Paris, 2007, réimpression de l'édition de 1949, 436 p., spéc. p. 3.

[700] J.-J. Clère, « Marcel Waline », in P. Arabeyre, J.-L. Halpérin, J. Krynen, *Dictionnaire historique des juristes français XII^e – XX^e*, P.U.F., coll. « Quadrige », Paris, 2011, pp. 778-780, spéc. p. 778.

administrative des Facultés[701], Marcel Waline est à nouveau sollicité à la Libération par son ami René Capitant[702] afin de présider la commission d'épuration administrative du secrétariat d'Etat aux sports[703].

291. Ce n'est qu'en 1947 que Marcel Waline rencontre de Gaulle pour la première fois[704]. Fidèle à l'action politique de Charles de Gaulle, cette même année, il adhère au R.P.F. tout juste créé. Cécile Janura précise son engagement : « *Il est membre du comité de famille, prend part au Congrès de Vincennes à l'issue duquel le mouvement gaulliste opère un virage à gauche qui le renforce dans ses convictions, mais refuse néanmoins un poste de délégué régional, faute de disponibilité. Depuis 1947, il était par ailleurs membre du Conseil Supérieur de la Fonction Publique* »[705]. Son investissement auprès du général de Gaulle prend une nouvelle dimension, lorsque, sur une commande de ce dernier, Marcel Waline signe un ouvrage programmatique[706] fustigeant les règles et les méthodes entourant ce que les gaullistes nomment le « *régime des partis* »[707]. Dans la droite ligne des discours de Bayeux et d'Epinal, il affiche son hostilité aux partis politiques coupables d'affaiblir l'exercice de la démocratie. Il y précise ainsi que « *la survivance des partis est nuisible dans la mesure où elle empêche le personnel politique de voir les vrais problèmes et d'en chercher les solutions* »[708]. L'ouvrage, en forme de manifeste, s'inscrit entièrement dans la pensée de Charles de Gaulle et du R.P.F., offrant la caution d'une étude menée par un professeur de droit public aux compétences unanimement reconnues. Il semble ainsi très difficile de pouvoir utiliser sa contribution comme un élément de la doctrine constitutionnelle de Marcel Waline. Elle

[701] C. Janura, *Le droit administratif de Marcel Waline : essai sur la contribution d'un positiviste au droit administratif français*, précité, p. 100.

[702] René Capitant et Marcel Waline se sont liés d'amitié au cours de leurs années d'études à la faculté de droit de Paris (J.-J. Clère, « Marcel Waline », précité, p. 778).

[703] C. Janura, *Le droit administratif de Marcel Waline : essai sur la contribution d'un positiviste au droit administratif français*, précité, p. 100.

[704] D'après l'étude dédiée à Marcel Waline menée par Cécile Janura, c'est semble-t-il à Saint-Germain l'Auxerrois, lors des obsèques de son ancien compagnon de détention Aimé Lepercq que les deux hommes se seraient rencontrés (C. Janura, *Le droit administratif de Marcel Waline : essai sur la contribution d'un positiviste au droit administratif français*, précité, p. 9).

[705] *Ibidem*. Pour une étude approfondie du R.P.F., voir notamment Fondation Charles de Gaulle, *De Gaulle et le R.P.F. 1947-1955*, Armand-Colin, Paris, 1998, 864 p.

[706] M. Waline, *Les partis contre la République*, Rousseau, Paris, 1948, 164 p.

[707] J.-L. Debré, *Les idées constitutionnelles du Général de Gaulle*, L.G.D.J., Paris, 1974, 461 p., spéc. p. 120.

[708] M. Waline, *Les partis contre la République*, précité, p. 42.

s'inscrit en effet bien plus dans une étude destinée à la promotion des combats politiques de de Gaulle et du R.P.F. que dans une étude doctrinale à proprement parler[709].

292. L'expertise et l'engagement fidèle de Waline envers les idées gaullistes lui vaudront d'être régulièrement associé aux réformes constitutionnelles voulues par de Gaulle. L'arrivée de de Gaulle au pouvoir en 1958 est soutenue publiquement par Marcel Waline. Il prendra même l'initiative d'une lettre adressée au Président René Coty, appelant au retour de Charles de Gaulle pour régler le conflit algérien, lettre pour laquelle il recueillera la signature d'un certain nombre d'universitaires[710]. Il sera, en juin 1958, le seul professeur de droit nommé par le Gouvernement en tant qu'expert au Comité consultatif constitutionnel[711], comité dont la composition fut étroitement contrôlée par Charles de Gaulle et Raymond Janot, malgré l'hostilité exprimée par Janot à l'encontre des professeurs de droit[712]. En octobre 1959, il est nommé membre du Conseil Supérieur de la Magistrature, au sein duquel il sera notamment chargé de rapporter sur les recours en grâce sur lesquels de Gaulle devait se prononcer. À ce propos, Cécile Janura rappelle qu'en 1947, de Gaulle avait déjà chargé Marcel Waline de lui remettre une note sur la magistrature à laquelle il n'avait apporté aucune modification[713]. Comme l'explique Pierre Viansson-Ponté, « *depuis longtemps déjà, quand on évoquait à mots couverts un "conseiller juridique" du général de Gaulle, quand on faisait état discrètement de l'avis d'un professeur de la Faculté de droit de Paris, qui, seul de tous ses collègues, approuvait, voire inspirait la doctrine du R.P.F. en matière constitutionnelle ou administrative, soutenait les interprétations de l'Elysée dans le domaine judiciaire ou règlementaire, c'est de lui* [Marcel Waline] *qu'il s'agissait* »[714].

293. C'est du fait de cette proximité, de cet engagement pour l'aider à mener à bien son projet politique, que le général de Gaulle manifeste le souhait de nommer Marcel Waline au Conseil constitutionnel.

---

[709] *Contra* voir N. Devouèze, « Marcel Waline, constitutionnaliste », *R.F.D.A.*, 2014, n° 1, pp. 183-190.

[710] C. Janura, *Le droit administratif de Marcel Waline : essai sur la contribution d'un positiviste au droit administratif français*, précité, p. 9.

[711] *D.P.S.*, vol. 2, précité, p. 18.

[712] Voir *supra* § 257.

[713] C. Janura, *Le droit administratif de Marcel Waline : essai sur la contribution d'un positiviste au droit administratif français*, précité, p. 9.

[714] P. Viansson-Ponté, *Les Gaullistes. Rituel et annuaire*, Seuil, Paris, 1963, 190 p., spéc. p. 189.

2. Une nomination souhaitée par de Gaulle

294. En février 1962, Marcel Waline est nommé membre du Conseil constitutionnel par Charles de Gaulle[715]. Un certain nombre d'indices pourraient laisser penser que c'est par l'influence de Léon Noël que Waline doit son accès au Conseil constitutionnel. C'est en effet sur la recommandation de ce dernier que de Gaulle décide de la nomination de Waline. Les avis sont néanmoins divergents, certains affirmant en effet que de Gaulle aurait imposé Marcel Waline au président du Conseil. Cette affirmation semble cependant être démentie par Waline lui-même lorsqu'il s'explique sur la réalité de sa nomination : « *C'est là une version des faits exactement contraire à la vérité telle que je l'ai connue plus tard de la bouche la plus qualifiée pour en parler : Léon Noël lui-même* ». Noël lui aurait soutenu qu'il désirait en fait que soit nommé un juriste en remplacement de Maurice Patin[716]. D'ailleurs, dans l'un de ses ouvrages consacré à de Gaulle et aux débuts de la V^{ème} République, Noël précise à propos de Marcel Waline : « *J'eus infiniment à me louer de la collaboration que m'apporta un autre professeur de droit, jouissant d'une grande autorité en matière de droit public et dont le caractère est au niveau de la science* »[717].

295. Cette influence vraisemblable de Léon Noël quant à la nomination de Marcel Waline ne doit pas masquer la réalité d'une décision finale appartenant en propre à de Gaulle. Le Président de la République et le président du Conseil, entre 1959 et 1965, n'ont jamais cessé de se rencontrer, particulièrement en amont des nominations, et Léon Noël ne concéda pas les mêmes audiences au président de l'Assemblée nationale et au président du Sénat. A ce titre, comme le relève Yves Beauvois, « *si de Gaulle l'avait nommé à sa tête c'était bien en raison de leur accord sur ce qu'il devrait être* »[718]. De plus, de Gaulle rencontra Waline en prévision de sa nomination dès février 1962. Lors de leur entretien, la seule question que le Président de la République posa au professeur de droit concernait l'article 16 de la Constitution et son

[715] Décision n° 6, NOM du 17 février 1962, J.O.R.F. du 20 février 1962, p. 1763.

[716] M. Waline, *Souvenirs*, Documents non publiés, cité par Cécile Janura, C. Janura, *Le droit administratif de Marcel Waline : essai sur la contribution d'un positiviste au droit administratif français*, précité, p. 48.

[717] L. Noël, *De Gaulle et les débuts de la Ve République1958-1965*, Plon, Paris, 1976, 310 p., spéc. p. 36.

[718] Yves Beauvois, « Le Conseil constitutionnel à ses débuts (1959-1962) (I), *Commentaire*, n° 116, 2006, pp. 943-954, spéc. p. 948.

utilisation, souhaitant ainsi connaître l'opinion de Marcel Waline sur la mise en œuvre des pouvoirs exceptionnels. Waline lui répondit que sa position sur le sujet n'avait pas évolué depuis celle qu'il avait prise lors des débats relatifs à l'article 16 devant le Comité consultatif constitutionnel[719]. Cette disposition était en effet considérée par de Gaulle comme essentielle à la répartition des pouvoirs au sein de l'exécutif dans la Constitution du 4 octobre 1958. Lors de la séance du 8 août 1958 devant le Comité consultatif constitutionnel, Waline avait fait part de sa volonté que soit inscrite dans la Constitution l'obligation de recueillir l'avis du Conseil constitutionnel rendu en urgence, pour la mise en œuvre des pouvoirs exceptionnels[720]. Il approuvait ainsi la procédure tant qu'elle pouvait faire l'objet d'une consultation par le Conseil constitutionnel, l'essentiel étant pour lui d'éviter à tout prix que la République ne soit « *suicidée par persuasion* »[721]. Cette entrevue, entièrement dominée par la confiance politique que de Gaulle avait envers le professeur de droit, révèle à quel point de Gaulle tenait la composition de l'institution sous son étroit contrôle. C'est à la suite de cette rencontre que le Président de la République nomma Marcel Waline membre du Conseil constitutionnel, couronnant ainsi une décennie d'engagement fidèle aux idéaux gaullistes.

296. De la même manière que la nomination de Marcel Waline se conçoit avant tout comme la résultante de ses liens étroits avec de Gaulle, celle de Robert Badinter par François Mitterrand s'explique par les liens unissant les deux hommes.

[719] M. Waline, *Souvenirs*, Documents non publiés, cité par Cécile Janura, C. Janura, *Le droit administratif de Marcel Waline : essai sur la contribution d'un positiviste au droit administratif français*, précité, p. 48.

[720] Waline s'exprime en ces termes : « *Nous sommes convaincus, en tout cas je le suis personnellement et je crois que nous le sommes tous* […] *que l'article 14 est nécessaire. Mais il ne faut pas nous dissimuler que c'est sur cet article 14 que va porter notamment, et peut-être principalement, la campagne des « non ». Il faut donc en atténuer la portée, plus exactement donner quelques garanties* […] *c'est-à-dire en demandant l'avis du Conseil constitutionnel.* […] *C'est pourquoi je propose de rédiger ainsi le début de l'article : " Lorsque, de l'avis du Conseil constitutionnel, convoqué d'urgence par les soins du président d la République, et qui doit dans ce cas statuer dans les vingt-quatre heures de sa convocation, les institutions de la République, etc. "* » (*D.P.S.*, vol. 2, précité, p. 327).

[721] Marcel Waline, *Souvenirs*, Documents non publiés, cité par Cécile Janura, C. Janura, *Le droit administratif de Marcel Waline : essai sur la contribution d'un positiviste au droit administratif français*, précité, p. 48.

B. Le « *parrainage* »[722] de Robert Badinter par François Mitterrand

297. Les rapports entretenus entre François Mitterrand et Robert Badinter permettent de comprendre l'influence exercée par le critère politique dans la nomination des professeurs de droit, notamment lorsqu'ils s'expriment par les liens d'amitié politique unissant un futur membre à son autorité de nomination. Le 19 février 1986, François Mitterrand nomme Robert Badinter, son Garde des Sceaux, membre du Conseil constitutionnel en remplacement d'André Ségalat[723]. Le parrainage doit ici s'entendre comme l'appui ou la caution morale accordée par une personne à une autre, lui assurant de bénéficier de ses ressources politiques nécessaires pour accéder à une fonction quelconque. Les liens unissant le professeur de droit privé à son autorité de nomination constituent, dans ce cas précis, une donnée essentielle à la compréhension des raisons ayant guidé le choix du Président de la République. Expert juridique auprès d'un homme pour lequel il voue, dès les années cinquante, son engagement politique (1), Robert Badinter est depuis quelques années déjà le candidat idéal dans l'esprit de François Mitterrand pour exercer les fonctions de membre du Conseil constitutionnel (2).

1. L'expert juridique auprès de François Mitterrand

298. C'est au milieu des années cinquante que se nouent les liens politiques entre le futur agrégé de droit privé et François Mitterrand. Robert Badinter soutient une thèse le 11 décembre 1952 portant sur *Les conflits de lois en matière de responsabilité civile dans le droit des Etats-Unis* sous la direction de Jean-Paul Niboyet[724]. Néanmoins, ce n'est que treize ans plus tard, en 1965, qu'il obtient l'agrégation dans la section droit privé. Son parcours universitaire est particulier. Déjà avocat depuis la fin des années cinquante, il privilégie une brillante carrière au barreau de Paris jusqu'au début des années soixante, avant que son

[722] M. Milet, *Les professeurs de droit citoyens. Entre ordre juridique et espace public, contribution à l'étude des interactions entre les débats et les engagements des juristes français (1914-1995)*, précité, p. 609.

[723] Décision n° 43, NOM du 19 février 1986, J.O.R.F. du 20 février 1986, p. 2791.

[724] R. Badinter, *Les conflits de lois en matière de responsabilité civile dans le droit des Etats-Unis*, thèse dact., Faculté de droit de Paris, 1952, 236 p. Son jury était composé d'Henri Batiffol, René David et Henri Desbois. Son étude lui permettra d'ailleurs d'étudier les décisions de la Cour suprême des Etats-Unis, lui offrant une connaissance approfondie de la jurisprudence d'une Cour constitutionnelle étrangère, attirance pour le droit comparé qui ne le quittera jamais.

ambition universitaire ne le rattrape. « *Robert Badinter qui* […] *connaît désormais une situation matérielle confortable, ne peut se satisfaire de sa seule qualité d'avocat : il a besoin d'une autre activité qui lui permettrait de peser, au moins moralement, sur le cours des choses* »[725]. Il échoue au premier concours de 1963, puis réussit deux ans plus tard celui de 1965. D'abord nommé à la Faculté de droit de Dijon, il est muté en 1969 à l'Université de Picardie puis, en 1974, retrouve l'Université de la Sorbonne. Il poursuivra donc, en marge de sa carrière d'avocat, une carrière universitaire qui lui assurera une autorité scientifique auprès du monde politique et particulièrement auprès de François Mitterrand. Néanmoins, durant sa carrière universitaire, on dénombre peu d'articles de doctrine dans des revues spécialisées[726]. C'est essentiellement par une prise de position publique, profitant de sa qualité de professeur de droit proche des milieux politiques, que Robert Badinter investit le champ juridique[727]. Comme l'explique justement Paul Cassia, « *la qualité d'agrégé des facultés de droit, donc de sage au-dessus des querelles qui font le quotidien des avocats, est seule mise en avant pour évoquer ces questions de principe* »[728]. Cette position assure ainsi à Robert Badinter une large diffusion de ses opinions juridiques, lui offrant, dans la sphère médiatique, l'image d'un professeur de droit expert des questions portant sur la justice[729].

299. Dès 1959, Robert Badinter devient membre de la Ligue pour le combat républicain que venait juste de créer François Mitterrand. Très tôt, il rédige des notes pour François Mitterrand et devient auprès de lui un expert en matière de justice. Comme le relève encore Paul Cassia, « *leur formation intellectuelle commune – le droit – et leur métier d'avocat expliquent que leurs sujets de conversation de prédilection soient les questions de justice* »[730].

[725] P. Cassia, *Robert Badinter, un juriste en politique*, Fayard, Paris, 2009, 547 p., spéc. p. 64.

[726] Robert Badinter participera en revanche à de nombreux colloques universitaires, notamment dans les champs du droit pénal, de la réforme de la justice et du droit européen.

[727] On dénombre ainsi à partir de la fin des années 1960 plus de quatre-vingts articles publiés dans le journal *Le Monde*, portant particulièrement sur les questions de justice et de promotion des libertés publiques.

[728] P. Cassia, *Robert Badinter, un juriste en politique*, précité, p. 75.

[729] Sur cette question, voir particulièrement M. Milet, *Les professeurs de droit citoyens. Entre ordre juridique et espace public, contribution à l'étude des interactions entre les débats et les engagements des juristes français (1914-1995)*, précité, pp. 588-590. C'est encore ce que Bastien François nomme, à propos de Maurice Duverger, « *la figure du juriste mondain* » (B. François, Naissance d'une Constitution. La Cinquième République 1958-1962, précité, pp. 103-112).

[730] *Idem*, p. 152.

Néanmoins, Robert Badinter ne s'engage pas au Parti Socialiste dès la première heure[731]. C'est progressivement, après être passé par des clubs de réflexion sur les institutions proches de la gauche que débute son investissement en politique[732]. À partir de 1962, ces instances de réflexion politique deviennent « *le creuset d'une véritable résurrection de l'opposition, prête à déboucher sur une action politique* »[733]. Le renouvellement idéologique de la plupart des partis politiques d'opposition au gaullisme, venus de la IV^{ème} République, est à cette époque très difficile, ces partis demeurant incapables de reconquérir l'opinion alors que la première élection présidentielle au suffrage universel direct se profile à l'horizon de l'année 1965. Cette période de reconstruction de la gauche conduit François Mitterrand, au cours des années soixante, à créer des Conventions, réunissant sous une même bannière plusieurs de ces clubs[734]. C'est ainsi qu'en 1964, Mitterrand crée la Convention des institutions républicaines, dont Robert Badinter est nommé membre du comité directeur[735]. Après l'échec relatif de Mitterrand aux élections présidentielles de 1965, le futur Président de la République décide la création d'un « *contre-Gouvernement* » au sein duquel, déjà, Robert Badinter devient ministre de la Justice. Ce n'est finalement qu'à partir de 1967 que son engagement politique devient un engagement en politique, puisqu'il est nommé membre du groupe permanent de la Convention des institutions républicaines et « *portera les couleurs de la gauche aux élections législatives de 1967* »[736], élections auxquelles il échoue. Malgré l'aide apportée par François Mitterrand pour l'orienter vers des circonscriptions dans lesquelles il aurait pu être élu, Robert Badinter refuse en 1970, 1973 et en 1978 de se porter candidat aux élections législatives pour finalement, après celles de 1982, refuser définitivement de se créer un destin politique à

[731] Son engagement politique n'a, semble-t-il, jamais été un engagement doctrinal auprès d'un parti mais bien plus une affiliation personnelle à des hommes politiques d'envergure. Il voue d'abord, au début des années cinquante, une « *profonde admiration* » à Pierre Mendès-France et tente même en 1956 d'obtenir l'investiture du parti radical pour les élections législatives de 1956 (P. Cassia, *Robert Badinter, un juriste en politique*, Fayard, Paris, 2009, 547 p., spéc. p. 138-141).

[732] Il sera notamment membre du Club des juristes démocrates, ancré à gauche, au côté de François Luchaire.

[733] P. Cassia, *Robert Badinter, un juriste en politique*, précité, p. 143.

[734] L. Jalabert, « La Convention des institutions républicaines (1964-1971) », *Vingtième siècle. Revue d'histoire*, n° 104, 2009, pp. 123-139.

[735] M. Winock, *La gauche en France*, Perrin, coll. « Tempus », Paris, 2006, 502 p., spéc. p. 276-277. Il y retrouvera d'ailleurs à la même époque Jean-Claude Colliard.

[736] C'est sous les couleurs de la Fédération de la gauche démocrate et socialiste, unissant les mouvements de gauche non communistes que Robert Badinter se présente. Il souhaite d'abord se présenter à Besançon, ville dans laquelle il enseigne en 1967, mais n'y parvient pas. C'est finalement Mitterrand qui lui propose la première circonscription de Paris dans laquelle il parvient à terminer troisième (P. Cassia, *Robert Badinter, un juriste en politique*, précité, p. 155 ; voir aussi M. Winock, *La gauche en France*, précité, p. 277).

l'Assemblée nationale[737]. Ainsi qu'il l'explique, « *la politique est une maîtresse exclusive […] il ne faut faire que cela – et ce n'est jamais assez* »[738]. D'ailleurs, l'ambition politique de Robert Badinter a semblé, un temps, limitée par son ambition académique. Il en fait lui-même état, lorsqu'il évoque les raisons de son refus de participer à la campagne présidentielle de 1965 auprès de François Mitterrand : « *Je n'avais pas participé à la campagne de 1965 aux côtés de François Mitterrand, non par choix politique, mais parce que j'avais décidé de me présenter à l'agrégation de droit privé et de réaliser enfin ma première ambition : enseigner le droit* »[739]. Finalement Robert Badinter voue logiquement à la Chancellerie une carrière politique qu'il doit à son engagement technique et intellectuel auprès de François Mitterrand. C'est d'ailleurs de cette manière qu'il rapporte lui-même les conditions de sa nomination au Ministère de la Justice[740] : « *Il était Président de la République, et moi, grâce à lui, ministre de la Justice* »[741].

300. Ces éléments biographiques du parcours de Robert Badinter auprès de François Mitterrand pourraient paraître éloignés de la nomination proprement dite du professeur de droit au Conseil constitutionnel. Ils sont en réalité d'une importance considérable pour comprendre que cette nomination intervient dans la continuité d'un parcours en politique réalisé grâce à la confiance de François Mitterrand. Ce dernier semblait en effet voir en lui, du fait de sa carrière d'avocat et d'universitaire engagé dans la défense des libertés, le candidat idéal au poste de membre du Conseil constitutionnel.

[737] En 1970, lors d'élections législatives partielles, Mitterrand souhaitait le voir se présenter à Bordeaux contre Jacques Chaban-Delmas. En 1973, il est battu lors de l'investiture en Eure-et-Loir, victime du système de l'investiture. En 1978, après une proposition de François Mitterrand de se présenter en Normandie, il refuse pour des raisons familiales. Finalement, en 1982 après la victoire d'Alain Peyrefitte à Dreux, Robert Badinter abandonne définitivement l'idée de bénéficier d'un mandat au suffrage universel direct (P. Cassia, *Robert Badinter, un juriste en politique*, précité, pp. 156-158). C'est en 1995 qu'il se destine à une nouvelle carrière de sénateur.

[738] Cité par Paul Cassia (P. Cassia, *Robert Badinter, un juriste en politique*, précité, p. 158).

[739] R. Badinter, *L'abolition*, Fayard, Paris, 2000, 327 p., spéc. p. 67.

[740] Il faut néanmoins préciser que Robert Badinter n'entrera au gouvernement que le 23 juin 1981, c'est-à-dire seulement dans le deuxième gouvernement de Pierre Mauroy. Son prédécesseur, auquel la fonction semblait ne pas convenir, était Maurice Faure. Pour un témoignage précis de la nomination de Robert Badinter à la Chancellerie, voir C. Salzmann, *Le bruit de la main gauche : 30 ans d'amitié et de confidences politiques avec François Mitterrand*, Robert Laffont, Paris, 1999, 283 p.

[741] R. Badinter, *L'abolition,* Fayard, Paris, 2000, 327 p., spéc. p. 281.

2. Une nomination depuis longtemps voulue par François Mitterrand

301. Comme l'explique Dominique Rousseau, « *celui qui entre au Conseil constitutionnel en mars 1986, après cinquante-six mois passés au Ministère de la Justice, a donc derrière lui une œuvre qui, saluée par le comité des Droits de l'homme de l'O.N.U., lie son nom à la défense et l'élargissement des libertés* »[742]. En effet, son attachement profond aux libertés et aux combats pour les droits de l'homme, directement en lien avec la thématique juridictionnelle qu'il a fait sienne tout au long de son engagement auprès de François Mitterrand, oriente le choix du Président de la République.

302. Paul Cassia révèle que cette nomination avait été prévue des années auparavant par François Mitterrand, démontrant la force des liens personnels unissant les deux hommes et devant être compris comme déterminants dans la nomination du professeur de droit. Mitterrand l'avait semble-t-il planifiée à la suite des élections présidentielles de 1981 dans la perspective du renouvellement triennal de 1983[743]. L'auteur relate encore que « *le Président de la République interrogeait le Garde des Sceaux sur ses perspectives post-ministérielles, et suggérait à son ministre qu'il devrait aller au Conseil constitutionnel* »[744].

303. Le parcours politique de Robert Badinter aux plus hautes responsabilités ministérielles est essentiellement dû à ses rapports avec François Mitterrand et à une forme de « *parrainage présidentiel* » car, dans son cas, « *le facteur relationnel, celui des amitiés politiques, s'avère prépondérant* »[745]. Sa nomination au Conseil constitutionnel répond à la même dynamique : celle d'une nomination décidée depuis longtemps par François Mitterrand et due à la relation personnelle unissant le juriste technicien au Président de la République. Comme l'explique Dominique Rousseau, « *pas assez passionné de politique pour cultiver les qualités requises par la lutte électorale, il l'est suffisamment pour considérer que ses mérites lui donnent droit*

[742] D. Rousseau, *Sur le Conseil constitutionnel. La doctrine Badinter et la démocratie*, Descartes et Cie, Paris, 1997, 194 p., spéc. p. 36.

[743] P. Cassia, *Robert Badinter, un juriste en politique*, Fayard, Paris, 2009, 547 p., spéc. p. 394.

[744] *Idem*, p. 395. La proposition semble d'ailleurs se tinter d'une ironie grinçante si l'on connaît l'opinion extrêmement négative que Mitterrand avait du Conseil constitutionnel (F. Mitterrand, *Le coup d'état permanent*, Les Belles Lettres, Paris, 2010, 256 p.).

[745] M. Milet, *Les professeurs de droit citoyens. Entre ordre juridique et espace public, contribution à l'étude des interactions entre les débats et les engagements des juristes français (1914-1995)*, précité, p. 609.

à une fonction politique »[746]. C'est ce parrainage de Mitterrand, cette amitié politique, cette qualité relationnelle qui permettent à Robert Badinter l'accession à un poste politique et non pas le jeu des appareils politiques et de la lutte pour le pouvoir. De manière identique, François Mitterrand a révélé ce qui, pour lui, était essentiel dans l'acte de nomination au Conseil constitutionnel, en affirmant qu'aux « *critères objectifs s'ajoutent bien évidemment des critères subjectifs. Je les connais personnellement et j'ai quelques raisons, historiques ou politiques, dans le bon sens du terme, de les nommer* »[747].

304. Qu'il s'agisse de Marcel Waline ou de Robert Badinter, la relation privilégiée qui peut exister entre ces professeurs de droit et leur autorité de nomination permet ainsi de comprendre de quelle manière la force des liens personnels ont facilité leur nomination au Conseil constitutionnel. Ces liens personnels s'ancrent avant tout dans un engagement de type politique, auprès de personnalités dont la domination charismatique sur les institutions garantit aux professeurs de droit de pouvoir bénéficier d'une nomination dans une institution au sein de laquelle leurs compétences trouveront parfaitement à s'exprimer. Néanmoins, si l'influence des liens personnels renseigne sur une part des nominations, leur origine peut encore s'expliquer par le « *capital social* »[748] détenu par les professeurs de droit.

§ 2. La détention d'un « *capital social* »

305. Concept utilisé en sociologie, le « *capital social* » a notamment été défini par Pierre Bourdieu comme « *l'ensemble des ressources actuelles ou potentielles qui sont liées à la possession d'un réseau durable de relations plus ou moins institutionnalisées d'interconnaissance et d'inter-reconnaissance ; ou, en d'autres termes, à l'appartenance à un groupe, comme ensemble d'agents qui ne sont pas seulement dotés de propriétés communes (susceptibles d'être perçues par l'observateur, par les autres ou par eux-mêmes) mais sont*

[746] D. Rousseau, *Sur le Conseil constitutionnel. La doctrine Badinter et la démocratie*, Descartes et Cie, Paris, 1997, 194 p., spéc. p. 31.

[747] F. Mitterrand, cité par B. Fisch, *La nomination des membres du Conseil constitutionnel. Mise en perspective avec d'autres Cours constitutionnelles*, Mémoire de D.E.A., Université Paris I, 1995, 112 p., spéc. p. 80.

[748] P. Bourdieu, « Le capital social » in *Le capital social,* Actes de la recherche en sciences sociales, vol. 31, 1980, pp.2-3.

aussi unis par des liaisons permanentes et utiles »[749]. En somme, il représente l'ensemble des relations d'un individu dotées d'un certain pouvoir. Il s'agit d'une qualité créée entre acteurs, et non seulement une qualité propre aux individus[750]. Transcrit dans le champ de l'étude des raisons de la nomination des professeurs de droit au Conseil constitutionnel, ce capital se traduit par la constitution d'un réseau de relations qui assure au professeur de droit de bénéficier d'un lien politique favorisant directement ou indirectement sa nomination au Conseil constitutionnel.

306. A plus ou moins grande échelle, chacun des professeurs de droit nommés au Conseil constitutionnel bénéficie donc d'un « *capital social* » suffisant lui permettant d'intégrer la juridiction[751]. La structure des modalités de nomination, confiées discrétionnairement à trois autorités politiques, induit que les liens à l'origine du « *capital social* » des professeurs de droit sont avant tout de type politique[752], que ces liens soient institutionnalisés (A) ou non institutionnalisés (B).

A. L'influence des liens politiques institutionnels

307. Les liens politiques institutionnels se caractérisent par un ensemble de réseaux d'influence noués par le fait d'une grande proximité avec le pouvoir politique[753]. Le réseau social du professeur se déploie donc dans ce qui constitue l'institution politique.

[749] *Idem*, p. 2.

[750] R. S. Burt, « Le capital social, les trous structuraux et l'entrepreneur », *Revue française de sociologie*, 1995, vol. 36, pp. 599-628.

[751] En prolongement, la détention d'un capital social, « *capital de relations* », va fonctionner comme « *capital symbolique* », c'est-à-dire qui se situe « *dans l'ordre de la connaissance et de la reconnaissance* ». De ce fait, le « *capital social* » prédispose et va fonctionner comme « *capital symbolique* » (P. Bourdieu, *Sur l'Etat. Cours au Collège de France 1989-1992*, Seuil, Paris, 2012, 657 p., spéc. pp. 300-304). Dès lors, les professeurs de droit disposant d'un « *capital social* », c'est-à-dire d'un champ de relations utiles, seront assurés d'être perçus comme candidats légitimes au Conseil constitutionnel.

[752] D. Schnapper, *Une sociologue au Conseil constitutionnel*, précité, pp. 145-152.

[753] Le même phénomène se retrouvant d'ailleurs dans d'autres systèmes étrangers. En Italie, en Espagne et en Allemagne, les professeurs de droit sont plus nombreux, mais ils sont souvent recrutés pour leur proximité des politiques.

308. C'est le cas de Paul Coste-Floret, de Maurice-René Simonnet et de Jean-Claude Colliard. Les liens politiques institutionnels se caractérisent parfois par une carrière politique (1). En revanche, certains professeurs de droit, comme François Luchaire, se distinguent par un engagement militant n'ayant pas véritablement abouti à l'exercice d'une carrière politique. Néanmoins, cet engagement lui aura permis de nouer un ensemble de liens politiques contribuant à influencer sa nomination. Ces réseaux constituent, dans ce cas, l'assise utile à une nomination au Conseil constitutionnel (2).

1. La carrière politique

309. Elle se caractérise à titre principal, dans le cas des professeurs de droit nommés au Conseil constitutionnel, par la détention de mandats électifs nationaux ou locaux (a) ou la direction de cabinets politiques (b).

a. Les professeurs de droit détenteurs d'un mandat électif

310. L'exercice d'une carrière politique peut se définir d'abord par l'élection à un mandat national comme c'est le cas pour Paul Coste-Floret et Maurice-René Simonnet. Leur carrière académique s'efface ainsi largement derrière la carrière politique, offrant à ces deux membres du Conseil un profil essentiellement politique[754]. Le premier soutient une thèse de droit privé en 1935 sur *La nature juridique du droit de propriété d'après le Code civil et depuis le Code civil*. Néanmoins, il s'investit très tôt en politique. Agrégé en 1937 et nommé à la Faculté de droit d'Alger, il est mobilisé dans l'armée française en juin 1940. Maurice-René Simonnet, en revanche, est agrégé beaucoup plus tard, en 1968[755], ce qui signifie un accès tardif au corps

[754] « *La réorientation professionnelle s'effectue à travers l'investissement politique de l'universitaire, dont l'intégration à l'ordre et le parcours réussi peuvent même tendre parfois à effacer, en tout cas publiquement, l'affiliation à la figure de l'universitaire du droit : le professeur se fait homme politique* » (M. Milet, *Les professeurs de droit citoyens. Entre ordre juridique et espace public, contribution à l'étude des interactions entre les débats et les engagements des juristes français (1914-1995)*, précité, p. 595).

[755] Il est l'auteur d'une thèse de droit international portant sur *La Convention sur la haute mer adoptée à Genève le 29 avril 1958 par la Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer* (M.-R. Simonnet, *La Convention sur la haute mer adoptée à Genève le 29 avril 1958 par la Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer*, L.G.D.J., Paris, 1966, 292 p.).

professoral. Cela met en évidence le profil politique et la force des liens politiques institutionnels du futur membre du Conseil constitutionnel[756]. Héritiers des luttes politiques de la IV^{ème} République, ces deux professeurs de droit en ont conservé, sous la V^{ème} République, les relations et les ressources politiques. Démocrates-chrétiens engagés dans la Résistance, ils adhèrent dès les années quarante au M.R.P. qu'ils ne quitteront plus, au même titre qu'Alain Poher, leur autorité de nomination. Les deux professeurs de droit et leur autorité de nomination appartiennent dès lors à la même communauté politique de référence dont le parcours débute dans la Résistance[757] et se prolonge en politique au sein du même parti.

311. Comme beaucoup de professeurs de droit engagés dans la Résistance[758], ils embrassent, dès la Libération, une carrière politique dont la majeure partie se fera à l'Assemblée nationale[759]. Coste-Floret, démocrate-chrétien[760], adhère au M.R.P. dès sa création en 1944. Il est élu des deux assemblées constituantes en octobre 1945 et juin 1946 et devient la figure de proue du parti lors des débats constituants, défendant les positions du M.R.P. en faveur de l'instauration d'un véritable régime parlementaire[761]. Au cours de l'année 1946, le M.R.P., fort de ses positions et de ses succès électoraux, devient le parti majoritaire

[756] Il enseignera alors à la faculté de droit de Lyon. D'ailleurs, l'accès au corps de Simonnet ne le coupera jamais complètement de sa famille politique. Il fera en effet notamment soutenir une thèse en 1988 intitulée : *Le centre sous la V^{e} République* (J.-P. Lay, *Le centre sous la V^{e} République*, thèse dact., Université Jean Moulin, Lyon, 1988).

[757] Après la débâcle, Alain Poher s'engage dès 1941 en Résistance auprès du mouvement Libération Nord avec notamment Maurice Schumann, démocrate-chrétien, futur chef de file du M.R.P., dont il deviendra le chef de cabinet en 1946 (D. Ouvrard, *Alain Poher : l'autre force tranquille*, L'Harmattan, 2011, 209 p., pp. 25-29).

[758] Paul Coste-Floret créera notamment le mouvement *Combat outre-mer* développant des réseaux de résistance dans les zones occupées depuis Alger (M. Milet, « Paul Coste-Floret », in P. Arabeyre, J.-L. Halpérin, J. Krynen, (dir.), *Dictionnaire historique des juristes français XII^{e}-XX^{e} siècle*, P.U.F., Paris, 2ème éd., 2015, pp. 273-275). Maurice-René Simonnet, est lui aussi un ancien résistant, engagé auprès de la Jeunesse étudiante chrétienne. Son parcours se traduit ainsi par un engagement en politique moins précoce que celui de Coste-Floret. Il fonde sous l'Occupation, avec Gilbert Dru, les Jeunes chrétiens combattants et sera l'un des rédacteurs du manifeste du « *Mouvement républicain de Libération* », posant les bases idéologiques du mouvement démocrate-chrétien. Simonnet a été, avec Gilbert Dru et Georges Bidault, l'un des inspirateurs de la formation du M.R.P. issue de la réunion des mouvements de la Résistance catholique (P. Letamendia, *Le Mouvement Républicain Populaire. Histoire d'un grand parti français*, Beauchesne, Paris, 1995, 381 p., spéc. p. 56-59).

[759] Coste-Floret devient député M.R.P. de l'Hérault en 1945 ; il le restera jusqu'à sa démission en 1967. Simonnet est député M.R.P. de la Drôme de 1946 à 1962.

[760] Coste-Floret milite dès les années 1930 au sein des Jeunesses démocrates populaires, proches du Parti démocrate populaire, parti aux bases idéologiques chrétiennes, démontrant un engagement politique plus précoce que celui de Simonnet (M. Milet, « Coste-Floret Paul », in P. Arabeyre, J.-L. Halpérin, J. Krynen, *Dictionnaire historique des juristes français XII^{e} – XX^{e}*, précité, pp. 209-210, spéc. p. 209).

[761] Il est notamment l'un des opposants farouches au premier projet de constitution défendu par Pierre Cot et sa réputation lui vaudra de devenir rapporteur de la seconde.

en France. Les deux professeurs de droit en sont déjà deux figures majeures[762], ce qui leur assure l'accès à des postes au sein de l'exécutif. Coste-Floret devient en effet ministre de la Guerre de janvier à octobre 1947, puis ministre de la France d'Outre-mer de novembre 1947 à octobre 1949 ainsi qu'en juillet 1950. Il sera ministre de l'Information de janvier à mars 1952, ministre d'Etat en 1953 et finalement ministre de la Santé publique et de la Population de juin 1953 à juin 1954[763]. Simonnet, lui, devient secrétaire d'Etat du Gouvernement de Félix Gaillard de 1957 à 1958 quand Alain Poher, sa future autorité de nomination, obtient la même année le poste de Secrétaire d'État à la Marine[764].

312. L'avènement de la V^{ème} République n'entamera pas la carrière politique des deux professeurs de droit, malgré le recul des succès politiques du M.R.P. et l'opposition progressive au gaullisme[765]. En 1958, Coste-Floret et Simonnet votent avec le M.R.P. la confiance à de Gaulle à la suite de quoi seul Coste-Floret sera élu au Comité consultatif constitutionnel[766]. La position de Coste-Floret à la frontière du politique et du juridique lui permet d'ailleurs de bénéficier d'une double légitimité auprès du monde politique. Son action lors des deux constituantes en 1946 et l'influence de ses positions concernant la réforme des institutions font du professeur de droit privé un spécialiste des institutions politiques et du droit constitutionnel institutionnel[767]. Il faut remarquer qu'avant leur carrière universitaire, c'est d'abord leur engagement dans la Résistance qui permet à Paul Coste-Floret et Maurice-René Simonnet de s'inscrire dans la carrière politique. C'est d'ailleurs ce qui caractérise l'accès à la carrière politique pour beaucoup de parlementaires et de membres des Gouvernements de la IV^{ème} République mais aussi ce qui justifie la conservation de leurs mandats pour beaucoup de parlementaires au début de la V^{ème} République. Ainsi, « *on peut distinguer un bon nombre de vaisseaux et de ramifications de la capillarité socio-politique : instruction universitaire, expérience dans l'administration municipale ou départementale, collaboration à des journaux, action dans le parti, activité dans un syndicat ou une*

[762] Maurice-René Simonnet en deviendra le Secrétaire général de 1955 à 1963 (P. Letamendia, *Le Mouvement Républicain Populaire. Histoire d'un grand parti français*, précité, p. 237).

[763] A. Gavois, P. Martial (dir.), *Dictionnaire des parlementaires français. Notices biographiques sur les parlementaires français de 1940 à 1958*, La Documentation française, Paris, 1994, 458 p., spéc. pp. 195-197.

[764] D. Ouvrard, *Alain Poher : l'autre force tranquille*, précité, pp. 89-91.

[765] Voir P. Letamendia, *Le Mouvement Républicain Populaire. Histoire d'un grand parti français*, précité.

[766] Voir *supra* § 256.

[767] P. Letamendia, *Le Mouvement Républicain Populaire. Histoire d'un grand parti français*, précité, p. 334-335.

organisation professionnelle, vocation héréditaire, participation à la résistance contre l'occupant pendant la Seconde Guerre mondiale, pour la IV^e^ République »[768]. Après l'adoption de la Constitution du 4 octobre 1958, Coste-Floret retrouve son mandat de député jusqu'en 1967 puis devient conseiller général et surtout, Vice-président du Centre démocrate, mouvement centriste issu du M.R.P.[769]. En 1971, Alain Poher, qui entre-temps a été élu président du Sénat[770], nomme Coste-Floret au Conseil constitutionnel[771]. Quant à Maurice-René Simonnet, il conserve son mandat de député de la Drôme jusqu'en 1962 ainsi que son poste de Secrétaire général du M.R.P. jusqu'en 1963. Puis il devient député européen de 1979 à 1984, date à laquelle prend fin sa carrière politique et qui correspond à sa nomination au Conseil constitutionnel par Alain Poher[772]. Comme l'explique Dominique Schnapper, leur qualité de professeur de droit ne fut pas, dans leur cas, le titre premier qui leur valut leur nomination[773]. Cette dernière a largement été rendue possible par les liens politiques institutionnels noués dans le cadre d'une carrière politique ayant débuté dans la Résistance, en même temps que celle de leur autorité de nomination. Ces liens ne feront que se renforcer au sein d'un même parti politique – dans lequel ils étaient des personnalités de premier ordre – favorisant ainsi leur nomination au Conseil constitutionnel une fois leur carrière politique terminée[774].

313. L'exercice d'une carrière politique peut ensuite se caractériser par la détention de mandats locaux obtenus par un engagement militant, comme c'est le cas pour Nicole Belloubet. Après avoir soutenu à l'Université Paris I une thèse intitulée *Pouvoirs et relations hiérarchiques dans l'administration française*, sous la direction de Georges Dupuis, elle est reçue deuxième au concours d'agrégation de droit public de 1992. Elle adhère très tôt au Parti

[768] M. Dogan, « Les filières de la carrière politique en France », *Revue française de sociologie*, 1967, n° 4, pp. 468-492, spéc. p. 475.

[769] M. Milet, « Coste-Floret Paul », in P. Arabeyre, J.-L. Halpérin, J. Krynen, *Dictionnaire historique des juristes français XII^e^ – XX^e^*, précité, p. 210.

[770] Alain Poher est nommé président du Sénat en 1968 et le restera jusqu'en 1992.

[771] Il est nommé par le président du Sénat le 23 février 1971 (Décision n° 19, NOM du 23 février 1971, J.O.R.F. du 25 février 1971, p. 1891).

[772] Il est nommé le 9 octobre 1984 (Décision n° 39, NOM du 09 octobre 1984, J.O.R.F. du 10 octobre 1984, p. 3147).

[773] D. Schnapper, *Une sociologue au Conseil constitutionnel*, précité, p. 147.

[774] C'est ce que Dominique Schnapper nomme une « *semi-retraite* » des politiques. L'accès au Conseil constitutionnel peut ainsi constituer une retraite progressive de la vie politique pour des personnalités dont l'avenir politique est passé et les mandats électoraux terminés (*idem*, pp. 157-173).

Socialiste puis se présente aux élections municipales à Saint-Rémy-lès-Chevreuse dans les Yvelines en 1989 dont elle devient conseillère municipale socialiste jusqu'en 1996. Membre du Parti Socialiste, elle est nommée par Lionel Jospin entre septembre 1997[775] et mai 2000 Rectrice de l'académie de Limoges puis Rectrice de l'académie de Toulouse de mai 2000[776] à mars 2005. Elle embrasse donc une carrière de haut fonctionnaire, par nature proche du pouvoir politique. Mais les liens entretenus dans l'administration sont aussi d'ordre scientifique. L'investissement en politique du professeur de droit prolonge, en effet, des réflexions relatives à l'étude des évolutions de la haute fonction publique[777], aux services publics[778] et à ses personnels[779] ainsi que d'autres consacrées à la laïcité ou à l'égalité dans le système éducatif[780]. Le combat politique du professeur de droit public se matérialise dès lors à la fois par un engagement militant impliquant la détention de mandats locaux et par une position d'expert des questions juridiques utile à son parcours en politique. Elle sera ainsi chargée de rédiger deux rapports destinés au Ministère de l'Éducation nationale en 2001 puis en 2002[781]. En 2008, elle est élue première adjointe à la mairie de Toulouse, puis, élue au Conseil régional de la région Midi-Pyrénées, elle en devient première Vice-présidente chargée de l'Éducation, de l'Enseignement supérieur et de la recherche. Elle est finalement nommée en février 2013 membre du Conseil constitutionnel par Jean-Pierre Bel, sénateur de l'Ariège et

[775] Décrets du 25 septembre 1997 portant nomination de recteurs d'académie, J.O.R.F. du 27 septembre 1997, p. 14063.

[776] Décret du 4 mai 2000 portant nomination de recteurs d'académie, J.O.R.F. du 7 mai 2000, p. 6922.

[777] En effet, entre 1995 et 1996 elle est directrice de la recherche et des publications à l'Institut international d'administration publique. Elle est aussi Présidente du « Comité interministériel de pilotage de la convention de février 2000 pour la promotion de l'égalité des sexes dans le système éducatif » entre 2000 et 2005. Nicole Belloubet exerce encore des missions à l'étranger destinées à la formation des grandes fonctions de l'État au Cambodge, à l'École Royale de l'Administration de Phnom-Penh en 1995 puis en Sierra Leone, à Freetown, sur les besoins en formation de la haute fonction publique en 1996 et, enfin, dans certains pays d'Afrique francophone dans le cadre de l'Observatoire des fonctions publiques africaines au cours de la même année. Voir aussi N. Belloubet, G. Timsit, A. Claisse (dir.), *Les administrations qui changent : innovations techniques ou logiques nouvelles ?*, P.U.F., « coll. Politique d'aujourd'hui », Paris, 1996, 231 p.

[778] N. Belloubet, « Les services publics et l'Europe », in A. Lyon-Caen, V. Champeil-Desplats (dir.), *Services publics et droits fondamentaux dans la construction européenne*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », Paris, 2001 pp. 153-170 ; N. Belloubet, « Service public et droit communautaire », *A.J.D.A.*, 1994, n° 4, pp. 270-285.

[779] N. Belloubet, « De la précarité à la pérennité. Le statut des agents non titulaires de l'Etat », *A.J.D.A.*, 1990, n°12, pp. 851-862.

[780] N. Belloubet, « Pouvoir et relations hiérarchiques : l'exemple du ministère de l'Education nationale », in *Etudes en l'honneur de Gérard Timsit*, Bruylant, Bruxelles, 1998, pp. 235-244 ; N. Belloubet, « Le principe d'égalité », *A.J.D.A.*, 1998, n° spécial, pp. 152-164.

[781] N. Belloubet, « 30 propositions pour lutter contre les violences sexistes et sexuelles dans les établissements scolaires », *La documentation française*, Paris, 2001, 58 p. ; N. Belloubet, « 30 propositions pour l'avenir du lycée », *La documentation française*, Paris, 2002, 76 p.

président du Sénat[782]. Le parcours de Nicole Belloubet montre bien, encore une fois, l'impact des liens politiques institutionnels sur la nomination des professeurs de droit au Constitutionnel[783]. C'est d'ailleurs en ces termes qu'elle s'exprime sur sa nomination : « *Il n'y avait pas de logique à ce que je devienne membre de ce Conseil. Il y avait juste les conditions. Les circonstances ont fait le reste.* »[784].

314. Si elle se conçoit naturellement par le mandat électif, la carrière politique du professeur de droit peut encore s'expliquer par la direction de cabinets.

b. La direction de cabinets : Jean-Claude Colliard

315. Les liens politiques institutionnels peuvent encore s'expliquer par la direction de cabinets politiques. C'est le cas de Jean-Claude Colliard. Engagé dans les années soixante auprès des socialistes par le biais des Conventions des institutions Républicaines, le professeur de droit public dispose d'une forme précoce d'accès au monde politique[785]. A partir de l'élection de François Mitterrand à la présidence de la République, le professeur Colliard est associé à l'équipe présidentielle. Il est notamment chargé de réfléchir à l'organisation de la présidence de la République[786], son engagement militant se transformant alors rapidement en une prise de position stratégique au sein de l'entourage présidentiel. Jean-Claude Colliard évoque lui-même son entrée, dès l'élection de François Mitterrand, dans l'équipe technique du nouveau Président de la République : « *Je ne pensais pas un seul instant l'accompagner à l'Élysée* […] ; *peu d'entre nous s'étaient préparés à ce qui serait un*

[782] Décision n° 79 NOM du 21 février 2013, J.O.R.F. du 24 février 2013, p. 3151.

[783] Le journal *Le Monde* avait d'ailleurs rappelé à quel point la nomination de Nicole Belloubet avait réveillé « *les soupçons de copinage* » et « *d'État-PS* ». Les journalistes révélaient alors que l'argumentation de l'Elysée n'était pas très « *assurée en ce qui concerne Nicole Belloubet puisque cette universitaire est aussi élue (PS) et première vice-présidente du conseil régional de Midi-Pyrénées, la région de Jean-Pierre Bel, qui l'a proposée* » (P. Roger, T. Wieder, « Trois femmes siègeront au Conseil constitutionnel », *Le Monde* du 14 février 2013).

[784] « Nicole Belloubet. Bien sage », *Libération*, 12 mars 2013.

[785] M. Milet, *Les professeurs de droit citoyens. Entre ordre juridique et espace public, contribution à l'étude des interactions entre les débats et les engagements des juristes français (1914-1995)*, précité, p. 609.

[786] M. Schiffres, M. Sarazin, *L'Élysée de Mitterrand : secrets de la maison du Prince*, Éditions Alain Moreau, Paris, 1985, 413 p., spéc. p. 20.

changement de vie personnelle »[787]. Très tôt, il est chargé de choisir un certain nombre des collaborateurs directs du Président de la République[788]. Ainsi, entre 1981 et 1982, il est nommé directeur adjoint du cabinet de François Mitterrand[789], puis directeur de cabinet entre 1982 et 1988. Il sera finalement nommé directeur du cabinet de Laurent Fabius de 1988 à 1992, lors de son élection à la présidence de l'Assemblée nationale. Après avoir été réélu président de l'Assemblée nationale en 1997, Laurent Fabius nomme Jean-Claude Colliard membre du Conseil constitutionnel[790]. L'exercice de fonctions, même subalternes, au sein du cabinet du Président de la République, puis du président de l'Assemblée nationale, témoigne d'une position en retrait de l'appareil médiatique mais au plus proche du politique, Jean-Claude Colliard participant ainsi à l'« *institutionnalisation de l'administration politique* »[791]. Le rôle d'un chef de cabinet présidentiel présume un contact étroit avec l'ensemble de l'appareil exécutif et « *l'exercice de ces fonctions, qui suppose une vision d'ensemble, doit conduire à de bons contacts avec les interlocuteurs internes et externes à l'administration* »[792]. D'ailleurs, le fait de ne pas manquer de débouchés à la sortie des cabinets ministériels illustre bien l'importance des relations nouées et des opportunités qu'elles créent. En effet, ainsi que le démontre Christian Bigaut, « *les proches collaborateurs du pouvoir sont les premiers bénéficiaires du pouvoir discrétionnaire reconnu* […] *pour la nomination aux emplois de directions ou pour être bénéficiaires d'une recommandation permettant d'obtenir un débouché* »[793]. La nomination de Jean-Claude Colliard par le

[787] Témoignage de Jean-Claude Colliard lors de la table ronde organisée le 9 mars 2011 par la Fondation Jean Jaurès et l'Institut François Mitterrand (Cité par F. Vadillo, « Prendre le pouvoir : le joli mois de mai 1981 », *Note n° 88, Fondation Jean-Jaurès*, 2011, 11 p., spéc. p. 3).

[788] Il fut notamment chargé d'intégrer Jacques Attali, futur conseiller spécial de François Mitterrand : « *Je crois que François Mitterrand se méfiait du côté un peu « techno » de Jacques Attali. Mais il fallait tout de même l'intégrer à l'équipe, d'où l'idée de créer une cellule prospective qui, débarrassée des contingences de l'immédiat, serait chargée de réfléchir à l'avenir, aux grands projets du septennat, etc., avec la possibilité de recruter quelques collaborateurs personnellement alors que Mitterrand avait choisi d'assez près les collaborateurs de l'équipe principale* » (*idem*, p. 4).

[789] S. Cohen, « Les hommes de l'Elysée », *Pouvoirs*, n° 20, 1981, pp. 87-100.

[790] Il est nommé par Laurent Fabius le 21 février 1998 en remplacement de Jacques Robert (Décision n° 60, NOM du 21 février 1998, J.O.R.F. du 24 février 1998, p. 2863). Dans ce cas, la nomination apparaît aussi sous les traits d'une nomination d'équilibre, centrée sur la compétence juridique du membre nommé dans l'objectif d'assurer une forme de continuité dans la composition. Le départ d'un professeur de droit doit correspondre à l'arrivée d'un autre professeur de droit (voir *infra* § 357 et s.).

[791] L. Rouban, « *Les entourages de l'Élysée et de Matignon : 1974-1997* », *Revue administrative*, 1998, n° 304, pp. 530-537, spéc. p.537.

[792] C. Bigaut, *Les cabinets ministériels*, L.G.D.J., Coll. « Droit public », Paris, 1997, 215 p., spéc. p. 73. Voir aussi O. Schrameck, *Dans l'ombre de la République. Les cabinets ministériels*, Dalloz, Paris, 2006, 211 p.

[793] *Idem*, p. 178. Voir encore P. Mathiot, F. Sawicki, « Les membres des cabinets ministériels socialistes en France (1981-1993) recrutement et reconversion. Deuxième Partie : passage en cabinet et trajectoire

président de l'Assemblée, dont il avait été quelques années plus tôt le chef de cabinet, témoigne de l'importance des « *rapports plus ou moins étroit avec la politique* » et de l'influence déterminante des liens politiques institutionnels dans la nomination des professeurs de droit[794]. La position qu'il tient au centre de l'exécutif, puis au plus près du président de l'Assemblée nationale, a contribué à la constitution d'un réseau de relations politiques pour lesquelles ses compétences juridiques et son expérience des institutions étaient autant d'atouts pour exercer l'office de juge constitutionnel[795].

316. Si la carrière politique est une source de la constitution de liens politiques institutionnels, l'engagement militant offre au professeur de droit un ensemble de relations utiles, et parfois stratégiques, lui permettant d'être perçu comme un candidat légitime, voire attendu, au Conseil constitutionnel.

2. Le droit au service de l'action politique : François Luchaire.

317. La figure de l'expert est un trait caractéristique que l'on retrouve chez beaucoup des professeurs de droit nommés. Elle se caractérise par une volonté de servir le politique en proposant l'utilisation d'un savoir juridique au service de l'action politique. Elle aura assuré au professeur de droit de nouer un ensemble de liens politiques contribuant, *in fine*, à influencer sa nomination au Conseil constitutionnel.

professionnelle », *R.F.S.P.*, 1999, n° 2, pp. 231-264. Cette tendance se vérifie toutefois assez mal concernant l'accès au Conseil constitutionnel. Peu d'anciens membres de cabinets, excepté Jean-Claude Colliard, ont bénéficié, à leur sortie, d'une nomination au Conseil constitutionnel. Néanmoins, le choix de Jean-Claude Colliard démontre l'importance et le poids des liens politiques institutionnels pour l'accès au Conseil constitutionnel.

[794] D. Schnapper, *Une sociologue au Conseil constitutionnel*, précité, p. 151.

[795] Les mêmes raisons ont présidé au choix de Jean-Claude Colliard pour exercer les fonctions de chef de cabinet. Il explique d'ailleurs à ce propos : « *Je crois qu'il y avait une double recherche à la fois de fidélité politique et de compétence* » (Témoignage de Jean-Claude Colliard, cité par F. Vadillo, « Prendre le pouvoir : le joli mois de mai 1981 », précité, p. 5).

318. Après avoir œuvré dans la Résistance[796], François Luchaire apparaît rapidement comme un expert des questions constitutionnelles et particulièrement du statut juridique de l'Outre-mer. Il entre en effet dès 1943 au cabinet de Louis Jacquinot, commissaire à la marine au Comité français de la Libération nationale puis est recruté en 1952 en tant que chargé de mission dans le cabinet de Jacquinot pour le Ministère de l'Outre-mer[797]. Déjà, François Luchaire disposait d'un « *réseau relationnel, qui complétait l'action politique et administrative des Gouvernements de la IV^e^ République, fragilisée et secouée par les à-coups du tripartisme politique* »[798], ce qui lui vaudra d'être nommé conseiller technique au cabinet du président du Conseil en 1957 puis en 1958. Après avoir soutenu le retour du général de Gaulle en 1958, il entre de nouveau au cabinet de Louis Jacquinot en tant que chargé de mission, « *pour lui servir d'expert constitutionnel* »[799]. Jacquinot le présente en tant que commissaire du Gouvernement auprès du Comité consultatif constitutionnel. Son travail auprès du monde politique depuis 1943 conserve toujours sa dimension d'expertise juridique quelles que soient les fonctions qu'il exerce. Sa connaissance approfondie des problématiques juridiques et politiques liées à l'Outre-mer en fait un proche de Gaston Monnerville[800]. En effet, François Luchaire est investi dans les milieux politiques radicaux-socialistes, au même titre que Gaston Monnerville. En 1958, ce dernier avait d'ailleurs fréquemment sollicité Luchaire, l'invitant à participer à des réunions informelles concernant le projet de Constitution de la V^ème^ République. Luchaire l'assistera ainsi à l'Assemblée nationale pour la présentation de deux projets de loi concernant les pouvoirs spéciaux en Algérie et pour la

[796] Voir notamment à ce propos le récit qui en est fait par Marc Milet sur la base d'entretiens réalisés avec François Luchaire. Il constitue le témoignage le plus précis sur les conditions de l'engagement du professeur de droit public dans les réseaux de la Résistance à partir de 1943 (M. Milet, *Les professeurs de droit citoyens. Entre ordre juridique et espace public, contribution à l'étude des interactions entre les débats et les engagements des juristes français (1914-1995)*, précité, p. 261-262). Il entre alors dès 1943 au cabinet de Louis Jacquinot, commissaire à la marine au Comité français de la Libération nationale.

[797] Il sera, sous la V^ème^ République, nommé directeur de l'Institut des hautes études d'Outre-mer, poste qu'il occupera de 1960 à 1964 (P. Camou, « Regards d'amitié sur François Luchaire. Un républicain, un homme des lumières. L'influence par la pensée, la parole et l'action », in D. Maus, J. Bougrab (dir.), *François Luchaire, un républicain au service de la République*, Publications de la Sorbonne, Paris, 2005, pp. 219-255, spéc. p. 252).

[798] *Idem*, p. 222.

[799] G. Conac, « François Luchaire, décolonisateur », in D. Maus, J. Bougrab (dir.), *François Luchaire, un républicain au service de la République*, précité, pp. 109-120, spéc. p. 112.

[800] Très tôt dans sa carrière, François Luchaire s'est intéressé aux questions relatives au droit de l'Outre-mer, publiant dès 1949 un manuel de droit d'outre-mer (F. Luchaire, *Manuel de droit d'outre-mer. Union française, Afrique du Nord, territoires d'outre-mer, Indochine*, Sirey, Paris, 574 p.).

procédure de révision de la Constitution[801]. Sa nomination au Conseil constitutionnel en 1965 par Gaston Monnerville[802] concrétise donc l'investissement d'un professeur de droit au service de l'action politique. Paul Camou révèle d'ailleurs que sa nomination semble tardive tant sa compétence, sa notoriété et son action, « *depuis 1943, auprès d'un ministre du général de Gaulle à Alger et à Paris et […] son active participation aux travaux constitutionnels* » auraient dû le conduire plus tôt au Conseil constitutionnel[803].

319. La nomination des professeurs de droit est donc soumise à un ensemble de critères politiques qui se caractérisent par les réseaux noués par les futurs membres avec le monde politique. Ces liens politiques, tributaires du parcours de chacun d'entre eux, se définissent généralement par l'association d'une position d'expert juridique et d'un engagement dans la sphère politique. L'instrumentalisation de la compétence juridique des professeurs de droit se traduit par la constitution de relations utiles au plus proche du pouvoir politique, leur permettant d'être perçus par les autorités de nomination comme des candidats légitimes au Conseil constitutionnel.

320. Ceci dit, le « *capital social* » dont dispose le professeur de droit pour accéder au Conseil peut être aussi constitué par l'existence de liens politiques non institutionnalisés, donc par une distance plus grande vis-à-vis des institutions politiques.

[801] E. Jouve, « François Luchaire, serviteur de l'outre-mer », in D. Maus, J. Bougrab (dir.), *François Luchaire, un républicain au service de la République*, précité, pp. 121-129, spéc. p. 124.

[802] Décision n° 12, NOM du 23 février 1965, J.O.R.F. du 24 février 1965, p. 1547.

[803] Il précise d'ailleurs qu'en 1959, Jacques Chaban-Delmas avait pensé le nommer, mais qu'il s'était ravisé pour « *des raisons d'immédiate opportunité* » (P. Camou, « Regards d'amitié sur François Luchaire. Un républicain, un homme des lumières. L'influence par la pensée, la parole et l'action », précité, p. 253). Paul Camou le décrit ainsi : « *Animé par la passion du service public et la volonté au service de l'Etat, François Luchaire agit sur plusieurs plans : gestionnaire dans l'université, en représentation à travers le vaste monde, expert au service de la République* », traduisant bien l'influence de François Luchaire (*idem*, p. 122).

B. L'influence des liens politiques non institutionnels

321. La nomination des professeurs de droit au Conseil constitutionnel peut encore dépendre de la « *reconnaissance politique fondée sur la compétence* »[804]. Elle se caractérise alors par une intervention dans le débat sur les institutions à travers la mobilisation des compétences scientifiques des professeurs de droit. Par ce biais, certains d'entre eux entretiennent un réseau de relations politiques sans agir au plus près du pouvoir politique. Certains professeurs de droit nommés au Conseil constitutionnel se démarquent ainsi quelque peu des autres par leur profil d'universitaire non engagé en politique. Georges Vedel et Jacques Robert répondent à cette qualification. S'il est évident que leur renommée académique justifie leur nomination au Conseil constitutionnel, celle-ci s'explique aussi par la constitution de liens politiques non institutionnalisés, leur seule réputation académique ne suffisant pas à expliquer les raisons de leur nomination. Cette proximité non institutionnalisée envers le monde politique s'inscrit, dans le cas de Georges Vedel, dans une démarche proche de l'activité doctrinale du fait de sa participation au débat public et au soutien de l'ordre politique par l'expertise et le droit (1). Dans le cas de Jacques Robert, elle semble surtout s'expliquer par le soutien et la médiation d'autres professeurs de droit, eux-mêmes disposant des ressources politiques utiles à sa nomination (2).

1. L'expertise publicisée : Georges Vedel

322. Lorsque Georges Vedel est nommé membre du Conseil constitutionnel le 24 février 1980[805], il tient déjà une place essentielle dans le paysage juridique et politique français. Il participe à plusieurs séries de travaux, dont celui de la construction européenne[806], de la démocratie et de l'expertise sur les institutions politiques de la V^{ème} République. Les atrocités commises au cours de la Seconde Guerre mondiale, dont il fut le témoin, ont contribué à

[804] M. Milet, *Les professeurs de droit citoyens. Entre ordre juridique et espace public, contribution à l'étude des interactions entre les débats et les engagements des juristes français (1914-1995)*, précité, p. 415.

[805] Décision n° 33, NOM du 24 février 1980, J.O.R.F. du 26 février 1980, p. 595.

[806] J. Foyer, « Le droit communautaire, droit de professeurs français ? », *Revue d'Histoire des facultés de droit et de la science juridique*, 1992, n°13, pp. 201-216.

déterminer son engagement juridique[807]. Au cours des années cinquante, alors professeur à la Faculté de droit de Paris[808], il participe activement à la promotion antitotalitaire de l'idéal européen[809], particulièrement à travers sa participation à la revue *Preuves*, à la pointe de la critique du système communiste[810]. Cette promotion de l'idée européenne le conduit à prolonger la tradition des experts engagés auprès du monde politique en entrant en 1956 au cabinet de Maurice Faure[811], Secrétaire d'État aux Affaires étrangères, en tant que conseiller technique auprès de la délégation française lors des conférences pour la préparation du Marché commun[812]. Son expertise technique, mise au service d'une action politique, préserve néanmoins sa dimension juridique, conservant de la sorte une distance vis-à-vis de la carrière politique. Dans un entretien, Georges Vedel révèle d'ailleurs que Maurice Faure aurait tenté de le pousser vers la politique et lui aurait même réservé une circonscription. Vedel refusa, préférant sa carrière universitaire à la carrière politique et souhaitant « *demeurer un professeur à part entière* »[813]. Le professeur de droit qu'il est conserve ainsi une distance à l'égard d'un engagement qui se voudrait trop partisan.

[807] Il évoque lui-même son sentiment au sortir de la guerre, à la fin de sa période de détention : « *J'ai commencé à croire au droit à ce moment-là.* […]. *J'ai compris que le droit, même rudimentaire, même rugueux, est l'une des frontières entre l'homme et la bête* » (G. Vedel, « Itinéraire (I). Conversations avec Marc Riglet », Commentaire, n° 85, 1999, pp.5-18, spéc. p. 10).

[808] Il y est nommé en 1948 après avoir enseigné à la Faculté de droit de Poitiers entre 1937 et 1939 puis à Toulouse jusqu'à sa mobilisation en 1940, à l'issue de laquelle il passera cinq années dans un Oflag en Allemagne auprès de Jean Rivero et André Mathiot (N. Hakim, « Les années de captivité : le Professeur Jean Rivero ou la liberté en action (1939-1945) », précité ; G. Vedel, « Itinéraire (I). Conversations avec Marc Riglet », précité).

[809] Déjà en 1946, lors des débats sur les constituantes, Vedel avait défendu l'idéal d'une constitution libérale face à ce qu'il qualifiait de « *tradition marxiste* » (G. Vedel, « Existe-t-il deux conceptions de la démocratie ? », *Etudes*, janvier 1946, pp. 5-33), opposition qu'il s'emploiera à définir et à systématiser dans son manuel élémentaire de droit constitutionnel de 1949 (G. Vedel, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, précité ; voir encore ses cours donnés à l'Institut d'Etudes Politiques de Paris (G. Vedel, *Les démocraties marxistes*, Les Cours de droit, Paris, 1952-1953, 119 p.), qu'il renomme à partir de 1956 *Les démocraties soviétiques et populaires* (G. Vedel *Les démocraties soviétiques et populaires*, Les Cours de droit, Paris, 1956-1957, 234 p.).

[810] P. Grémion, « Preuves », in J. Julliard, M. Winock (dir.), *Dictionnaire des intellectuels français. Les personnes, les lieux, les moments*, Seuil, Paris, 2009, 1530 p., spéc. pp. 1124-1125.

[811] Maurice Faure enseignait à l'Institut d'études politiques de Toulouse, en même temps que Georges Vedel. C'est là qu'ils se lient d'amitié (G. Vedel, « Itinéraire (I). Conversations avec Marc Riglet », précité, p. 10).

[812] G. Vedel, « Itinéraire (I). Conversations avec Marc Riglet », précité.

[813] M. Milet, *Les professeurs de droit citoyens. Entre ordre juridique et espace public, contribution à l'étude des interactions entre les débats et les engagements des juristes français (1914-1995)*, précité, p. 355.

323. C'est une période féconde pour Georges Vedel car il devient l'une des figures emblématiques des grandes controverses constitutionnelles[814], et ce particulièrement à travers sa participation active et reconnue au sein d'un club de réflexion, le Club Jean Moulin. Ce Club, composé pour une faible part d'universitaires, a pour objectif de « *mettre au service de la société civile* » la « *capacité d'expertise* » de ses membres, « *tout en refusant de s'engager dans la compétition pour le pouvoir politique* »[815]. Apparu en 1958, le Club Jean Moulin, ancré à gauche, s'inscrit dans la lutte pour l'indépendance de l'Algérie et étend progressivement son travail à l'étude des institutions politiques de la V^{ème} République, étude dont Georges Vedel sera l'une des figures de proue. Il prend ainsi une part active en 1961[816] au débat concernant l'introduction du régime présidentiel, « *seul possible si on veut en France une démocratie viable* »[817], débat destiné à influencer l'opinion publique et le pouvoir politique sur la nécessité de son adoption. Georges Vedel, grâce à un canal de diffusion capable d'influencer le pouvoir politique, s'investit dans l'étude des grandes réformes constitutionnelles de la V^{ème} République, en militant depuis 1958 pour l'élection présidentielle au suffrage universel direct[818]. Usant d'une analyse technique des institutions et des grands débats constitutionnels, Georges Vedel dispose, grâce au Club Jean Moulin d'une large capacité de diffusion de ses propositions. En témoigne la publication collective d'un

[814] Voir notamment le point de vue de son expertise sur le régime politique de la IV^{ème} République (G. Vedel, « Comment assurer la stabilité ministérielle : quelques suggestions pratiques », *Le XXe siècle fédéraliste*, n°101, 1954, pp. 1-24).

[815] C. Andrieu, « Club Jean Moulin », in J. Julliard, M. Winock (dir.), *Dictionnaire des intellectuels français. Les personnes, les lieux, les moments*, précité, pp. 324-326, spéc. p. 325. Sur le club Jean Moulin et la participation active en son sein de Georges Vedel, voir C. Andrieu, *Pour l'amour de la République. Le Club Jean Moulin 1958-1970*, Fayard, Paris, 2002, 608 p.

[816] Club Jean Moulin, « Le régime présidentiel », *Bulletin*, n° 21, 1961 ; Club Jean Moulin, « Pour un vrai régime présidentiel », *Bulletin*, n° 31, 1962 ; G. Vedel, « L'inexpérience constitutionnelle de la France », *La Nef*, avril-juin 1961, pp. 5-14. Déjà en 1957, Georges Vedel fut l'auteur de deux articles consacrés à la nécessité de l'introduction en France d'un régime présidentiel, nécessité que l'évolution de la pratique des institutions dans le cadre de la V^{ème} République n'aura fait que conforter (G. Vedel, « Le régime présidentiel », *Revue des travaux de l'académie des sciences morales et politiques*, 1957, pp. 260-266 ; G. Vedel, « La France a besoin d'un régime présidentiel », *Entreprise*, n° 120, 1957, pp. 37-45).

[817] G. Vedel, « Préface », in P. Avril, *Un président pour quoi faire ?*, Club Jean Moulin/Seuil, Paris, 1965, 157 p., spéc. p. 10.

[818] G. Vedel, « Pour un exécutif élu par la Nation », *Revue politique des idées et des institutions*, n° 19, 1956, pp. 579-591 ; voir encore une série d'articles parus dans le journal *Le Monde* consacrés à l'organisation politique de la future Constitution du 4 octobre 1958 et particulièrement au mode d'élection du Président de la République (« I. - Faux diagnostics et faux remèdes », *Le Monde* du 19 juillet 1958 ; « II. L'exécutif », *Le Monde* du 21 juillet 1958 : « *Un chef de l'État qui ne sera même pas l'élu du blé et de la betterave, mais du seigle et de la châtaigne ! Est-ce l'image que l'on veut donner de la France 1958, du quatrième Grand ? Que demain quelque grande tension sociale traverse ce pays qui, quoi qu'on en pense, fait une crise de croissance, quelle sera l'autorité d'un homme dont on dira, malgré le secret des urnes, qu'il a dû son succès électoral à ce que le métallurgiste de Paris, le mineur de Flandre ou de Lorraine, le canut de Lyon, n'ont eu au chapitre qu'une voix mutilée ? Français à part entière : le terme ne s'appliquerait-il qu'outre-Méditerranée* ? »).

ouvrage en 1961, intitulé *L'État et le citoyen*, destiné à établir le manifeste pragmatique d'une refondation juridique de l'État démocratique[819]. À partir de 1963, une « *Commission institutionnelle* » chargée de l'étude prospective des réformes constitutionnelles est créée au sein du Club. Georges Vedel y participera et sera même le rédacteur le plus fréquent des problématiques constitutionnelles[820]. Cette commission sera l'occasion de rencontres avec le monde politique, contribuant un peu plus à la consolidation du réseau politique du professeur, devenu Doyen de la Faculté de droit de Paris[821]. Il prolonge son investissement en soutenant la candidature de Gaston Deferre lors des élections présidentielles de 1965[822]. Il sera même en charge – preuve d'un réseau de relations déjà bien établi – de la communication publique concernant les travaux menés par le Club Jean Moulin[823], relayant notamment par voie de presse les comptes rendus des travaux du Club[824]. L'influence de ce Club sur la dimension politique de l'activité intellectuelle du Doyen Vedel ne doit pas être sous-estimée, à tel point d'ailleurs que Delphine Dulong évoque le Club Jean Moulin comme une « *machine à politiser* », transformant les « *modes d'actions publics et les rapports entre les différents protagonistes du travail politique* »[825].

324. A la fin des années soixante, Georges Vedel semble privilégier l'expertise et les rôles d'arbitre technique. Son expertise est alors accueillie dans les domaines les plus divers. En 1969, il est ainsi nommé membre du Conseil économique et social, qu'il quittera en 1979[826].

---

[819] Club Jean Moulin, *L'Etat et le citoyen*, Club Jean Moulin/Seuil, Paris, 1961, 410 p.

[820] C. Andrieu, *Pour l'amour de la République. Le Club Jean Moulin 1958-1970*, précité, p. 268.

[821] Georges Vedel est élu Doyen de la Faculté de droit de Paris en 1962 ; son décanat prend fin en 1967.

[822] L'occasion lui est d'ailleurs donnée de prolonger son combat médiatique pour l'instauration d'un régime présidentiel à travers les colonnes du journal *Le Monde* par le commentaire d'un débat ayant opposé Pierre Mendès-France et Michel Debré : « *Pas un mot du régime présidentiel véritable, pas un mot de la possibilité de sortir peut-être du XIXe siècle et du fatigant et monotone balancement entre la toute-puissance de l'Élysée et celle du Palais-Bourbon, c'est-à-dire entre la monarchie et l'oligarchie* » (« Beau match, faux débat », *Le Monde* du 3 décembre 1965).

[823] M. Milet, *Les professeurs de droit citoyens. Entre ordre juridique et espace public, contribution à l'étude des interactions entre les débats et les engagements des juristes français (1914-1995)*, précité, pp. 355.

[824] Voir notamment, « Le club Jean Moulin condamne la dualité de l'exécutif dans l'actuelle Constitution », *Le Monde* du 18 juillet 1964.

[825] D. Dulong, *Moderniser la politique. Aux origines de la V*^{ème} *République*, L'Harmattan, coll. « Logiques Politiques », Paris, 1997, 291 p., spéc. p. 148.

[826] Georges Vedel avait déjà été l'auteur de cours et d'articles portant sur l'économie et plus largement sur l'économie politique (voir notamment un article rédigé au cours de sa période de captivité démontrant, malgré l'insuffisance des documents dans l'Oflag XVIII-A, l'étendue de ses compétences en matière d'économie politique, G. Vedel, « Impôt et emprunt », *Revue d'économie politique*, mars-avril 1947, pp. 216-272 ; voir aussi pour ses travaux ultérieurs J. Rivero, G. Vedel, *Les problèmes économiques et sociaux et la Constitution*

Edgard Faure, alors ministre de l'agriculture, lui confiera à la fin des années soixante la présidence d'une commission chargée d'évaluer, dans le cadre européen, la politique agricole[827]. L'investissement technique de Georges Vedel dans le débat public[828] et la sollicitation de son expertise juridique par certains représentants du pouvoir politique contribuent à façonner un ensemble de relations politiques, tout en lui permettant de conserver une position d'expert extérieur au pouvoir politique. Le professeur de droit se situe alors « *à l'intersection du champ intellectuel et du champ du pouvoir* »[829] et contribue à l'adaptation de l'ordre politique en tant que dispositif de médiation situé à « *l'intersection du politique et de la société* »[830]. Cette ressource apparaît alors comme très utile à la reconnaissance du professeur de droit en tant que candidat légitime à la nomination au Conseil constitutionnel. L'autorité de Georges Vedel « *dans toutes les branches du droit public étant unanimement reconnue* », sa nomination s'inscrit donc dans la continuité d'un parcours au travers duquel il a su constituer un réseau de liens politiques non institutionnels, par l'étendue de ses compétences et de leur diffusion. Valérie Giscard d'Estaing, son autorité de nomination, explique d'ailleurs ainsi son choix : « *Georges Vedel – d'abord c'est un homme très attachant, très brillant – dominait, à l'époque, le paysage constitutionnel, il y avait un poste à pourvoir, je n'ai pas cherché à savoir s'il était pour moi, contre moi etc., je me suis dit je vais nommer le meilleur, c'est ainsi que je l'ai nommé* »[831].

---

du 27 octobre 1946, Librairie sociale et économique, Paris, 1947, 61 p. ; G. Vedel, *L'économie européenne contemporaine*, Les Cours de droit, Paris, 1963-1964).

[827] G. Vedel, « Itinéraire (II). Conversations avec Marc Riglet », Commentaire, n° 86, pp. 345-355, spéc. p. 350.

[828] Voir en ce sens J. Arroyo, « Vedel et ses articles de presse : un juriste dans la Cité », *7ème printemps de la jeune recherche en droit administratif*, 3 juin 2015, à paraître.

[829] J. Chevallier, *Institutions politiques*, L.G.D.J., coll. « Systèmes », Paris, 1996, 207 p., spéc. p. 141. D'ailleurs, le dictionnaire des intellectuels français réserve une notice consacrée à Georges Vedel, signe d'une double renommée pour le professeur de droit, à la fois académique et dans le monde plus large des idées et de l'innovation politique (N. Roussellier, « Vedel (Georges) », in J. Julliard, M. Winock (dir.), *Dictionnaire des intellectuels français. Les personnes, les lieux, les moments*, précité, pp. 1396-1397).

[830] *Idem*, p. 139. Il faut indiquer qu'en 1965, Georges Vedel est mis à contribution dans le cadre d'un questionnaire destiné à être publié dans une revue de société dont le titre était : « *12 hommes politiques répondent à 12 questions* ». Par sa posture et son rôle d'expert, le professeur de droit est donc assimilé à un « *homme politique* ». Néanmoins dans la publication de ses réponses, il retrouve son titre de professeur de droit, signe d'une position au croisement de l'université et du monde politique (G. Vedel, « Les réponses du Professeur Georges Vedel », *La Nef*, n° 24, 1965, pp. 183-197).

[831] V. Giscard d'Estaing, « Discussion », in D. Maus, A. Roux (dir.), *30 ans de saisine parlementaire du Conseil constitutionnel*, Economica/P.U.A.M., Paris, 2006, pp. 18-27, spéc. p. 20.

325. Mais, parfois, lorsque le réseau politique du professeur de droit ne dépend pas entièrement de la diffusion de sa doctrine auprès du personnel politique, la nomination peut se révéler être le fruit de la solidarité du corps des professeurs. Cette situation apparaît particulièrement pour ceux que leur parcours place à la frontière du droit et de la politique, assurant ainsi une médiation entre l'autorité de nomination et le candidat.

2. Les solidarités du corps des professeurs de droit : Jacques Robert

326. Peu ou pas politisé, en tout cas n'affichant pas publiquement ses orientations politiques, Jacques Robert est lui aussi un professeur de droit dont la carrière est exclusivement académique. Néanmoins, sa nomination est nécessairement le produit d'une reconnaissance auprès du monde politique, incapable autrement de le considérer comme un candidat légitime. Il faut dire ici que la connaissance de la production scientifique universitaire par le monde politique est très rare. L'étanchéité des milieux nécessite dès lors que les idées constitutionnelles du professeur de droit puissent trouver un canal de diffusion le plus large possible. Dans le cas de Jacques Robert, cela correspond à une participation, par la mobilisation du savoir juridique du professeur de droit, aux débats sur les institutions politiques et juridictionnelles et les libertés publiques[832]. Depuis les années cinquante, il est ainsi un collaborateur occasionnel du journal *Le Monde*, dans les colonnes duquel il signera de nombreux articles consacrés au droit constitutionnel et aux libertés publiques. Sa dimension académique lui permettra, à partir de 1977, de diriger la *Revue du Droit Public et de la science politique* (R.D.P.) et il sera élu à la présidence de l'Université Paris II Panthéon-Assas entre 1979 et 1984[833]. Proche de Robert Badinter, Jacques Robert fut mis à contribution en 1976 pour la rédaction d'un livre que le Garde des Sceaux avait été chargé d'écrire pour le Parti Socialiste[834]. Il fut encore, au cours de l'année 1982, sollicité pour participer à une commission mise en place par Robert Badinter destinée à réformer le statut de la

[832] Voir sa thèse de doctorat préfacée par Marcel Waline, constituant d'ailleurs la première thèse publiée chez L.G.D.J. dans la collection « Bibliothèque de droit public », collection dirigée alors par Marcel Waline, J. Robert, *Les violations de la liberté individuelle commises par l'administration (le problème des responsabilités)*, L.G.D.J., coll. « Bibliothèque de droit public », Paris, 1956, 328 p.

[833] A propos de son élection à la présidence de Paris II, voir J. Robert, *Tu seras professeur…Récit*, L.G.D.J., Paris, 2012, 185 p., spéc. pp. 127-137.

[834] R. Badinter, *Liberté, libertés. Réflexions du comité pour une charte des libertés animé par Robert Badinter*, Gallimard Paris, 1976, 284 p.

magistrature[835]. Jacques Robert dispose donc d'une position privilégiée au sein de l'Université, principalement traduite en termes de reconnaissance académique. Il semble néanmoins, quelle que soit sa renommée académique en tant que professeur de droit, que la solidarité et la confiance du corps des professeurs, notamment de ceux qui se situent, par leur parcours, à la frontière du droit et de la politique, soient des éléments déterminants de la nomination de Jacques Robert. Il rapporte en effet que lors d'un arbitrage international, Georges Vedel aurait évoqué avec lui l'idée de sa nomination au Conseil constitutionnel[836]. Il poursuit : « *Me trouvant chez moi, je reçois un coup de téléphone de mon collègue et grand ami Jean-Claude Colliard qui était alors directeur de cabinet de Laurent Fabius m'informant que ce dernier serait très heureux de me recevoir le lendemain.* […]. *Je compris à mi-mots d'autant que je n'ignorais pas que Robert Badinter souhaitait me voir venir travailler avec lui. Après un entretien de quelques minutes avec le président de l'Assemblée, je le vois signer devant moi l'acte de nomination* »[837]. Bien que le parcours de Jacques Robert soit celui d'un professeur de droit public dont la carrière se fit essentiellement à l'université, il est émaillé d'un réseau d'influences utiles, particulièrement lorsqu'il se déploie en direction d'autres professeurs de droit capables de solliciter son entrée au Conseil constitutionnel auprès de l'une des trois autorités de nomination. En effet, au contraire de la haute fonction publique dont les membres n'appartiennent pas à un corps, les membres du Conseil constitutionnel continuent d'appartenir à un autre corps dans lequel ils ont défini « *leur identité professionnelle* »[838]. Par conséquent, Jacques Robert semble avoir bénéficié, par son exposition[839], du soutien des membres du corps, constituant autant de liens utiles et non institutionnalisés nécessaires à la nomination au Conseil constitutionnel.

327. Jacques Robert a su résumer la part nécessaire de liens politiques, même non institutionnels, qui déterminent une nomination au Conseil constitutionnel. Il précise ainsi qu'il n'est « *point indispensable d'appartenir au premier cercle, fermé, des intimes. Mais il*

[835] Magistrature - Commission d'études sur la réforme du statut de la magistrature et du Conseil supérieur de la magistrature : rapport final, A.N., 19960285/2 A 711.

[836] J. Robert, *Tu seras professeur…Récit*, précité, p. 142.

[837] *Ibidem*.

[838] D. Schnapper, *Une sociologue au Conseil constitutionnel*, précité, p. 183.

[839] « *Dire que je n'ai jamais pensé qu'un jour mon nom pourrait peut-être se trouver évoqué serait mentir. Qui surtout me croirait ? Mais j'estimais qu'il fallait attendre que les choses – si elles devaient se faire – viennent d'elles-mêmes* » (J. Robert, *La garde de la République. Le Conseil constitutionnel raconté par l'un de ses membres*, précité, p. 35).

sera difficile d'être nommé par une personne qui ne vous a nulle part rencontré. Ne jamais se trouver au premier plan ne signifie point se dissimuler systématiquement dans l'ombre. S'arranger pour faire savoir qui l'on est et apparaître quelquefois au grand jour pour que l'oubli ne vous enveloppe pas vaut beaucoup mieux que de vouloir envahir à tout prix la scène au risque de s'en faire expulser parce qu'on vous aura trop vu… »[840].

328. La seule compétence, variable incontournable et indiscutable, ne suffit pas à expliquer l'accès des professeurs de droit au Conseil constitutionnel. Il apparaît en effet que leur nomination peut s'expliquer, d'une part, par la force des liens personnels qui les unissent à leur autorité de nomination et, d'autre part, par l'influence de liens politiques institutionnalisés ou non institutionnalisés. Dès lors, si les critères politiques semblent essentiels pour comprendre une partie des raisons de la nomination des professeurs de droit au Conseil constitutionnel, ils ne l'expliquent pas à eux seuls. En effet, la nomination des professeurs de droit au Conseil constitutionnel repose également sur des critères d'équilibre.

Section 2. La part de critères d'équilibre dans la nomination des professeurs de droit

329. Lorsqu'elle est amenée à effectuer son choix, l'autorité de nomination est soumise à diverses contraintes. Ces dernières sont notamment liées à la conjoncture politique ou à la prise en compte de la composition du collège de jugement au moment de la nomination. La sélection d'un professeur de droit peut alors se révéler être le moyen d'assurer un équilibre de la formation collégiale. Cet équilibre relève d'une logique externe aux professeurs nommés et représente une autre caractéristique de leur accès au Conseil constitutionnel. D'après l'analyse de la pratique, l'équilibre recherché par la nomination d'un professeur de droit peut être de deux types, pouvant d'ailleurs se cumuler. Il peut ainsi être plutôt politique (§ 1) ou plutôt juridique (§ 2)[841].

[840] *Idem*, p. 31.

[841] Ici encore, il ne s'agit en aucun cas d'établir une classification des nominations, mais de procéder à leur analyse dynamique, de façon à dégager et expliciter plusieurs variables claires expliquant les raisons de la nomination des professeurs de droit.

§ 1. La recherche d'équilibre politique

330. La question de l'équilibre politique dans la composition des juridictions constitutionnelles s'inscrit dans l'histoire de leur création[842]. Lorsque l'on envisage l'étude des raisons de la nomination des professeurs de droit au Conseil constitutionnel, certaines d'entre elles sont orientées vers la recherche d'un équilibre politique dans la formation collégiale. Le choix d'un professeur de droit représente un double intérêt pour l'autorité de nomination. L'un est lié à la qualité de la nomination, justifiée par les compétences du membre choisi ; l'autre est celui de l'appartenance politique du professeur de droit, dont la prise en compte peut se révéler déterminante dans le choix opéré. Plus concrètement, l'analyse de la nomination des professeurs de droit permet de démontrer qu'à l'alternance politique électorale a pu correspondre une alternance politique au Conseil constitutionnel (A). Cette recherche clairement établie d'équilibre politique[843] a d'ailleurs parfois subi les feux roulants de la critique d'une politisation excessive de l'institution (B).

A. De l'alternance politique électorale à l'alternance politique au Conseil constitutionnel

331. Le mode de désignation des membres du Conseil, de même que leur renouvellement partiel tous les trois ans, peut coïncider avec une alternance politique démocratique. Les systèmes étrangers de désignation des juges à la suite d'une élection par les assemblées parlementaires à la majorité qualifiée garantissent une représentativité des principaux courants d'opinion politique dans la composition de la juridiction constitutionnelle. Cependant, en France, la composition est soumise aux « *hasards des alternances politiques* »[844]. Selon les majorités, la nomination des membres du Conseil constitutionnel peut alors s'inscrire dans une logique proche de la stratégie politique. Lors de l'alternance politique, la nomination de

[842] La question, centrale pour Hans Kelsen, des modalités de composition du Haut tribunal constitutionnel devant refléter une politisation maîtrisée et équilibrée en est la preuve (H. Kelsen, « La garantie juridictionnelle de la Constitution (la justice constitutionnelle) », précité).

[843] Encore une fois, il n'est pas question ici de préjuger de l'influence du lien politique sur les prises de position du professeur de droit au Conseil constitutionnel, mais simplement d'observer et de décrire la pratique de la nomination conçue parfois comme un moyen d'assurer un équilibre politique dans la formation de jugement.

[844] D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, précité, p. 60.

professeurs de droit appartenant à la même famille politique que leur autorité de nomination aura un avantage : celui d'associer au critère objectif de la compétence juridique le critère subjectif de la représentativité politique.

332. C'est le cas de la nomination de Robert Badinter, de Jean-Claude Colliard et de Nicole Belloubet[845]. Ces trois professeurs de droit associent à des critères objectifs de compétence un profil politique et ce d'autant plus que leur nomination intervient consécutivement à une alternance politique[846]. Jusqu'au renouvellement partiel des membres en 1983 et la nomination de Daniel Mayer à la présidence du Conseil par François Mitterrand, seules les droites gaulliste et centriste se partageaient la représentation politique au sein du Conseil[847]. Il est ainsi courant que l'alternance politique se double d'une alternance des postes à responsabilité dont la nomination est confiée discrétionnairement à des autorités politiques. L'accès des professeurs de droit au Conseil constitutionnel n'échappe pas à cette tendance.

333. Lors du renouvellement de1986, la nomination de Robert Badinter, engagé au Parti Socialiste et proche de François Mitterrand[848], s'inscrit bien ainsi dans la recherche d'un équilibre politique de la formation collégiale, initiée lors du renouvellement partiel de 1983. Certes, au moment de la nomination de Robert Badinter, la composition politique du Conseil constitutionnel est « *homogène* »[849]. Mais sa nomination fait suite à un affaiblissement

[845] Il serait possible d'associer François Luchaire à ces trois professeurs de droit. Néanmoins, la nomination de Luchaire répond à une autre logique et ne correspond pas à un épisode d'alternance politique. Seul professeur de droit radical-socialiste nommé au sein d'un Conseil constitutionnel composé exclusivement par des membres gaullistes ou de centre-droit, François Luchaire est avant tout un radical de gauche nommé par Gaston Monnerville, lui-même radical-socialiste. Il ne s'agit donc pas d'une nomination consécutive à une alternance politique.

[846] Il s'agit dans l'ordre de l'alternance présidentielle de 1981, de l'alternance à la présidence de l'Assemblée nationale de 1988 et enfin de l'alternance à la présidence du Sénat en 2011. Il s'agira donc d'évoquer à la fois les « *alternances totales* » et les « *alternances partielles* » (M.-C. Steckel, *Le Conseil constitutionnel et l'alternance*, L.G.D.J., Paris, 2002, 398 p., spéc. p. 10).

[847] Voir le tableau récapitulatif des membres du Conseil constitutionnel reprenant notamment les attributions politiques exercées par chacun d'entre eux (D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, précité, pp. 64-69).

[848] Voir *supra* § 297 et s.

[849] Notion empruntée à Jacques Meunier, évoquant dans une analyse stratégique du pouvoir du Conseil constitutionnel les hypothèses selon lesquelles il existerait un « *Conseil homogène* », donc politiquement majoritaire, et un « *Conseil hétérogène* » au sein duquel l'équilibre politique n'est pas net (J. Meunier, *Le pouvoir du Conseil constitutionnel. Essai d'analyse stratégique*, Bruylant-L.G.D.J., Bruxelles-Paris, 1994, 373 p., spéc. pp. 73-89).

électoral de la gauche. En effet, lors des élections législatives de mars 1986, il était prévu une défaite de la majorité socialiste. La nomination de Robert Badinter peut alors s'interpréter comme une « *mise en place préventive d'un dispositif institutionnel permettant à un chef de l'Etat ayant perdu la faculté de statuer, de garder celle d'empêcher* »[850].

334. Le même constat peut encore être fait pour la nomination en 1988 de Jean-Claude Colliard par Laurent Fabius. Ce dernier, qui venait d'être élu à la présidence de l'Assemblée nationale, succédait ainsi à Jacques Chaban-Delmas. La nomination du professeur de droit, ancien collaborateur de Laurent Fabius et militant au Parti Socialiste est bien une nomination cherchant à approfondir encore l'équilibre politique entre les membres du Conseil constitutionnel.

335. Enfin, en 2011, après la victoire du Parti Socialiste lors des élections sénatoriales, Jean-Pierre Bel devient président du Sénat. Dès le renouvellement de 2013, il nomme Nicole Belloubet, garantissant ainsi la présence au Conseil constitutionnel d'un professeur qui avait toute sa confiance politique. Cependant, il faut ajouter que la nomination de Nicole Belloubet relève aussi à n'en pas douter de la recherche d'une autre forme d'équilibre : l'objectif de parité entre les hommes et les femmes dans la composition de la juridiction constitutionnelle. En effet, lors du dernier renouvellement des membres du Conseil, chacune des trois autorités compétentes a proposé une femme à la nomination, élargissant ainsi la pratique du « *tiers féminin* »[851] lors de chaque renouvellement partiel[852].

336. Lorsque la nomination du professeur de droit répond à un choix guidé par la recherche d'un équilibre politique au Conseil constitutionnel, elle peut être l'objet de critiques, particulièrement par les membres du corps professoral, critiques donnant naissance à de vives controverses juridiques.

[850] D. Rousseau, *Sur le Conseil constitutionnel. La doctrine Badinter et la démocratie*, précité, p. 23.

[851] P. Avril, J. Gicquel, *Le Conseil constitutionnel*, précité, p. 67.

[852] Il s'agit de Nicole Maestracci, proposée par le Président de la République et de Claire Bazy-Malaurie nommée à nouveau par le président de l'Assemblée nationale. Parmi les soixante-quatorze membres que compte le Conseil depuis 1959, seules six femmes ont été nommées. Parmi elles, seule Nicole Belloubet est professeur de droit (P. Roger, T. Wieder, « Trois femmes siègeront au Conseil constitutionnel », *Le Monde* du 14 février 2013).

B. Un équilibre politique parfois controversé : la nomination de Robert Badinter à la présidence du Conseil constitutionnel

337. Lorsque François Mitterrand nomme Robert Badinter au Conseil constitutionnel en février 1986, c'est avec la ferme intention de le désigner comme président de la juridiction. C'est du reste ce qu'il fera le 19 février 1986[853]. Robert Badinter sera cependant nommé à ce poste en lieu et place de Daniel Mayer qui y avait pourtant été nommé en 1983[854] par François Mitterrand et qui - étonnamment - démissionna de sa fonction de président au profit de Robert Badinter (1). Les circonstances politiques de la nomination de Robert Badinter à la présidence du Conseil ont alors contribué à nourrir une controverse juridique[855] sur la présidence de l'institution (2).

1. Un président chasse l'autre

338. Les circonstances de la nomination de Robert Badinter sont particulières dans la mesure où elle fait suite à la démission de Daniel Mayer de la présidence du Conseil par une lettre remise au Président de la République. Nommé en 1983, son mandat ne devait expirer qu'en 1992. Daniel Mayer évoque dans ce document, publié par le journal *Le Monde*, un âge trop avancé pour continuer à exercer les fonctions qui lui avait été confiées. Tout en précisant l'admiration qu'il porte à Robert Badinter, il semble cependant accepter une demande de démission qui aurait été déjà planifiée à la demande du Président de la République, dans l'objectif de le remplacer par Robert Badinter[856]. Il faut d'ailleurs noter que la lettre rédigée

[853] Décision n° 43, NOM du 19 février 1986, J.O.R.F. du 20 février 1986, p. 2791.

[854] Décision n° 37, NOM du 21 février 1983, J.O.R.F. du 22 février 1983, p. 610.

[855] Si la controverse prit le terrain de l'argumentation juridique, elle se concentra majoritairement sur celui du politique. L'opposition fustigeait une nomination politique, un népotisme assurant à une personnalité de gauche – son statut de professeur de droit importait alors très peu – de conserver la présidence du Conseil constitutionnel jusqu'en 1995.

[856] « *Lorsque, il y a trois ans, vous m'avez proposé d'être président du Conseil constitutionnel, j'allais avoir soixante-quatorze ans. Il nous était alors apparu qu'il serait sage que je ne remplisse pas cette fonction jusqu'à son terme. Vous m'avez fait l'amitié de m'informer de votre intention de désigner Robert Badinter en remplacement d'André Ségalat dont le mandat vient à expiration. L'action exemplaire menée sous votre*

par Daniel Mayer ressemble de près, autant sur la forme que sur le fond, à la lettre de démission d'un Premier ministre. En l'occurrence, il s'agirait très probablement d'une démission par « *consentement mutuel* »[857]. Ainsi que l'indique Dominique Rousseau, « *comme dans les lettres de démission des premiers ministres de la V^ème^ République, chaque mot est pesé mais aucune certitude ne s'en dégage* […] *quel est le véritable responsable de la décision ? Est-ce une démission volontaire ou une démission sollicitée ?* ».

339. Paul Cassia relève que François Mitterrand avait, depuis quelques années déjà, envisagé la désignation de Robert Badinter à la présidence du Conseil, en plus de sa désignation comme membre. L'auteur rapporte ainsi qu'en 1983, lors d'un séjour au cours duquel Robert Badinter accompagnait le Président de la République à l'étranger, ce dernier lui aurait proposé la présidence du Conseil constitutionnel en dépit de la nomination quelques mois plus tôt à ce poste de Daniel Mayer et en présence de l'intéressé. Daniel Mayer aurait ainsi déjà donné son accord à la démarche proposée par le Président de la République[858]. C'est donc la première fois depuis 1959 qu'un président du Conseil en exercice démissionne durant son mandat sans atteindre son terme, mandat qui, jusque-là, a toujours correspondu à la durée de celui de membre, soit neuf ans. La manœuvre politique orchestrée par François Mitterrand est habile, car elle permet en effet à une personnalité de gauche, avec qui il a tissé des liens personnels, de conserver la présidence du Conseil constitutionnel non plus jusqu'en 1992, comme l'aurait voulu la pratique, mais jusqu'à la fin du mandat de membre du Conseil de Robert Badinter.

340. Les conditions politiques de la nomination de Robert Badinter à la présidence du Conseil expliquent ainsi l'ampleur prise par la critique. Sa désignation intervient en effet dans un climat électoral hostile au Parti Socialiste. Les élections législatives à venir en mars 1986 semblent extrêmement défavorables au pouvoir et préfigurent la première cohabitation de la

---

autorité par Robert Badinter au service de la justice et de l'État de droit m'inspire admiration et respect. Rencontrant, je le sais, votre sentiment, je considère que cette action et la force de ses convictions qualifient particulièrement Robert Badinter pour assumer la présidence du Conseil constitutionnel, garant du respect de la Constitution et des libertés fondamentales. C'est pourquoi, en vous remerciant de la confiance que vous m'avez témoignée, je vous prie de bien vouloir accepter ma démission de cette présidence » (« La lettre de démission de M. Daniel Mayer », Le Monde du 21 février 1986).

[857] D. Maus, « Démissions et révocations des ministres sous la Ve République », *Pouvoirs*, n° 36, 1986, pp. 128-131.

[858] P. Cassia, *Robert Badinter, un juriste en politique*, précité, p. 395.

V^{ème} République. La nomination du professeur de droit au poste jusqu'alors occupé par Daniel Mayer, trois ans avant la fin de son mandat, éveille le doute légitime d'une nomination politique qui donnera naissance à une controverse juridique.

2. Une « *Fraude à la Constitution* »[859] ?

341. La nomination de Robert Badinter à la présidence du Conseil constitutionnel met fin à la coïncidence entre la durée du mandat de membre du Conseil et la durée de la présidence. Comme l'indique Dominique Rousseau, « *cette coïncidence, jusque-là observée, n'est pas, il est vrai, prévue par les textes qui se contentent de disposer que le Président de la République nomme le président du Conseil sans préciser la durée des fonctions* »[860]. Cette nomination, dans un contexte politique « *fort soupçonneux* »[861], contribue à faire émerger du débat politique une controverse juridique.

342. C'est Maurice Duverger qui en est à l'origine. Il publie dans le journal *Le Monde* un article dénonçant la fin de la coïncidence des deux mandats qu'il considère pourtant comme « *nécessaire à l'indépendance du président* »[862]. Partant, Maurice Duverger s'appuie sur un argument d'autorité en citant à l'appui de sa démonstration la première édition du manuel de François Luchaire consacré au Conseil constitutionnel, selon lequel « *une nomination pour une durée inférieure à celle des fonctions de membre du Conseil n'est pas formellement interdite par les textes : mais elle est contraire à leur esprit* »[863]. Pour Duverger, la substitution d'un président à un autre par le jeu des nominations constitue une atteinte à « *l'esprit de la Constitution* » et, quelles que soient les circonstances qui la motivent, elle

[859] M. Duverger, « Une Fraude à la Constitution », *Le Monde* du 22 février 1986. Duverger y reprend étrangement le titre d'un article de Georges Liet-Veaux relatif à l'étude des actes juridiques, conformes à la lettre de la Constitution mais matériellement inconstitutionnels. L'auteur concluait en justifiant les actes constitutionnels du régime de Vichy (G. Liet-Veaux, « La fraude à la Constitution. Essai d'une analyse juridique des révolutions communautaires récentes : Italie, Allemagne, France », *R.D.P.*, 1943, pp. 116-150).

[860] D. Rousseau, *Sur le Conseil constitutionnel. La doctrine Badinter et la démocratie*, précité, p. 25.

[861] *Ibidem*.

[862] M. Duverger, « Une Fraude à la Constitution », précité.

[863] F. Luchaire, *Le Conseil constitutionnel*, précité, p. 76.

devra s'analyser comme un « *droit de révocation déguisée* » du Président de la République[864]. Il y aurait donc pour Maurice Duverger une dissociation entre le mandat de membre de Robert Badinter qui devra s'exercer pendant neuf ans et son mandat de président qui ne pourra s'exercer que dans le temps qu'il restait à Daniel Mayer pour achever le sien. Dans le cas contraire, il s'agirait d'une « *fraude à la Constitution, par le détournement de ses moyens licites à des fins illicites* »[865].

343. Pour avoir été cité à l'appui de l'argumentation sans concession de Maurice Duverger, François Luchaire lui apporte la contradiction dans les colonnes du même journal[866]. Il rappelle d'abord la nature juridictionnelle du Conseil constitutionnel, écartant la critique de Duverger d'un organe politique que l'orientation du débat sous-tendait. Reprenant l'argumentation de ce dernier point par point, Luchaire s'y oppose et la déconstruit. L'esprit de la Constitution impose que la pratique de la coïncidence des deux mandats se traduise par la nomination de Robert Badinter en qualité de président durant la totalité de son mandat de membre du Conseil. Au contraire, « *nommer un président du Conseil constitutionnel pour une durée inférieure à celle de son mandat de membre du Conseil aurait été contraire à l'esprit de la Constitution, puisque cela aurait incité l'intéressé à solliciter le renouvellement de sa présidence* »[867]. La démission du président en exercice ne peut en aucun cas s'interpréter comme une manœuvre politique ni donc servir de prétexte à une critique juridique concernant la durée du mandat des membres du Conseil constitutionnel.

344. Mais, bien loin de ne représenter qu'une nomination guidée par la recherche d'un équilibre politique, l'accès des professeurs de droit au Conseil constitutionnel répond aussi, et le plus souvent, à la recherche d'une forme d'équilibre juridique.

---

[864] M. Duverger, « Une Fraude à la Constitution », précité.

[865] *Ibidem*.

[866] F. Luchaire, « La nomination de M. Badinter au Conseil constitutionnel - Réponse à Maurice Duverger », *Le Monde* du 26 février 1986.

[867] Plus loin dans son article, François Luchaire insiste : « *S'il veut donc rester fidèle à la citation – qu'il approuve – de mon ouvrage, Maurice Duverger devrait donc dire au contraire que le président du Conseil constitutionnel est nommé pour toute la durée de son mandat de membre du Conseil et, dans le cas de Robert Badinter, par conséquent pour neuf années* » (*ibidem*).

§ 2. La recherche d'équilibre des professions juridiques

345. Si l'on postule que la compétence juridique du professeur de droit est toujours la raison première de sa nomination, la recherche d'un équilibre des professions juridiques suppose que l'autorité de nomination tienne compte dans son choix de la composition du Conseil au moment de la nomination, de l'impact politique de sa décision ainsi que de l'intérêt de l'institution.

346. Bon nombre de juristes de profession ont été nommés au Conseil constitutionnel, mais les professeurs de droit le furent dans des proportions bien plus faibles que les professions judiciaires, qu'il s'agisse des magistrats[868] ou des avocats[869]. La nomination d'un professeur de droit peut alors être le moyen de parvenir à un équilibre dans la formation collégiale entre les professions juridiques. Ce sont donc les circonstances entourant la nomination du professeur de droit qui importeront. Celles-ci peuvent, d'une part, inciter l'autorité de nomination à choisir un professeur de droit au cours d'une période où l'institution n'en comptait aucun (A). D'autre part, la nomination du professeur de droit peut être perçue comme le moyen d'assurer une continuité dans la composition du Conseil, un professeur de droit terminant son mandat se voyant remplacer par un autre (B).

A. Les choix de circonstance

347. Les nominations de René Cassin et de Nicole Belloubet s'apparentent à des choix de circonstance. La raison de la nomination du premier tient non pas, comme il serait possible de l'imaginer, à sa proximité envers le général de Gaulle, mais bien plus à son expérience et à ses compétences juridiques ainsi qu'à sa personnalité incontestée durant la période tourmentée de l'installation d'une juridiction très critiquée dans sa composition (1). La nomination de Nicole Belloubet semble trouver un écho similaire. Elle se démarque certes de René Cassin par son

[868] Parmi eux, il est notamment possible de citer Georges Dubois, Guy Canivet, Renaud Denoix de Saint-Marc et plus récemment encore Nicole Maestracci.

[869] Parmi eux, Jean Cabannes qui fut premier avocat général à la Cour de cassation, Robert Lecourt ou Jacqueline de Guillenchmidt qui fut aussi conseiller d'Etat.

engagement en politique, mais le Conseil constitutionnel ne comptait plus en 2007 de professeur de droit parmi ses membres. Il était dès lors de la plus grande importance que le renouvellement partiel de 2013 garantisse à nouveau l'accès d'un professeur de droit au Conseil (2).

1. René Cassin

348. Le choix de ce professeur de droit de la France libre fut bien un choix incontestable, tant du fait de l'expérience de René Cassin que des conditions entourant sa nomination. Premier professeur de droit à accéder au Conseil constitutionnel, il est un gaulliste modéré nommé par un président du Sénat opposant du gaullisme (a), sa nomination intervenant dans une période où le Conseil constitutionnel est vigoureusement critiqué dans sa composition (b).

a. Le choix d'un gaulliste modéré

349. Le 18 juin 1960, René Cassin est nommé membre du Conseil constitutionnel par Gaston Monnerville, alors président du Sénat[870], en remplacement de Maurice Delépine décédé en cours d'année. Il sera logiquement renommé par Monnerville le 17 février 1962 à la fin du mandat que Maurice Delépine aurait dû accomplir, conformément à l'article 12 de l'ordonnance du 7 novembre 1958[871]. Le choix de Gaston Monnerville semble à première vue ressembler à une erreur. Il repose apparemment sur un « *paradoxe* »[872] politique : René Cassin est toujours demeuré un allié fidèle de de Gaulle. En revanche, Gaston Monnerville apparaît très tôt comme un opposant à la pratique des institutions initiée par de Gaulle en 1958. Radical-socialiste, Monnerville, en tant que Président de la Chambre haute, défend

[870] Il est président du Sénat de 1958 à 1968 et avait déjà été Président du Conseil de la République de 1947 à 1958.

[871] Article 12 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel : « *Les membres du Conseil constitutionnel désignés en remplacement de ceux dont les fonctions ont pris fin avant leur terme normal achèvent le mandat de ceux qu'ils remplacent. A l'expiration de ce mandat, ils peuvent être nommés comme membres du Conseil constitutionnel s'ils ont occupé ces fonctions de remplacement pendant moins de trois ans* ».

[872] J. Robert, « René Cassin au Conseil constitutionnel », précité, p. 93.

l'idéal modérateur d'une « *République sénatoriale* »[873]. Dès 1959, le président du Sénat soutient les prérogatives de l'institution face à l'empiètement de l'exécutif sur ses compétences, particulièrement flagrantes au cours des premières années de la présidence de de Gaulle. Le point d'orgue de leurs dissensions intervient lors de la crise de 1962[874]. Ainsi que l'explique Jacques Robert, « *le général de Gaulle et ses premiers ministres ont recherché pour siéger dans cette nouvelle institution des personnalités dont la fidélité au gaullisme était sans faille. Or, par un curieux paradoxe, le fidèle gaulliste qu'était René Cassin, fut nommé par le seul décideur qui, alors, ne l'était point pleinement* »[875]. Pourtant, ce choix relève d'une véritable logique d'équilibre.

350. En effet, René Cassin n'a jamais adhéré à ce qu'il convient d'appeler le « *gaullisme partisan* ». Les gaullistes fidèles sont reconnus comme étant plus des « *compagnons* » que des partisans. Cassin n'adhèrera jamais au R.P.F. dont il ne soutenait pas l'action. Comme le soulignent certains historiens, « *beaucoup plus nombreux sont les hommes et les femmes issus de la France libre à rester à l'écart du R.P.F. Comment ne pas citer des noms de compagnons de guerre qui n'ont jamais adhéré au gaullisme partisan, comme René Cassin* »[876]. Certes, depuis 1940, l'engagement de Cassin auprès de de Gaulle est total[877] mais sa fidélité politique revêt une forme autre que partisane. Le professeur de droit tient cet attachement réciproque à de Gaulle aux années de combat et à l'héritage de la France libre. Ainsi que l'ont remarqué Antoine Prost et Jay Winter, « *la France libre avait créé, entre de Gaulle et lui, un lien assez fort, fait d'estime, de considération, de confiance et même d'une sorte d'amitié de la part de de Gaulle, de fidélité, d'admiration, de respect, d'une sorte de complicité et d'une grande liberté de la part de Cassin* »[878]. Il n'est donc pas un partisan zélé du mouvement gaulliste, n'étant qu'un allié du général de Gaulle dont la fidélité s'ancre dans les souvenirs de la France libre et dans le fond commun de la Résistance. Juridiquement, c'est son influence

[873] Fabien Conord, « De la "République sénatoriale" à la "forfaiture". Le Sénat et la Ve République 1959-1962 », *Histoire@Politique. Politique, culture, société,* n°12, 2010, pp. 1-15, www.histoire-politique.fr.

[874] Pour un aperçu des querelles entre Monnerville et de Gaulle, voir G. Monnerville, « Une révision constitutionnelle est-elle nécessaire ? », *Revue Politique et Parlementaire*, 1961, n° 711 pp. 3-6 ; voir encore Gaston Monnerville, *Vingt-deux ans de présidence*, Plon, Paris, 1980, 477 p.

[875] J. Robert, « René Cassin au Conseil constitutionnel », précité, p. 93.

[876] B. Lachaise, « Qu'est-ce qu'un compagnon ? », in S. Berstein, P. Birnbaum, J.-P. Rioux (dir.), *De Gaulle et les élites*, La Découverte, Paris, 2008, pp. 62-73, spéc. p. 68.

[877] Voir *supra* § 218 et s.

[878] A. Prost, J. Winter, *René Cassin*, précité, p. 264.

déterminante après-guerre sur la rédaction de la Déclaration Universelle des Droit de l'Homme et du Citoyen[879] contribue à octroyer une caution morale et juridique à sa nomination au Conseil constitutionnel.

351. La nomination de René Cassin semble traduire une pratique des nominations propre aux Présidents du Sénat, souvent orientée vers l'équilibre de la composition de la juridiction constitutionnelle et l'indépendance d'esprit des membres choisis. Les choix des présidents se sont ainsi majoritairement portés sur des professionnels du droit. La volonté affichée par Gaston Monnerville d'orienter les nominations dans le sens d'une « *régulation juridictionnelle plus efficiente* »[880] guida donc son choix vers René Cassin, professeur de droit qui n'a jamais été membre d'un parti politique, d'un Gouvernement[881] ni même d'une assemblée parlementaire.

b. Un équilibre juridique nécessaire

352. Depuis les premières nominations de 1959, le feu de la critique s'est largement dirigé vers la politisation de l'institution et l'absence de juristes compétents[882]. L'âge, l'indépendance et le manque de compétence des membres lors des premières nominations de mars 1959 suscitèrent l'hostilité de la presse et de la doctrine, les critiques soulignant d'ailleurs l'absence de professeurs de droit parmi les membres nommés au Conseil constitutionnel. Léon Noël, alors Président du Conseil, précise : « *Les professeurs de droit nous guettaient, et cela d'autant plus qu'aucun d'entre eux n'avait été appelé à siéger au Conseil constitutionnel* »[883]. Yves Beauvois rapporte les propos de Léon Noël quant à la compétence des membres de ce premier Conseil constitutionnel. Dès le 1er mars 1959, Léon

[879] Sur cette question voir particulièrement, A. Prost, J. Winter, *René Cassin et les droits de l'homme : le projet d'une génération*, Fayard, Paris, 444 p., spéc. pp. 269-318.

[880] F. Laffaille, *Le Président du Sénat depuis 1875*, L'Harmattan, coll. « Logiques Juridiques », Paris, 2003, 402 p., spéc. p. 259.

[881] A l'exception notable du Comité Français de Libération Nationale mais qui s'inscrit bien plus dans l'engagement résistant que dans un engagement en politique.

[882] Ch. Eisenmann, « Palindromes ou stupeur ? », *Le Monde* du 5 mars 1959 ; voir aussi M. Duverger, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 5e éd., 1960, précité, spéc. p. 649.

[883] L. Noël, *De Gaulle et les débuts de la Ve République1958-1965*, Plon, Paris, 1976, 310 p., spéc. p. 36.

Noël décrivait un « *pauvre Conseil constitutionnel* » composé de membres « *indésirables* » et « *sans valeur* »[884]. Il semble de plus que lors des premières séances suivant ces nominations, le Président du Conseil fut « *catastrophé* »[885] par le manque de compétence des membres. Il était dès lors dans l'esprit de tous qu'il fallait nommer dans l'institution des personnalités de la plus haute compétence juridique, et plus particulièrement des professeurs de droit. La nomination de René Cassin par Gaston Monnerville dès 1960 semble par conséquent combler un vide en créant un équilibre au sein de la juridiction constitutionnelle. Les compétences de René Cassin, qu'il venait de mettre au service du Conseil d'Etat[886], furent particulièrement louées par Léon Noël, précisant que « *la nomination de René Cassin, agrégé de droit et Vice-président du conseil d'État, fut infiniment heureuse. On ne saurait assez rendre hommage à ses éminentes qualités, à sa compétence juridique, à sa haute conscience, à sa droiture et à son sens de l'État* »[887]. En sus d'avoir participé activement à l'élaboration de la Constitution, en 1958, Cassin avait été nommé président de la Commission constitutionnelle provisoire, chargée de statuer sur le contentieux de l'élection des députés et des sénateurs, et ce avant même la mise en place définitive du Conseil constitutionnel. Entre décembre 1958 et février 1959, cette commission rendra quatre-vingt-dix-neuf décisions[888]. De ce fait, Cassin aura participé à poser les jalons de la jurisprudence en matière de contentieux électoral que le futur Conseil constitutionnel aurait à traiter. Alors Vice-président du Conseil d'État, Cassin avait été chargé de présider le Conseil constitutionnel provisoire et de proclamer officiellement l'élection de Charles de Gaulle à la Présidence de la République le 8 janvier 1959[889].

353. Fort de son expérience acquise après plus de dix années passées à la tête du Conseil d'Etat, Cassin accède donc au Conseil constitutionnel. Bien qu'agrégé de droit privé, son parcours ainsi que sa connaissance du droit et des institutions tombent à point nommé. L'absence effective de jurisprudence, de techniques de contrôle ou de procédure devant le

[884] Y. Beauvois, *Léon Noël de Laval à de Gaulle via Pétain (1888-1987)*, Presse Universitaires du Septentrion, Paris, 2001, 468 p., spéc. p. 375.

[885] *Ibidem*.

[886] Sur la fonction de Vice-président du Conseil d'Etat exercée par René Cassin, voir Catherine Teitgen-Colly, « René Cassin, Vice-président du Conseil d'État », in *De la France libre aux droits de l'homme. L'héritage de René Cassin*, La Documentation française, Paris, 2009, pp. 55-84 ; voir aussi A. Prost, J. Winter, *René Cassin*, précité, pp. 319-357.

[887] L. Noël, *De Gaulle et les débuts de la V^ème^ République1958-1965*, précité, p. 36.

[888] J. Robert, « René Cassin au Conseil constitutionnel », précité, p. 94.

[889] *Ibidem*.

Conseil constitutionnel nécessitaient de s'inspirer des méthodes du Conseil d'État, particulièrement dans la rédaction des décisions comme dans l'ensemble du travail juridictionnel[890]. Léon Noël confirme d'ailleurs l'importance de la nomination de René Cassin lorsqu'il précise qu'avant celle-ci, « *le Conseil d'État, sa jurisprudence et jusqu'à son langage éveillaient la susceptibilité de la plupart, au point qu'il convenait d'éviter de s'y référer* »[891]. À compter de cette date, il sera un référent utile à la formalisation du travail juridictionnel du Conseil constitutionnel, d'autant plus qu'« *en désignant René Cassin, on choisissait une personnalité incontestée, à droite comme à gauche, dont la carrière avait été exclusivement juridique* »[892].

2. Nicole Belloubet

354. La nomination du professeur Belloubet contribue également à mettre fin à l'absence totale de professeur de droit au Conseil constitutionnel depuis le remplacement de Jean-Claude Colliard en 2007. Cette nomination répond donc à un impératif : nommer à nouveau un professeur de droit, et renouer avec une pratique constante depuis la nomination de René Cassin.

355. L'absence de professeur de droit fut amplifiée par les critiques doctrinales qui l'accompagnaient. Dominique Rousseau, par exemple, après une étude des « *tendances actuelles de la composition* »[893], regrettait l'absence de professeur de droit depuis le départ de Jean-Claude Colliard. De façon identique, Jean Gicquel estimait que dans le cadre de l'entrée en fonction, la pratique des nominations avait été « *bonifiée* » par le choix de la complémentarité et de la proportionnalité entre juristes et politiques. Il fustigeait toutefois la mise à l'écart de cette pratique depuis 2007, au profit d'une « *emprise des politiques* » et

[890] Sur les apports du Conseil d'État au Conseil constitutionnel, voir notamment G. Vedel, « Réflexions sur quelques apports de la jurisprudence du Conseil d'État à la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Mélanges René Chapus.* Droit administratif, Montchrestien, Paris, 1992, pp. 647- 671 ; voir aussi S. Leroyer, *L'apport du Conseil d'État au droit constitutionnel de la V^e^ République. Essai sur une théorie de l'État*, précité.

[891] L. Noël, *De Gaulle et les débuts de la Ve République1958-1965*, précité, p. 36.

[892] J. Robert, « René Cassin au Conseil constitutionnel », in *De la France libre aux droits de l'homme. L'héritage de René Cassin*, La Documentation française, Paris, 2009, pp. 93-99, spéc. pp. 93-94.

[893] D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, précité, p. 62.

redoutait une « *involution* », la présence des chefs des Cours souveraines ne pouvant effacer l'absence de professeurs de droit[894]. Pour certain auteurs, l'absence de professeur de droit depuis le départ de Jean-Claude Colliard contrevenait à la pratique établie depuis 1960 consistant à assurer la présence d'au moins un professeur de droit dans la composition du Conseil constitutionnel[895]. La nomination de Nicole Belloubet contribua dès lors à renouer avec une pratique des nominations consistant à garantir la présence d'au moins un professeur de droit au sein de la juridiction constitutionnelle, et intervint comme un facteur légitimant de la composition du Conseil.

356. S'il est logique de rechercher un équilibre juridique susceptible de garantir la présence d'un professeur de droit dans un collège n'en comptant aucun, la nomination des professeurs de droit peut de surcroît être exercée dans le but d'assurer la continuité de leur accès à l'institution. Par période et de fait, la place reviendrait à un universitaire en remplacement d'un autre.

B. Le choix de la continuité

357. Un certain équilibre se dessine, en raison des fonctions exercées avant la nomination au Conseil ou des spécialités des membres choisis. Les renouvellements triennaux semblent ainsi être parfois l'occasion de garantir une forme de continuité socio-professionnelle dans la formation collégiale. Si l'on observe l'ensemble des nominations des professeurs de droit, 40% d'entre elles garantissent la continuité de leur accès au Conseil constitutionnel. Autrement dit, dans un certain nombre de cas, un professeur de droit en fin de mandat sera remplacé par un autre. Ainsi, Paul Coste-Floret sera nommé en remplacement de René Cassin au cours de l'année 1971. Georges Vedel succèdera à François Goguel[896] en 1980. En 1988,

[894] J. Gicquel, J.-E. Gicquel, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Montchrestien, coll. « Domat droit public », Paris, 29ème éd., 2015, 860 p., spéc. p. 762.

[895] P. Pactet, F. Mélin-Soucramanien, *Droit constitutionnel*, Sirey, Paris, 33ème éd., 2014, 643 p., spéc. p. 504 ; H. Roussillon, *Le Conseil constitutionnel*, précité, p. 19.

[896] Bien que François Goguel ne soit pas professeur agrégé des Facultés de droit, il reste un universitaire, diplômé de l'Ecole libre de science politique.

Alain Poher nomme Jacques Latscha[897], compensant le départ de Maurice-René Simonnet la même année. Les autorités de nomination semblent donc privilégier la continuité quant au profil des membres pour les sièges à pourvoir, particulièrement en ce qui concerne les professeurs de droit. Aussi, en 1989, la fin du mandat de Georges Vedel correspond à la nomination de Jacques Robert. Cette nomination annonce une pratique visant au maintien de professeurs de droit au Conseil. De manière identique, en 1998, Jean-Claude Colliard remplace Jacques Robert dont le mandat venait de prendre fin. Ainsi, la présence des professeurs de droit au Conseil constitutionnel n'a jamais été complètement ignorée et a été parfois conçue dans l'optique d'assurer un équilibre dans la composition du Conseil constitutionnel.

358. La mise en place de cet usage met en évidence une donnée fondamentale : les autorités de nomination semblent avoir pris conscience de la nécessité d'assurer la présence au Conseil des professeurs de droit. Elle révèle l'acclimatation des acteurs institutionnels à la juridictionnalisation de l'institution et à la diffusion d'une culture de la constitutionnalité. À l'absence d'encadrement suffisant des nominations pourrait succéder une pratique éclairée des nominations, orientée vers la compétence juridique et la nature du profil des membres. La recherche d'un équilibre de la représentation des professions juridiques par une pratique visant la continuité d'accès des professeurs de droit au Conseil constitutionnel en est probablement la meilleure illustration.

[897] Il existe très peu de documentation concernant Jacques Latscha sinon une notice publiée par Bertrand Risacher (B. Risacher, « Jacques Latscha », *Nouveau dictionnaire de biographie alsacienne*, vol. 46, Fédération des sociétés d'histoire et d'archéologie d'Alsace, 2006, p. 4766). Il soutient en 1954 une thèse intitulée : *Les conflits de lois en matière de sociétés commerciales au Maroc* à la Faculté de droit de Paris. Diplômé de l'Institut d'études politiques de Paris, docteur en droit privé, il est agrégé des Facultés de droit en 1967. Jacques Latscha enseigne toute sa carrière à la Faculté de droit de Poitiers et en devient titulaire de la chaire de droit constitutionnel en 1971. Son parcours fut essentiellement celui d'un chef d'entreprise proche des milieux M.R.P. Dirigeant ou administrateur de nombreuses sociétés depuis 1951, éditorialiste à *La Vie française* de 1952 à 1967, Jacques Latscha avait milité dans sa jeunesse au M.R.P., avant d'être nommé au Conseil constitutionnel en août 1988 par Alain Poher.

Conclusion du chapitre 2

359. L'analyse des nominations des onze professeurs de droit au Conseil constitutionnel permet de révéler un trait commun : les choix effectués par les autorités de nomination ne s'expliquent jamais seulement par de stricts motifs centrés sur la compétence juridique. Si cette compétence est bien l'élément fondamental expliquant les raisons de leur nomination, celle-ci relève encore de deux logiques distinctes correspondant à deux critères stables et non exclusifs.

360. Les nominations s'expliquent tout d'abord par le parcours et les nœuds de relations propres à chacun des professeurs de droit. Le trait commun ici est la proximité plus ou moins grande des professeurs de droit avec le monde politique. Le premier élément fiable correspond donc aux critères politiques de la nomination, l'influence de ces critères se révélant comme un élément déterminant de la nomination des professeurs de droit. D'une part, les parcours de chacun d'entre eux peuvent se caractériser par la force des liens personnels unissant le professeur à son autorité de nomination. D'autre part, ces parcours peuvent s'inscrire dans une démarche plus proche de l'activité doctrinale, par la participation au débat public et au soutien de l'ordre politique grâce à l'expertise et au droit. Les liens politiques ainsi créés peuvent être institutionnalisés ou non institutionnalisés. Néanmoins, ils s'ancrent souvent dans un réseau né du militantisme politique. Robert Badinter milite dès les années 1960 au parti socialiste par le biais des Conventions des institutions républicaines, Jean-Claude Colliard s'engage par le même biais, Marcel Waline adhère dès 1947 au R.P.F., Paul Coste-Floret et Maurice-René Simonnet sont deux cadres du M.R.P., Jacques Latscha militera un temps au M.R.P., François Luchaire au parti radical-socialiste. Seuls René Cassin, Georges Vedel, et Jacques Robert semblent ne pas avoir clairement milité au sein d'un parti politique. Que ces liens soient personnels, institutionnels ou non institutionnels, ils constituent un réseau de relations politiques utiles à la nomination.

361. Leur nomination est ensuite soumise à des contraintes extérieures aux professeurs de droit. Celles-ci sont déduites de la conjoncture politique ou de la composition du Conseil constitutionnel au moment de la nomination. Dans ce cas, la sélection du professeur de droit

est le moyen d'assurer une forme d'équilibre dans le collège de jugement. Il existerait alors deux manifestations propres à la recherche de cet équilibre. L'analyse de la pratique des nominations des professeurs de droit révèle que l'équilibre recherché peut être tout d'abord politique. La désignation d'un professeur est alors le moyen de garantir ou d'approfondir la représentation politique de la formation de jugement. Ensuite, l'équilibre recherché peut être professionnel, que l'autorité de nomination désigne un professeur de droit au cours d'une période où l'institution n'en comptait aucun ou qu'elle contribue à assurer une continuité dans la composition du Conseil, un professeur de droit terminant son mandat se voyant remplacé par un autre.

Conclusion du titre 2

362. L'étude de l'accès des professeurs de droit au Conseil constitutionnel a permis d'entrevoir que leur présence limitée au Conseil constitutionnel trouvait ses causes au-delà du Conseil constitutionnel. En effet, progressivement, l'expertise de ces universitaires a été dévalorisée créant un climat défavorable à leur accès au Conseil constitutionnel. Alors, qu'ils ont joué un rôle majeur dans l'ingénierie constitutionnelle de la IV^{ème} République, leur assurant même d'accéder au Comité constitutionnel, malgré des modalités de nomination qui laissaient imaginer le contraire, le processus constituant de la V^{ème} République se caractérise par une rupture entre les professeurs de droit et la naissance des institutions. Ils sont tenus pour responsables de l'échec de la Constitution de 1946 à laquelle, il est vrai, ils prirent une part considérable. Lors de l'avènement de la V^{ème} République, les professeurs de droit se trouvent dépassés par des légistes appartenant à la haute fonction publique. Ils sont alors très peu sollicités, parfois exclus des débats constituants. Ces raisons extérieures permettent alors d'expliquer pourquoi, dans ces conditions, la question de l'accès des professeurs de droit à l'institution n'aura probablement jamais traversé l'esprit des constituants, dont la conception de la justice constitutionnelle était pour le moins réductrice.

363. Pourtant malgré ce constat, onze professeurs de droit ont été nommé au Conseil constitutionnel. L'analyse des raisons de leur nomination aura permis de démontrer qu'elles s'appuient, au-delà du critère commun de la compétence juridique, sur deux critères stables. L'un se caractérise par sa nature politique, la nomination s'expliquant soit par les liens personnels qui unissent le professeur nommé à son autorité de nomination, soit par son réseau politique, lui assurant un « *capital social* » ayant favorisé sa nomination. L'autre peut être défini comme un critère d'équilibre. Dans ce cas, la nomination du professeur de droit est un moyen d'approfondir l'équilibre politique de la formation collégiale, ou bien un moyen d'assurer un équilibre dans la représentation des professions juridiques au Conseil constitutionnel. Ces critères apparaissent comme les éléments les plus stables expliquant leur nomination et permettant de comprendre les difficultés de l'accès des professeurs de droit au Conseil.

Conclusion de la première partie

364. L'accès des professeurs de droit au Conseil constitutionnel est révélateur des ambiguïtés et des défauts de la composition de la juridiction constitutionnelle française. Le pouvoir de nomination des membres du Conseil constitutionnel n'est en effet soumis à aucune condition substantielle. Contrairement à la plupart des systèmes étrangers, l'accès au Conseil constitutionnel dépend exclusivement d'un choix libre et discrétionnaire des trois autorités de nomination. En somme, il n'existe aucune condition en termes de compétences, d'expérience ou de profil des membres, aucune règle spéciale ne facilitant la nomination des professeurs de droit au Conseil constitutionnel. L'inexistence de règles favorisant l'accès des professeurs de droit à l'institution constitue d'ailleurs désormais un handicap à l'approfondissement du caractère juridictionnel du Conseil constitutionnel, particulièrement au vu de la transformation de la nature du contentieux constitutionnel. Certes, l'accès au Conseil reste ouvert aux professeurs de droit. Cependant, les règles françaises d'accès à la juridiction constitutionnelle constituent une exception au regard des modèles étrangers. Dès lors, l'adoption d'une clause spéciale de compétence, inspirée d'expériences étrangères, aurait l'avantage de déterminer avec précision quelles professions seraient représentées au sein de la formation collégiale. La compétence juridique serait ainsi garantie par la définition constitutionnelle du profil des juges. L'appartenance à une catégorie socio-professionnelle déterminée correspondrait, en termes de formation et de compétences, à l'exercice des fonctions du juge constitutionnel. Cet encadrement bénéficierait formellement aux universitaires, l'appartenance à la catégorie des professeurs de droit intervenant comme une condition de nomination.

365. Pour autant, compte tenu de la liberté dont jouissent les autorités de nomination, l'accès des professeurs de droit au Conseil constitutionnel a été très limité. L'explication réside d'abord dans le constat d'une relégation de la figure du professeur de droit lors de l'installation de la V^{ème} République. Contrairement à la IV^{ème} République qui a consacré le rôle des professeurs de droit, particulièrement lors de son instauration, la V^{ème} République marque une rupture entre les professeurs de droit et les institutions, le recours à l'expertise universitaire s'affaiblissant largement. Cet affaiblissement a pesé directement sur les réseaux d'influence des professeurs et ce particulièrement au moment de la création du Conseil

constitutionnel. Ces raisons conjoncturelles ont contribué à limiter la nomination des professeurs de droit au Conseil constitutionnel. Une autre explication réside ensuite dans une donnée structurelle. Les conditions de nomination, comme le profil politique des autorités de nomination, permettent en effet de comprendre les raisons pour lesquelles le choix de ces autorités s'est porté sur les professeurs de droit nommés. La compétence juridique est une donnée structurant l'ensemble des nominations des professeurs de droit. Pourtant, deux critères généraux et non exclusifs structurent la nomination des professeurs de droit. Le premier est de nature politique, et détermine le processus de nomination des professeurs de droit. Le second critère permet d'assurer un équilibre dans la composition de la juridiction.

366. Une fois nommés, ces juristes universitaires vont être confrontés à l'expérience de participer directement, en tant que conseiller constitutionnel, à la fonction de juger. C'est donc à l'étude de leurs rôles spécifiques au Conseil constitutionnel qu'il convient désormais de s'intéresser. Les procès-verbaux des décisions du Conseil constitutionnel constitueront à cet égard un outil d'analyse indispensable. Il s'agira donc de déceler et de définir les apports et l'éventuelle originalité de l'office de juge constitutionnel tel qu'il a été exercé par ces professeurs de droit, de façon à déterminer précisément si leur présence a véritablement constitué une valeur ajoutée pour le Conseil constitutionnel.

Partie 2.

Les professeurs de droit et l'office de juge constitutionnel

> *« Pendant très longtemps j'ai regardé la jurisprudence administrative ou constitutionnelle de l'extérieur, et j'ai essayé de la comprendre pour en tirer des enseignements que je devais communiquer à mes étudiants, de la commenter et parfois d'apporter mon point de vue personnel. Puis je me suis trouvé plongé dans un univers tout à fait différent qui est celui de membre d'une juridiction (n'hésitons pas à prononcer le mot) devant statuer sur un cas concret et qui, à ce moment-là, est dans un état d'esprit évidemment tout à fait différent du professeur, de l'auteur, du commentateur ».*
>
> *G. Vedel, « Doctrine et jurisprudence constitutionnelles », R.D.P., 1989, n° 1, pp. 11-17, spéc. p. 11.*

367. En entrant au Conseil constitutionnel, la tâche à laquelle se trouvent confrontés les professeurs de droit est d'une infinie délicatesse. Elle consiste à « *passer de la critique, facile, de décisions rédigées par les autres à la délicate tâche de contribuer à les élaborer soi-même* »[898]. La prise des fonctions semble inviter cependant à une identification et une conformation rapide aux règles qui s'appliquent au juge constitutionnel[899]. Le professeur de droit abandonne une part de sa liberté universitaire pour devenir un juge. Il doit alors se conformer à une éthique[900], entreprendre d'appliquer et de construire une méthode nouvelle. Son cadre d'analyse est désormais circonscrit par la résolution du cas d'espèce et sa liberté est encadrée par l'impératif juridictionnel et par les règles de la collégialité. Pour autant, l'examen des procès-verbaux des décisions du Conseil constitutionnel entre 1960 et 1988[901] montrent que les professeurs de droit, en disposant de solides compétences techniques, disposent d'une position stratégique[902]. Leur formation et, pour une grande partie d'entre eux,

---

[898] J. Robert, « Témoignages d'anciens du Conseil constitutionnel », in *Le Conseil constitutionnel a 40 ans*, L.G.D.J., Paris, 1999, pp. 37-53, spéc. p. 38.

[899] J.-J. Chevallier, « Le juge constitutionnel et l'effet Becket », in *Renouveau du droit constitutionnel : Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Dalloz, Paris, 2007, p. 83 à 95.

[900] G. Drago, « Ethique et déontologie du juge constitutionnel français », *D.*, Chron., 1999, pp. 263-269.

[901] Sur les contraintes induites par l'ouverture légale des archives pesant sur le travail de recherche voir *supra* § 54.

[902] Pour exemple, le président du Conseil constitutionnel attribue et a souvent attribué la charge de rapporteur des affaires les plus délicates à des juristes de profession et particulièrement aux professeurs de droit : « *Il y a, pour le président, une autre manière d'atteindre un résultat équivalent, une manière de satisfaire tout à la fois les impératifs techniques et stratégiques, c'est de privilégier dans l'attribution des rapports ceux qui, au sein du Conseil, expriment avec le plus de vigueur la nécessité de s'en tenir à une appréciation purement juridique des affaires à trancher, les juristes qui en sont membres* » (J. Meunier, *Le pouvoir du Conseil constitutionnel. Essai d'analyse stratégique*, précité, pp. 191-192).

leur autorité scientifique en font des membres « *immédiatement opérationnels* »[903]. La maîtrise du langage juridique et des concepts juridiques clés, s'associe en effet à une compétence juridique déduite de la formation du professeur, lui conférant un « *capital symbolique* » que, précisément, les professeurs tiennent d'une « *compétence technique juridiquement garantie, qui donne autorité et autorisation pour se servir de savoirs plus ou moins scientifiques* »[904].

368. La création du Conseil constitutionnel coïncide avec la nécessité pour les membres de la nouvelle institution d'élaborer une jurisprudence constitutionnelle. Les professeurs de droit nommés au Conseil constitutionnel ont eu alors l'occasion de faire œuvre créatrice puis d'approfondir les principes dégagés. En s'attachant à définir leurs apports au Conseil constitutionnel, on peut se demander si les professeurs de droit ont véritablement marqué durablement de leur empreinte l'institution dans son organisation, son travail et sa jurisprudence. Il s'agira alors, par l'étude du processus d'élaboration des décisions, de traiter des apports des professeurs de droit tant à la méthode du juge constitutionnel (Titre 1) qu'à son œuvre (Titre 2).

[903] D. Schnapper, *Une sociologue au Conseil constitutionnel*, précité, p. 167.

[904] P. Bourdieu, *Homo academicus*, Les éditions de minuit, 1984, 317 p., spéc. p. 89.

Titre 1.

Les apports à la méthode du juge constitutionnel

369. Le travail du juge constitutionnel peut aujourd'hui se prévaloir de méthodes juridictionnelles bien définies garantissant un contrôle de la constitutionnalité des lois efficace. Toutefois, en 1958, le Conseil constitutionnel est une institution nouvelle au sein de laquelle les membres vont devoir, dans le cadre restrictif établi par les constituants, construire une jurisprudence. Faute d'expérience, il a été nécessaire pour ces juges de concevoir une méthode, conçue comme « *un instrument d'élaboration du droit* »[905].

370. La composition de l'institution, comme l'étendue incertaine de ses compétences, aurait pu laisser croire à ce que les juges adoptent une conception politique du rôle du Conseil constitutionnel. Pourtant, les archives des délibérations démontrent que, progressivement, le Conseil constitutionnel s'est distingué par le choix de méthodes d'interprétation particulières et par une construction jurisprudentielle marquée par des débats en séance d'une grande rigueur juridique. En entrant au Conseil constitutionnel, les professeurs de droit, à l'exception de René Cassin, n'ont pas d'expérience dans ce qui constitue le travail du juge. Pour autant, en s'attachant à comprendre le raisonnement mené par le juge constitutionnel, il est évident que les professeurs de droit ont largement contribué à la construction et l'affinement des méthodes du juge constitutionnel. Les procès-verbaux des délibérations fournissent ainsi le cadre d'analyse idoine pour qui souhaiterait comprendre les ressorts de l'élaboration des décisions. Comme l'expliquait Roger Latournerie, « *le juge, avant de vaquer aux œuvres de logique, est fréquemment réduit à forger ses propres instruments, et parfois même à se procurer jusqu'aux prémices de son raisonnement. Ce travail préalable représente, dans bien des cas, la plus difficile part de sa besogne. C'est là que son habileté et sa virtuosité technique, dans le sens le plus favorable de ces termes, produisent le meilleur de leurs effets* »[906].

371. Les professeurs ont su très rapidement se conformer à la logique du juge, la formation du juriste et de l'universitaire prédisposant à une certaine logique juridique se présentant « *non comme logique formelle, mais comme une argumentation qui dépend de la manière*

[905] F. Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, tome 1, L.G.D.J., Paris, 2ème éd., 1919, 446 p., spéc. p. 7.

[906] R. Latournerie, « Essai sur les méthodes juridictionnelles du Conseil d'Etat », in *Le Conseil d'Etat. Livre jubilaire publié pour commémorer son cent-cinquantième anniversaire, 4 nivôse an VIII-24 décembre 1949*, Sirey, Paris, 1952, pp. 177-276, spéc. p. 232.

dont les législateurs et les juges conçoivent leur mission, et de l'idée qu'ils se font du droit et de son fonctionnement »[907]. L'autorité juridique des professeurs de droit et la position symbolique qu'ils occupent au Conseil constitutionnel ont contribué à rendre effectif un précepte : le juge doit juger en droit et uniquement en droit, le raisonnement du juge doit donc s'attacher à respecter une logique juridique. Ils ont ainsi contribué à créer une éthique de l'argumentation participant de ce fait à la consolidation du raisonnement juridique au Conseil constitutionnel (Chapitre 1).

372. Ces professeurs de droit ont encore permis au juge de se donner les moyens d'une interprétation cohérente du texte constitutionnel. Les professeurs ont contribué à « *rassembler les matériaux* »[908] constituant non seulement les sources du droit constitutionnel jurisprudentiel mais surtout ceux à partir desquels le juge peut valablement interpréter la norme contrôlée, mobilisant des références démontrant notamment les liens maintenus avec l'Université (Chapitre 2).

[907] Ch. Perelman, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, Dalloz, Paris, 2ème éd., 1999, 193 p., spéc. p. 177.

[908] F. Luchaire, « De la méthode en droit constitutionnel », *R.D.P.*, 1981, pp. 276-329, spéc. p. 277.

Chapitre 1:

La consolidation du raisonnement juridique

373. Dans une institution collégiale, à la légitimité contestée et dont les méthodes ne sont pas formalisées, les professeurs de droit ont bénéficié d'une autorité juridique indispensable à la formalisation d'un contentieux évanescent. La délibération collégiale contribue à exacerber le profil de chacun des conseillers et donne une résonnance particulière à la carrière professionnelle exercée par les membres avant leur accès au Conseil. Les professeurs de droit ont ainsi indéniablement su mettre à profit leurs compétences juridiques, particulièrement dans une juridiction où la capacité de mobiliser le raisonnement juridique reste essentielle[909]. La maîtrise du langage juridique offre donc aux professeurs une position privilégiée[910]. En exploitant l'interprétation juridique, l'argumentation juridique des professeurs constitue « *un élément pour construire un propos visant à emporter l'adhésion d'un auditoire* »[911]. Ainsi que le révélait Jean-Claude Colliard, la position de professeur de droit est « *très agréable parce qu'elle confère une présomption de compétence* (…) *le fait d'être universitaire suffit donc pour que l'on vous écoute avec attention* »[912], signe d'une influence pesant sur le cours des délibérés (Section 1).

374. Le succès de la jurisprudence comme la légitimité juridique acquise par le Conseil constitutionnel doit beaucoup à la qualité de ses décisions, produit d'une argumentation

[909] M. Troper, « Autorité et raison en droit public français », in G. Haarscher, L. Ingber (dir.), *Arguments d'autorité et argument de raison en droit*, Nemesis, Bruxelles, 1988, pp. 103-123 ; pour une approche théorique de la signification du raisonnement juridique voir G. Timsit, « Raisonnement juridique », in D. Alland, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, P.U.F., coll. « Quadrige », Paris, 2003, 1534 p., spéc. pp. 1290-1297.

[910] Elle s'associe en effet à une compétence juridique déduite de la formation du professeur, lui conférant un « *capital symbolique* ». Elle est « *une compétence technique juridiquement garantie, qui donne autorité et autorisation pour se servir de savoirs plus ou moins scientifiques* » (P. Bourdieu, *Homo academicus*, Les éditions de minuit, 1984, 317 p., spéc. p. 89).

[911] S. Goltzberg, *L'argumentation juridique*, Dalloz, coll. « Connaissance du droit », Paris, 2013, 118 p., spéc. p. 4.

[912] X. Philippe, « Entretien avec Jean-Claude Colliard », *A.I.J.C.*, 2010, pp. 11-19, spéc. p. 12 ; il faudrait aussi citer Dominique Schnapper : « *Quelle que soit la carrière professionnelle passée, la compétence donne du poids lors de l'élaboration de la décision* » (D. Schnapper, *Une sociologue au Conseil constitutionnel*, précité, p. 279).

juridique élaborée lors des délibérations. Leur lecture démontre en effet le respect d'une argumentation le plus souvent centrée sur le droit. Les professeurs de droit se sont faits les promoteurs de l'argumentation juridique en veillant à ne pas y mêler celle de l'opportunité politique, devenant ainsi les artisans vigilants de l'autonomie du raisonnement juridique au Conseil constitutionnel (Section 2).

Section 1. L'autorité juridique des professeurs pesant sur le cours des délibérés

375. A la lecture des délibérations, les prises de parole des professeurs de droit sont nombreuses, variées et souvent décisives, mais la décision de constitutionnalité reste le résultat apparent d'un consensus. La collégialité semblerait alors constituer une limitation des influences individuelles dans une décision élaborée collectivement et devant recueillir l'assentiment de la majorité des conseillers[913]. Le « *mythe de la solution unique* »[914] et de sa construction ne peut masquer la réalité d'une décision de constitutionnalité produit de la confrontation d'opinions différentes. En effet, l'éthique de la délibération collégiale au Conseil constitutionnel donne à voir une décision produit d'une unanimité.

376. Dès lors, la composition de la formation collégiale est susceptible d'amoindrir ou, au contraire, de révéler l'influence des professeurs lors du délibéré. Cette dernière dépend alors du profil, des compétences et de l'efficacité du travail des autres membres composant la juridiction (§ 1). L'autorité juridique des professeurs de droit se manifeste cependant par leurs efforts pour encadrer juridiquement les débats ; l'hétérogénéité des profils des membres contribuant en effet à placer souvent les universitaires en arbitres du droit. Elle illustre la différence entre les profils et les compétences et démontre l'utilité fondamentale de la compétence juridique des professeurs dans une telle juridiction (§ 2).

[913] Sur la collégialité conçue en tant que source d'une motivation commune, voir notamment F. Malhière, *La brièveté des décisions de justice (Conseil constitutionnel, Conseil d'Etat, Cour de cassation). Contribution à l'étude des représentations de la justice*, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », Paris, 2013, 665 p., spéc. pp. 152-179.

[914] W. Mastor, *Les opinions séparées des juges constitutionnels*, précité, p. 60.

§ 1. L'influence des professeurs de droit tributaire de la composition du Conseil constitutionnel

377. Sur une période allant de 1960 à 1988, les délibérations révèlent à quel point l'autorité juridique, dans une institution collégiale, dépend non seulement des compétences juridiques mais aussi de l'équilibre entre les profils des membres. C'est pourquoi, si l'influence des professeurs de droit peut se trouver limitée par les contraintes inhérentes à la collégialité (A), elle sera valorisée lorsque plusieurs d'entre eux siégeront ensemble au Conseil, du fait d'alliances créées en cours de délibéré, parfois même dès la phase d'instruction (B).

A. Une influence limitée par les contraintes de la collégialité

378. Dans le contexte de la décision majoritaire et d'une délibération collégiale, les professeurs de droit ont souvent dû s'en remettre au consensus, quitte parfois à se résoudre à abandonner une argumentation au profit du choix majoritaire, ou encore à maintenir une position sans parvenir à emporter l'adhésion majoritaire (1). Les contraintes inhérentes à la collégialité placent d'ailleurs assez étonnamment René Cassin, seul professeur de droit parmi les membres du Conseil entre juillet 1960 et mars 1962, en retrait des débats (2).

1. La recherche du consensus

379. Au Conseil constitutionnel, le consensus résulte de la nécessité de rendre une réponse juridique unique. L'étude menée par Dominique Schnapper démontre que « *le Conseil fonde sa légitimité sur son indépendance du politique et sur le caractère proprement juridique de ses décisions, sur ce que qu'on pourrait appeler sa "juridicité", l'unanimité – ou la recherche de l'unanimité – devient un des instruments du processus de légitimation* »[915]. L'élaboration de la décision, en étant collective, fait émerger une décision qui, souvent, s'impose finalement à tous, quelles qu'aient été les positions des uns et des autres au départ.

[915] D. Schnapper, *Une sociologue au Conseil constitutionnel*, précité, p. 314.

Noëlle Lenoir évoque une « *étonnante alchimie qui, à partir de positions contrastées, rapproche les points de vue au fur et à mesure de la discussion* »[916]. A la lecture des délibérations, il est clair que tous les membres du Conseil, dont les professeurs de droit, respectent une « *éthique du consensus* »[917] nécessaire à la recherche de l'unanimité. Cette logique interne à la prise de décision contribue mécaniquement à limiter le poids des influences personnelles et, en ce sens, à limiter l'incidence des professeurs de droit sur le cours du délibéré.

380. Les professeurs de droit ont ainsi souvent recherché le consensus, soit qu'il intervienne comme le moyen de trouver sa place et de se faire accepter par les autres membres, soit qu'il soit rendu nécessaire par le travail collégial inhérent à la prise de décision au Conseil. La forme de la délibération au Conseil, consistant en une discussion sur chacun des motifs, contribue à amoindrir les divergences, quitte à trouver des solutions de compromis. Dans cette organisation, la collégialité qui préside aux décisions du Conseil a par exemple pu conduire les professeurs de droit à changer d'avis en cours de délibéré, quitte à abandonner leur argumentation. Au cours de la séance du 4 avril 1972, François Luchaire accepte ainsi de renoncer à son argumentation pour satisfaire à l'opposition des autres membres du Conseil[918]. Au cours de cette délibération, le Président du Conseil demandait aux membres de donner leur avis sur un référendum de l'article 11 tendant à autoriser la ratification d'un traité. La situation étant alors inédite, François Luchaire se demande si le traité ne pourrait pas avoir des incidences sur le fonctionnement des institutions. Il suppose alors, par analogie avec la ratification implicite des ordonnances de l'article 38, que la ratification du traité par référendum entraînerait implicitement sa conformité à la Constitution. Pour Luchaire ce raisonnement rend nécessaire le contrôle des termes de la loi référendaire pour éviter toute atteinte à la Constitution qui résulterait d'une ratification implicite du traité. Or, face à l'opposition des membres du Conseil estimant que l'analogie avec les ordonnances ne peut être opérée en l'espèce, il abandonne purement et simplement son raisonnement au profit de celui de la majorité.

[916] N. Lenoir, « Le métier de juge constitutionnel », *Le Débat*, n° 114, 2001, pp. 178-192, spéc. p. 185.

[917] B. Mathieu, J.- P. Machelon, F. Mélin-Soucramanien, D. Rousseau, X. Philippe, *Les Grandes délibérations du Conseil constitutionnel. 1958-1986*, précité, p. 139.

[918] Séance du 4 avril 1972, *Examen pour avis d'un projet de décret décidant de soumettre un projet de loi au référendum*, A.N. n° 20040168/6.

381. Il arrive encore que la collégialité contraigne les professeurs à maintenir une position juridique quitte à être mis en minorité au moment du vote, la qualité du raisonnement juridique ne suffisant pas à influencer le sens d'une décision nécessitant un avis majoritaire. C'est le cas pour François Luchaire et Paul Coste-Floret à six reprises au cours de leur passage au Conseil[919]. Par exemple, lors de la séance du 27 mai 1968 sur le référendum de l'article 11 portant sur la réforme des universités, François Luchaire fait part de son souhait que soit votée l'incompétence du Conseil. Sa proposition est repoussée par sept voix contre deux, au terme d'un argumentaire pourtant juridiquement très abouti. Luchaire estimait en effet que le référendum souhaité par de Gaulle n'entrait pas dans le cadre prévu par l'article 11 de la Constitution. Ainsi, après avoir rappelé les termes de l'article, il a jugé que la procédure référendaire ne portait ni sur la ratification d'un traité ni sur un texte portant sur l'organisation des pouvoirs publics dans la mesure où le texte en discussion « *tend seulement à préciser dans quel sens devront être exercées les attributions des pouvoirs publics* ». Vigilant, le professeur de droit mentionne une autre difficulté juridique que soulève le texte. Il s'agit du titre du projet de loi et de sa finalité. Le projet intitulé « *projet de loi mandatant les pouvoirs publics pour une rénovation universitaire, sociale et économique* », lui paraît impliquer un mandat impératif allant à l'encontre de ce qu'il qualifie de « *principe fondamental* » en droit constitutionnel français, d'absence de mandat impératif. En conséquence il considère que le Conseil « *remplirait son devoir en se déclarant incompétent* ». Si François Luchaire est suivi en partie dans son raisonnement concernant le cadre de l'article 11, la majorité des membres refusent l'incompétence dont Cassin, qui estime qu'il est du devoir du Conseil de renseigner le Gouvernement par un avis. Cependant en signe de la recherche du consensus, Luchaire insiste pour qu'au moins le Conseil propose une autre rédaction au projet de loi afin de pallier le danger de lier les représentants par un mandat impératif, d'autant qu'il a peur que les électeurs ne votent pas pour un texte mais contre de Gaulle.

[919] Pour François Luchaire, voir les séances du 27 mai 1968, *Examen pour avis d'un projet de décret du Président de la République décidant de soumettre un projet de loi au référendum*, A.N. n° 20040168/5 ; séances du 7 juin 1973, *Elections à l'Assemblée nationale*, A.N. n° 20040168/7 et du 21 juin 1973, *Elections à l'Assemblée nationale*, A.N. n° 20040168/7. Pour Paul Coste-Floret voir la séance du 10 mai 1978, *Nature juridique de certaines dispositions des articles 4 et 5 de la loi n° 76-599 du 7 juillet 1976 relative à la prévention et à la répression de la pollution marine et à la lutte contre la pollution marine accidentelle*, A.N. n° 20040168/9 ; séance du 31 mai 1978, *Nature juridique divers textes relatifs aux institutions agricoles*, A.N. n° 20040168/9 ; séance du 7 juin 1978, *Elections à l'Assemblée nationale*, A.N. n° 20040168/9.

382. Parfois, l'importance du consensus conduit les professeurs de droit à proposer une solution de compromis, dont un exemple est fourni par la séance du 30 janvier 1968, relative à la nature juridique de la détermination des ressources de l'Office de Radiodiffusion-Télévision Française (O.R.T.F.) et particulièrement des règles d'introduction de la publicité[920]. Le débat, assez technique, vise finalement à séparer le Conseil entre ceux estimant que, conformément à la jurisprudence du Conseil, l'O.R.T.F. étant un établissement public, la détermination de ses ressources entre dans les règles constitutives de l'établissement et est donc de la compétence du législateur[921]. Pour les autres, la détermination de ces ressources, particulièrement en ce qu'elles visent l'introduction de la publicité à l'O.R.T.F. ne concerne pas son monopôle fiscal et relève de la compétence règlementaire, à l'instar de l'Office du tabac ou des allumettes. Cependant pour Cassin et Luchaire, la détermination des ressources sont « *les moyens permettant d'atteindre un but* » et l'introduction de la publicité doit être analysée au regard des spécificités de l'établissement public. En permettant à l'O.R.T.F. de faire de la publicité, la nature de l'établissement public serait atteinte car « *la propagande de vente ne peut être considérée comme répondant aux buts d'information, d'éducation et de distraction fixé à l'Office par la loi* ». Soucieux de l'importance de la décision du Conseil et de son impact, et après que chacun des membres se soit exprimé, Luchaire remarque que, « *si un vote intervenait dans ces conditions le Conseil pendrait une décision contraire à sa jurisprudence antérieure* » et serait susceptible « *d'amener une inégalité dans la communication des idées et des pensées* ». Dès lors, il propose une solution de compromis, visant à « *chercher une solution de transaction qui consisterait à considérer que les dispositions* […] *ont un caractère règlementaire mais que les modifications éventuelles qui y seraient apportées ne devrait pas porter atteinte à l'objet de l'O.R.T.F.* ». Cette proposition est acceptée par la majorité des membres du Conseil, qui conduira à la rédaction d'un nouveau projet de décision conforme aux propositions de compromis de François Luchaire.

[920] Séance du 30 janvier 1968, *Nature juridique de certaines dispositions de l'article 9 de l'ordonnance n° 59-273 du 4 février 1959 relative à la radiodiffusion-télévision française et article 52 de la loi n° 60-1384 du 23 décembre 1960, portant loi de finances pour 1961*, A.N. n° 20040168/5.

[921] Décision n° 64-29 L du 12 mai 1964, *Nature juridique de certaines dispositions relatives à l'administration départementale et à l'administration communale et figurant dans les ordonnances n° 58-937 du 11 octobre 1958 et n° 59-29 du 5 janvier 1959, n° 59-30 du5 janvier 1959, 59-33 du 5 janvier 1959 et n° 9-150 du 7 janvier 1959 et dans la loi n 62-873 du 31 juillet 1962*, Rec. p. 37.

383. Les contraintes de la collégialité imposent encore aux professeurs de droit de se ranger à l'opinion majoritaire, voire d'attendre que chacun des membres du Conseil ait donné son avis pour livrer le leur. C'est là le signe d'une volonté manifeste de s'en tenir à l'avis majoritaire, évitant le risque du désaccord. Néanmoins, il constitue aussi le moyen de préserver l'autorité du conseiller, particulièrement pour celui dont la nomination est récente. L'exemple le plus probant est fourni à l'occasion de la séance du 15 octobre 1980. Ce jour-là, le Conseil est saisi d'un contentieux de déclassement et le rapporteur conclut au caractère législatif des dispositions soumises à la juridiction constitutionnelle. Georges Vedel, récemment entré en fonction, est le premier à intervenir, contredisant le rapporteur et exprimant les raisons pour lesquelles il estime que la disposition étudiée est plutôt de nature règlementaire. Finalement, voyant que son opinion n'est pas suivie par les membres du Conseil, il se déclare « *prêt à se rallier à la solution qui sera adoptée par la majorité* »[922]. C'est encore le cas lors de la séance du 30 octobre 1981 au cours de laquelle Georges Vedel, ne parvenant pas à « *prendre parti sur la solution* », préfère attendre « *d'être éclairé par la suite de la discussion* »[923]. Cette recherche du consensus, commune à tous les membres du Conseil, contribue à limiter l'influence des professeurs de droit sur le cours du délibéré. Elle correspond à une volonté d'autolimitation sans altérer la rigueur d'un raisonnement construit collectivement[924].

384. D'ailleurs, l'attachement des professeurs de droit aux règles informelles de la collégialité expliquerait les raisons pour lesquelles ils se sont toujours opposés à l'introduction et à la publication des opinions séparées au Conseil constitutionnel. Pour François Luchaire et Georges Vedel par exemple, la perte de la collégialité et de l'esprit de corps est une des raisons[925] de leur opposition à l'introduction de cette technique au Conseil

[922] Séance du 15 octobre 1980, *Nature juridique d'une disposition de l'article 6 de l'ordonnance n° 67-706 du 21 août 1967relative à l'organisation administrative et financière de la sécurité sociale*, A.N. n° 20040168/9.

[923] Séance du 30 octobre 1981, *Loi portant abrogation de la loi n° 80-564 du 21 juillet 1980 modifiant les articles 13, 14 et 15 de la loi d'orientation de l'enseignement supérieur du 12 novembre 1968 et portant modification des articles 14 et 15 de ladite loi*, A.N. n° 20040168/10.

[924] Pour Dominique Schnapper : « *Tout se passe finalement comme si l'œuvre jurisprudentielle avait acquis sa propre dynamique, qui déroulait ses effets indépendamment de la volonté des acteurs* » (D. Schnapper, Une sociologue au Conseil constitutionnel, précité, p. 309).

[925] Parmi elles il faut distinguer encore la perte de l'autorité de la décision réduite à l'expression d'une majorité et publiquement contestée par des juges minoritaires ; la fin du secret du délibéré qui est la garantie de l'indépendance des juges et de leur liberté de jugement ainsi que le risque d'une mise en valeur personnelle au détriment de la décision collective.

constitutionnel. Pour le premier, « *une décision prise par une majorité – qui peut être faible – s'impose difficilement lorsque certains membres de la juridiction font connaître leur opposition en exprimant une opinion dissidente avec une argumentation juridique particulièrement solide* »[926]. Pour le second, leur introduction conduirait les membres à accentuer leur désaccord plutôt qu'à rechercher le consensus : « *Il y aurait incontestablement en France un affaiblissement de la décision par la publication de l'opinion dissidente. Dans un pays qui en a l'habitude, l'effet du dissent est émoussé. Je me demande en revanche si en France on ne parlerait pas beaucoup plus de l'opinion dissidente que de la décision majoritaire* »[927]. Pourtant, malgré l'attachement évoqué par Georges Vedel aux règles du secret du délibéré, lors de son passage au Conseil constitutionnel, il s'était révélé être sceptique au regard de la règle du secret entourant le nom des rapporteurs des décisions. Lors de la séance du 26 juin 1985[928], Vedel avait estimé que le secret du nom des rapporteurs est un « *secret de Polichinelle* ». En effet, pour les besoins de l'instruction de l'affaire traitée, le rapporteur est en contact avec le Secrétariat général du Gouvernement, laissant de nombreuses personnes susceptibles d'ébruiter le nom du rapporteur. Pour lui, « *dans une période de transparence où on exige la motivation des décisions, le secret absolu qui entoure à la fois le nom du rapporteur, les noms et le nombre des membres siégeant au Conseil fait un peu "rétro"* ».

[926] F. Luchaire, « La transposition des opinions dissidentes en France est-elle souhaitable? " Contre " : le point de vue de deux anciens membres du Conseil constitutionnel », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 8, 2000, pp. 111-112., spéc. p. 111.

[927] G. Vedel, « Neuf ans au Conseil constitutionnel », *Le débat*, n° 55, 1989, pp. 61-70, spéc. p. 66. Voir aussi les propos tenus par Georges Vedel dans la préface du manuel de droit du contentieux constitutionnel de Dominique Rousseau : « *A qui voudrait porter malheur au Conseil, j'offre deux recettes infaillibles : confier au Conseil l'élection de son président et, ce qui serait encore plus foudroyant, admettre les opinions dissidentes. Le premier effet serait de présenter aux citoyens au lieu d'une Cour de justice un spectacle qui aurait sa place à la télévision entre le "Face à Face" et la "Roue de la fortune" ;… le troisième serait de priver le Conseil de la patiente élaboration du consensus qui préside à un grand nombre de ses décisions* » (G. Vedel, « préface », in D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, précité, p. 9). Sur le débat entourant l'introduction en France des opinions séparées voir notamment W. Mastor, « L'effet performatif des opinions séparées sur la motivation des décisions constitutionnelles majoritaires », in F. Hourquebie, M.-C. Ponthoreau (dir.), *La motivation des décisions des Cours suprêmes et Cours constitutionnelles*, Bruylant, Bruxelles, 2012, pp. 87-116.

[928] Séance du 26 juin 1985, *Nature juridique des mots "Secrétaire général" à l'article 121 de la loi du 6 septembre 1984 portant statut de la Nouvelle-Calédonie et dépendances*, A.N. n° 20040168/11.

385. Ces contraintes propres à la collégialité au Conseil, rappelant ce que Jacques Robert a pu décrire comme un « *club privé* »[929], contribuent à rendre plus difficile l'identification précise de l'influence des professeurs de droit sur le cours du délibéré, particulièrement lorsqu'ils se conforment à la logique propre à la collégialité. L'exemple de René Cassin démontrera que lorsque le Conseil ne compte qu'un seul professeur de droit parmi ses membres, il peut se trouver en retrait des débats.

2. L'isolement des professeurs de droit : l'exemple de René Cassin entre les mois de juillet 1960 et de mars 1962

386. Premier professeur de droit à être nommé au Conseil au cours de l'année 1960, René Cassin ne fut pas, parmi les membres du Conseil, celui dont l'influence marqua le plus l'institution. Pourtant, le professeur de droit privé jouit d'une renommée particulièrement importante. Son expérience de Vice-président du Conseil d'Etat, celui de rédacteur de la Constitution ainsi que son influence déterminante sur la rédaction de la Déclaration Universelle des Droit de l'Homme et du Citoyen, sans compter son engagement dans la Résistance auprès du général de Gaulle, lui offrent une légitimité morale et juridique incontestable. Pourtant, et bien que la nomination d'un professeur de droit, habitué du Palais Royal, fut largement attendue et louée par le Président Léon Noël[930], René Cassin est nettement en retrait lors du déroulement des délibérés entre juillet 1960 et mars 1962.

387. Sa personnalité et ses compétences s'effacent parfois devant l'activisme du président Léon Noël, l'influence juridique paradoxale de Georges Pompidou[931] et la personnalité de

[929] J. Robert, *La garde de la République. Le Conseil constitutionnel raconté par l'un de ses membres*, précité, p. 59. C'est ici l'idée d'une imprégnation par les membres des impératifs induits par la collégialité. Ces impératifs poussent parfois certains membres jusqu'à abandonner une proposition pourtant jugée par eux indispensable, au profit d'une autre plus conforme aux volontés majoritaires. Voir par exemple la séance du 15 juillet 1976 où Coste-Floret désireux de présenter un contre-rapport, préfère se retirer pour laisser la place à celui du Président du Conseil, plus clair et consensuel (Séance du 15 juillet 1976, *Loi relative à l'élection des sénateurs*, A.N. n° 20040168/8).

[930] Voir *supra* § 352.

[931] Lors de la séance du 23 avril 1961 Cassin se déclare même « *impressionné* » par le raisonnement juridique de Pompidou (Séance du 23 avril 1961, *Réunion des conditions exigées par la Constitution pour l'application de son article 16*, A.N. n° 20040168/2).

Jean-Gilbert Jules[932]. Les rapports confiés à René Cassin, huit seulement sur la période évoquée[933], témoignent d'un relatif retrait du professeur de droit au cours du délibéré. Hormis quelques interventions ayant permis une orientation ponctuelle des débats[934], les interventions de René Cassin sont rares. Il faut dire cependant que les saisines du Conseil constitutionnel sont peu nombreuses et concernent essentiellement la matière consultative, le contentieux électoral ou des contentieux de déclassements et d'irrecevabilités.

388. En témoigne la séance du 6 juin 1961, au cours de laquelle René Cassin use pourtant des ressources et de son expérience acquise pendant la Seconde Guerre mondiale au Comité français de la libération nationale d'Alger. En application de l'article 16 alinéa 3 de la Constitution, de Gaulle avait saisi le Conseil pour avis de trois projets de décrets instituant une position de mise en congé spécial pour certains fonctionnaires pouvant aller jusqu'à la radiation. Au cours de cette séance, René Cassin est mis en minorité à deux reprises. Tout d'abord à propos de la compétence du Conseil en matière consultative. La délimitation exacte des compétences du Conseil constitutionnel étant un sujet régulièrement traité par les juges de la loi au cours de cette période, Cassin estime que, lorsqu'il est saisi pour avis des mesures que le Président de la République se propose de prendre en application de l'article 16, le Conseil constitutionnel doit apprécier si elles sont bien destinées à assurer aux pouvoirs publics les moyens de réaliser leur mission et si ces mesures ont un lien avec les circonstances qui ont justifié l'application de l'article 16. En revanche, il souhaite encore que le Conseil puisse « *parler des avantages et des inconvénients psychologiques du projet et même de suggérer des modalités différentes, à condition de conserver, à cet égard, une certaine*

[932] Voir en ce sens B. Mathieu, J.- P. Machelon, F. Mélin-Soucramanien, D. Rousseau, X. Philippe, *Les Grandes délibérations du Conseil constitutionnel. 1958-1986*, précité, pp. 24-28.

[933] Voir notamment le rapport de René Cassin lors de la séance du 20 décembre 1960, qui, malgré une construction juridique solide et un rapport particulièrement didactique ne parvient pas parfaitement à emporter l'adhésion de l'ensemble des conseillers, qui finalement l'adopteront après de substantielles modifications (Séance du 20 décembre 1960, *Nature juridique de l'article 10 de l'ordonnance n° 58-1374 du 30 décembre 1958 portant loi de finances pour 1959 et de l'article 3 de l'ordonnance n° 59-246 du 4 février 1959 portant loi de finances rectificative pour 1959*, A.N. n° 20040168/2 ; Séance du 20 janvier 1961, *Nature juridique de l'article 19 de l'ordonnance n° 58-1374 du 30 décembre 1958 portant loi de finances pour 1959 (Allocation supplémentaire instituée par la loi du 30 juin 1956 portant institution d'un Fonds national de solidarité)*, A.N. n° 20040168/2 ; Séance du 25 avril 1961, *Examen pour avis des mesures prises en raison des circonstances exceptionnelles « article 16 ». Perte des droits à pension des fonctionnaires et militaires révoqués ou destitués. Perte du grade des militaires destitués*, A.N. n° 20040168/2).

[934] Séance des 8 et 9 janvier 1961, *Proclamation des résultats du référendum du 8 janvier 1961 relatif au projet de loi concernant l'autodétermination des populations algériennes et l'organisation des pouvoirs publics en Algérie avant l'autodétermination*, A.N. n°20040168/2.

discrétion ». Si le président Noël s'accorde avec Cassin sur la compétence du Conseil, il lui oppose que cette dernière ne s'étend pas à la discussion des textes présentés en application de l'article 16 mais concerne seulement le principe et les circonstances du recours aux pouvoirs exceptionnels eux-mêmes, sujet que le Conseil a déjà tranché deux mois auparavant[935]. Puis, René Cassin se demande si les sanctions disciplinaires prises en application des décrets pourraient faire l'objet d'un recours devant le Conseil d'Etat. Cassin, rejoint d'ailleurs par Pompidou, semble en effet soucieux d'éviter tout risque d'arbitraire dans les décisions d'exception qui pourraient être prises en application de l'article 16. Il rappelle à cet égard qu'il avait proposé à l'Assemblée constituante d'Alger de mettre en place un mécanisme de surveillance de la régularité juridique des mesures d'épuration qui devaient avoir lieu en 1944. Il avait notamment suggéré qu'un fonctionnaire de chaque Ministère participe à un « *organisme placé auprès du Premier ministre* ». Un tel système aurait, selon lui, évité « *les iniquités et les erreurs de l'épuration telle qu'elle a été faite* ». En conséquence, il propose au Conseil de demander au Président de la République ou au Premier ministre d'instituer un tel contrôle des mesures prises en application de l'article 16. Il insiste en faisant mention des erreurs commises dans le cadre de l'épuration administrative en 1944 lorsqu'il était Vice-président du Conseil d'Etat[936]. Finalement mise aux voix, la proposition de René Cassin ne recueillera que l'adhésion de René Coty et de Georges Pompidou.

389. Un autre exemple de l'isolement de René Cassin est donné par la séance du 8 septembre 1961 relative à l'irrecevabilité d'une proposition de loi d'orientation agricole dont Cassin est le rapporteur[937]. Cassin y défend le caractère règlementaire, cette loi ayant notamment pour objet la fixation des prix en matière agricole. Pour cela, il se fonde sur la jurisprudence récente du Conseil constitutionnel en matière de fixation des prix[938] ainsi que

[935] Séance du 23 avril 1961, *Réunion des conditions exigées par la Constitution pour l'application de son article 16*, A.N. n° 20040168/2 ; Décision n° 61-1 AR16 du 23 avril 1961, *Avis du 23 avril 1961 (réunion des conditions exigées par la Constitution pour l'application de son article 16)*, J.O.R.F. du 24 avril 1961, p. 3876.

[936] Il explique avoir vu au Conseil d'Etat « *des décisions annulées parce qu'un fonctionnaire subalterne avait introduit volontairement dans la procédure une irrégularité de forme…* […] *Si une commission existait, elle pourrait s'assurer que la mesure d'épuration n'est pas l'effet d'une vengeance privée…* ».

[937] Séance du 8 septembre 1961, *Proposition de loi déposée par M. Blondelle, sénateur, et tendant à déterminer les conditions suivant lesquelles seront fixés par décret les prix d'objectif de certains produits agricoles*, A.N. n° 20040168/2.

[938] Décision n° 59-1 FNR du 27 novembre 1959, J.O.R.F., du 14 janvier 1960, p. 441.

sur celle du Conseil d'Etat[939]. Il énonce alors, au terme d'un exposé juridique très précis, que c'est en se fondant « *uniquement sur des considérations juridiques* » qu'il conclut « *au caractère règlementaire de cette proposition* », emportant l'adhésion de la majorité des membres sur le sens de la décision mais, mis en minorité au moment du vote sur la rédaction de la décision, son projet sera substantiellement amendé.

390. L'isolement d'un professeur de droit dans une formation qui n'en compte aucun autre illustre encore les effets induits par la collégialité et l'hétérogénéité des profils des membres. *A contrario*, l'influence des professeurs de droit est valorisée par les alliances qui peuvent se créer en cours de délibéré, lorsque plusieurs professeurs de droit siègent ensemble au cours d'une même période.

B. Une influence mesurable grâce aux alliances entre professeurs de droit : le partage d'un langage commun

391. L'influence des professeurs de droit sur le cours du délibéré change lorsque plusieurs d'entre eux siègent au Conseil constitutionnel. Leur présence au Conseil contrarie les effets de la collégialité et participe à l'orientation des débats sur le fond. Comme l'ont démontré les auteurs des grandes délibérations du Conseil constitutionnel, les professeurs de droit « *ont contribué à orienter les délibérés du Conseil de manière perceptible, tant qu'elles obéissaient à l'adage selon lequel l'union (ou la désunion parfois) fait la force* »[940]. Les convergences entre les juristes universitaires contribuent à une orientation plus juridique des débats (1), la maîtrise technique des questions juridiques les plus épineuses faisant des professeurs les acteurs centraux du déroulement du délibéré (2).

1. Une orientation plus juridique des débats

[939] C.E., Sect., 28 octobre 1960, *Martial de Laboulaye*, rec. p. 570.

[940] Voir en ce sens B. Mathieu, J.- P. Machelon, F. Mélin-Soucramanien, D. Rousseau, X. Philippe, *Les Grandes délibérations du Conseil constitutionnel. 1958-1986*, précité, p. 135.

392. Dès mars 1962, Marcel Waline fait son entrée au Conseil et siège désormais aux côtés de René Cassin dont le mandat vient d'être renouvelé[941]. Cette période marque alors la fin de l'isolement de René Cassin au Conseil constitutionnel et va contribuer à ce que les professeurs de droit orientent les débats sur le fond. Les interventions de René Cassin se font plus nombreuses et, très rapidement, Marcel Waline trouve ses marques. Les deux professeurs de droit contribuent activement aux débats, accélérant le retrait de Jean-Gilbert Jules et Georges Pompidou, aidés en cela par la présence de Bernard Chenot à partir de mai 1962[942].

393. Ils s'accordent régulièrement sur la nécessité d'assurer un traitement juridique rigoureux des questions soumises au Conseil sans toutefois toujours parvenir à emporter l'adhésion de la majorité des membres du Conseil. Ils proposent, par exemple, en matière de référendum, de réécrire la question qui sera posée aux français en avril 1962, faute d'une clarté qu'ils estiment insuffisante au regard de l'importance de la consultation[943]. Proposition qui sera refusée à la majorité. Cependant, la séance du 2 octobre 1962 est l'occasion pour les deux professeurs de droit de recueillir l'adhésion des membres du Conseil concernant l'inconstitutionnalité du recours par le Président de la République à la procédure de l'article 11 pour réviser la Constitution[944]. Au terme d'une argumentation juridique mêlant positions doctrinales et théorie constitutionnelle, les deux professeurs de droit contribuent largement à emporter l'adhésion sur l'inconstitutionnalité de la révision par sept voix contre trois.

394. Ces alliances n'aboutissent cependant pas toujours à l'acceptation unanime des membres du Conseil[945]. Pour autant, l'arrivée de Marcel Waline correspond bien à une juridicisation des débats et la présence des professeurs de droit cristallise la différence entre

[941] Décision n° 7, NOM du 17 février 1962, J.O.R.F. du 20 février 1962, p. 1763.

[942] Voir notamment la séance du 20 mars 1962 au cours de laquelle les communautés de vues avec Bernard Chenot sont très nettes (Séance du 20 mars 1962, *Examen pour avis d'un projet de décret portant organisation du référendum*, A.N. n°20040168/2).

[943] Séance du 20 mars 1962, précité.

[944] Séance du 2 octobre 1962, *Examen des textes relatifs à l'organisation du référendum et avis à titre officieux du projet de loi que le Président de la République envisage de soumettre au référendum et qui a pour objet le mode d'élection du Président de la République*, A.N. 20040168/3.

[945] La séance la plus caractéristique à ce sujet est celle du 17 septembre 1964 qui aurait pu préfigurer un changement de politique jurisprudentielle en matière de répartition des domaines de la loi et du règlement et dont Waline était le rapporteur (Séance du 17 septembre 1964, *Nature juridique des dispositions de l'article 357 du Code Civil résultant de l'article 1er de l'ordonnance du 23 décembre 1958 portant modification du régime de l'adoption et de la légitimation adoptive*, A.N. n° 20040168/3).

les membres du Conseil. De nombreuses délibérations traduisent l'influence directe ou indirecte de ces professeurs sur le délibéré, marquant progressivement une distinction entre les membres juristes et les membres politiques. En témoigne la séance du 21 décembre 1964 au cours de laquelle les membres du Conseil ne parviennent pas à se décider sur la solution à adopter quant à la nature juridique d'une disposition de l'ordonnance de 1958 relative aux juridictions pour enfants. Le débat concernait plus précisément la nature juridique des fonctions d'accesseur auprès de ces juridictions. N'arrivant pas à se déterminer sur le caractère règlementaire ou législatif de l'article invoqué, Edmond Michelet intervient et, en précisant que le droit n'est pas « *une science exacte* », tranche arbitrairement pour le caractère législatif, demandant ensuite « *aux juristes* » membres du Conseil « *d'habiller* » juridiquement la solution. Ce à quoi Marcel Waline répond que « *si le droit ne sera jamais une science exacte, souhaitons qu'il ne soit plus une science ésotérique* », comprenant mal les largesses prises par Michelet avec la rigueur qui sied au raisonnement d'un juge[946].

395. L'entrée au Conseil de Marcel Waline aux côtés de René Cassin a indubitablement permis un approfondissement de l'analyse juridique des questions soumises au Conseil. La nomination en 1965 de François Luchaire puis, plus tard, celles de Paul Coste-Floret, Georges Vedel, Maurice-René Simonnet et Robert Badinter vont progressivement permettre aux professeurs de se retrouver autour d'un langage commun et d'assumer des convergences naturelles dues à leur maîtrise technique des débats.

2. La maîtrise technique des débats

396. L'histoire du Conseil constitutionnel n'a connu, jusqu'à présent, que deux périodes au cours desquelles trois professeurs de droit ont siégé côte à côte. La première se déroule entre les mois de mars 1965 et de mars 1971 au cours de laquelle René Cassin, Marcel Waline et François Luchaire siègent ensemble[947]. La seconde est plus courte et s'étend de mars 1986 au

[946] Séance du 21 décembre 1964, *Nature juridique des dispositions de l'article 55 de la loi du 28 décembre 1959 fixant un délai pour l'application progressive du plan comptable*, A.N. n° 20040168/3.

[947] Voir annexe n° 1.

mois d'août 1988 au cours de laquelle, Georges Vedel, Maurice-René Simonnet et Robert Badinter siègeront côte à côte[948].

397. L'arrivée au Conseil de François Luchaire lors de la séance du 16 mars 1965 coïncide avec la prise de fonction du nouveau président Gaston Palewski. Le discours prononcé lors de l'accueil des nouveaux membres renseigne alors utilement sur le poids et le type d'influence que joueront ensemble les professeurs de droit au Conseil. Palewski, après avoir évoqué le parcours de François Luchaire, fait part de son sentiment sur la composition du Conseil constitutionnel dont il prend la tête. Il évoque, en des termes qu'il réserve aux seuls professeurs de droit membres, le « *précieux atout pour le Conseil* » que représente la « *haute compétence* » du « *professeur Marcel Waline* » ; les qualités de François Luchaire « *professeur de droit constitutionnel étranger et l'un de nos plus remarquables technicien du droit constitutionnel* ». Sans trop d'étonnement, la carrière universitaire et le grade de professeur de droit de René Cassin sont passés sous silence, Palewski préférant rappeler, « *pour l'histoire* », son passé de « *résistant, juriste, internationaliste* » ayant « *voué sa vie à la défense du droit* » sans jamais la séparer du « *service de la France* »[949].

398. Au cours de cette période, les échanges d'arguments techniques entre les professeurs de droit contribuent à nourrir la qualité du débat juridictionnel. Leur formation commune et leur profil universitaire facilitent des communautés de vue sur le sens des décisions, notamment sur la nature juridictionnelle du Conseil constitutionnel[950]. Les professeurs de droit se retrouvent alors régulièrement en position de mener les débats sur les questions les plus techniques.

399. Lors de certaines séances, les professeurs de droit sont parfois les seuls à intervenir pour nourrir la discussion comme durant la séance du 27 février 1969[951], relative à un contentieux de délégalisation portant sur des mesures de décentralisation. Le Gouvernement

[948] *Ibidem*.

[949] Séance du 16 mars 1965, *Décision intéressant le fonctionnement du Conseil*, A.N. n° 20040168/4.

[950] Voir *infra* § 640 et s.

[951] Séance du 27 février 1969, *Nature juridique des dispositions du dernier alinéa de l'article 19 du code de l'administration communale modifiées par la loi du 22 juillet 1961 et relatives à la nomination des délégations spéciales*, A.N. n° 20040168/6.

souhaitait en effet transférer un certain nombre d'attributions aux préfets de région et réorganiser ainsi une partie de la vie politique locale. Pour cela, il était nécessaire de modifier la forme législative de textes intervenus après l'entrée en vigueur de la Constitution de 1958. La question principale soulevée par Marcel Waline, rapporteur de l'affaire, était la suivante : les mesures que le Gouvernement souhaite prendre par décret ne relèvent-elles pas du principe fondamental de la libre administration des collectivités locales prévu par l'article 34 de la Constitution ? En effet, la mesure consistait à transférer les compétences de nomination de délégations spéciales en cas de démission ou d'annulation des élections des Conseils municipaux. Exercée par le ministre, la compétence serait désormais transmise aux préfets de région. Le débat s'oriente alors sur la nature des textes portant sur les collectivités territoriales qui nécessitent de prendre en compte à la fois l'article 34 et l'article 72 de la Constitution, sur la nature et les fonctions des autorités de tutelle ainsi que sur les garanties qu'offrent une nomination par une autorité politique plutôt que par une autorité administrative. Mis à part une intervention du président Palewski et de Pierre Chatenet, seuls les professeurs échangent des arguments techniques relatifs à la question de fond que le Conseil doit traiter. Au terme de leur discussion et de modifications proposées par François Luchaire, le projet est adopté sans l'intervention d'aucun autre membre du Conseil.

400. Un constat similaire peut être réalisé avec la séance du 26 juin 1969 au cours de laquelle François Luchaire amende le rapport de Marcel Waline en proposant que soit rappelé dans un considérant de la décision du Conseil le principe général du droit selon lequel le silence gardé par l'administration vaut décision de rejet. A la suite d'un débat technique, auquel prennent essentiellement part les professeurs de droit, la solution proposée par François Luchaire et soutenue par Waline et Cassin est adoptée à l'unanimité[952]. C'est de nouveau le cas lors de la séance du 23 février 1970[953], dont la question principale portait sur la nature juridique de dispositions instituant des taxes destinées au financement des établissements publics administratifs et la possibilité qui leur est accordée de bénéficier de

[952] Séance du 26 juin 1969, *Nature juridique de certaines dispositions de la loi du 2 mai 1930 relative à la protection des monuments naturels et des sites de caractère, historique, scientifique, légendaire ou pittoresque et de la loi du 31 décembre 1913 sur les monuments historiques du code de l'urbanisme et de l'habitation,* A.N. n° 20040168/6 ; voir aussi la Séance du 26 janvier 1967, *Loi organique modifiant et complétant l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature,* A.N. n° 20040168/4.

[953] Séance du 23 février 1970, *Nature juridique des dispositions de l'article 2 de l'ordonnance du 27 décembre 1958 sur le contrôle de la fabrication des conserves et semi-conserves de poissons, crustacés et autres animaux marins,* A.N. n°20040168/6.

ressources parafiscales. La discussion implique essentiellement les trois professeurs de droit appuyant par leurs arguments le rapport très technique présenté par François Luchaire, portant notamment sur l'application aux établissements publics administratifs, sans distinction, des grands principes de la législation financière. La détermination du régime juridique applicable aux établissements publics administratifs participe à faire glisser le débat sur la validité juridique de la différenciation avec les établissements publics industriels et commerciaux. Le débat engage alors presqu'exclusivement les universitaires, dont le thème résonne naturellement chez les deux professeurs de droit public et l'ancien Vice-président du Conseil d'Etat. Comme l'exprime François Luchaire : « *Il y avait entre les professeurs une certaine démarche commune, un certain langage commun, et quel que soit la personne qui les avait désignés. Vous comprendrez qu'entre un René Cassin, Marcel Waline, moi-même, Paul Coste-Floret, nous avions le plus souvent des idées communes, un langage commun, une approche commune, alors que nous étions désignés par des autorités entièrement différentes. Ceci compte dans une assemblée comme celle-là* »[954]. Lors de son entrée en fonction, le Conseil est composé en effet, outre les trois professeurs de droit, de cinq anciens parlementaires[955] permettant de comprendre à quel point l'effort conjugué des professeurs de droit contribue à influencer le juge dans ses méthodes juridiques d'argumentation.

401. Les positions juridiques des trois professeurs de droit peuvent parfois, bien sûr, s'avérer divergentes, notamment sur le champ d'application des normes de référence[956], mais ils « *ont aidé à emporter, directement ou indirectement, l'adhésion des membres ou, à défaut, les ont obligés à se poser les "bonnes" questions* »[957]. S'il est vrai que François Luchaire est en retrait voire en minorité à compter du départ de Marcel Waline et de René Cassin[958], il trouve cependant un véritable interlocuteur en la personne de Paul Coste-Floret. Leur accord a

[954] F. Luchaire, « Témoignages d'anciens du Conseil constitutionnel », in *Le Conseil constitutionnel a 40 ans*, L.G.D.J., Paris, 1999, pp. 57-67, spéc. p. 67.

[955] Il s'agit d'André Deschamps, d'Edmond Michelet, Jean Gilbert-Jules, Jean Michard-Pélissier et de Gaston Palewski.

[956] Séance du 27 février 1967, *Nature juridique de diverses dispositions de titres I et II du Cde des débits de boissons et des mesures contre l'alcoolisme*, A.N., n° 20040168/4.

[957] B. Mathieu, J.- P. Machelon, F. Mélin-Soucramanien, D. Rousseau, X. Philippe, *Les Grandes délibérations du Conseil constitutionnel. 1958-1986*, précité, p. 135.

[958] B. Mathieu, J.- P. Machelon, F. Mélin-Soucramanien, D. Rousseau, X. Philippe, *Les Grandes délibérations du Conseil constitutionnel. 1958-1986*, précité, pp. 135-136. Voir la Séance du 10 avril 1972, *Examen pour avis d'un projet de règlement prévoyant l'usage des antennes de l'O.R.T.F. par les organisations habilitées à user des moyens officiels de propagande*, A.N. n° 20040168/6 ; Voir aussi la séance du 1er juin 1973, *Elections à l'Assemblée nationale*, A.N. n° 20040168/7.

ainsi à plusieurs reprises été déterminant. Tel a par exemple été le cas lors du contrôle d'une résolution tendant à modifier le règlement du Sénat, au cours de laquelle Luchaire est le seul à proposer de modifier substantiellement le projet du rapporteur. Soutenu par Coste-Floret dans son raisonnement, il obtient l'adoption de ces modifications à l'unanimité[959]. Le même constat est fait lors de la séance du 11 juillet 1973, au cours de laquelle les deux professeurs de droit réclament qu'en contentieux électoral, le Conseil étende son contrôle en matière de fraudes électorales[960]. En l'espèce, le requérant soulevait le moyen de la présomption de fraudes, de très nombreuses cartes électorales n'ayant pu être distribuées à temps, leurs adresses étant erronées. Le rapporteur souhaitait conclure au rejet de la requête faute de preuves suffisantes. Néanmoins, Luchaire estime « *qu'une présomption grave de fraude peut justifier une annulation* ». Il est soutenu dans son argumentation par Coste-Floret qui, prenant l'exemple du droit pénal, rappelle que l'intime conviction suffit pour justifier une décision. Bien que le Président du Conseil soit persuadé de l'existence de fraudes, l'absence de preuves tangibles l'incite au rejet de la requête. François Luchaire, souvent mal à l'aise avec les largesses prises avec la légalité formelle en contentieux électoral[961], insiste cependant et remarque ironiquement que lorsque le Conseil a la preuve d'irrégularités il estime qu'il n'y a pas de fraude et, qu'au contraire, lorsqu'il a la conviction qu'il y a fraude, il n'a pas de preuve. Finalement, par leurs efforts conjugués, les deux professeurs de droit obtiennent l'annulation de l'élection par cinq voix contre quatre.

402. La même observation peut être faite lorsque Georges Vedel, Maurice-René Simonnet et Robert Badinter siègent ensemble au Conseil à compter de 1986. Là encore, leurs interventions fréquentes et leurs accords en cours du délibéré orientent significativement les débats[962]. La séance du 19 mars 1986 est typique de l'autorité juridique des professeurs de droit pesant collectivement sur la construction du raisonnement du juge. Le Conseil constitutionnel devait trancher la question de la nature règlementaire ou législative de la désignation de l'autorité compétente pour la délivrance des certificats de nationalité. Le rapporteur Simonnet tranche pour le caractère législatif de la disposition en cause en ce

[959] Séance du 17 mai 1973, *Résolution tendant à modifier certains articles du règlement du Sénat*, A.N. n° 20040168/7.

[960] Séance du 11 juillet 1973, *Elections à l'Assemblée nationale*, A.N. n° 20040168/7.

[961] Voir *infra* § 436.

[962] Voir notamment la séance du 1er juillet 1986, *Loi relative à l'élection des députés et autorisant le gouvernement à délimiter par ordonnance les circonscriptions électorales*, A.N. n° 20040168/12.

qu'elle relève du droit de la nationalité et que la compétence d'un juge doit être protégée en ce domaine. A l'issu de son rapport, Vedel s'y oppose point par point, élaborant ainsi un contre-rapport extrêmement détaillé. La discussion très technique qui s'en suit s'oriente sur le champ d'application de l'article 34 de la Constitution, les deux professeurs de droit maîtrisant largement le débat. Finalement, et de façon très représentative de l'autorité des professeurs de droit, Simonnet remercie Vedel d'avoir mené la contradiction, « *ce qui devrait permettre au Conseil de bien faire la synthèse* »[963]. Grâce à leur désaccord sur le fond et à leur échange d'arguments techniques, la discussion sur le droit se trouve vidée, donnant aux juges l'occasion d'opérer un choix éclairé. La maîtrise du débat technique par les professeurs de droit contribue ainsi à améliorer l'argumentation juridique des juges constitutionnels. A nouveau, la présence de ces trois professeurs de droit cristallise la différence entre les juristes et les membres politiques. C'est ainsi que lors des séances des 25 et 26 juin 1986 relatives aux lois de privatisation, les alliances entre Georges Vedel et Robert Badinter seront absolument déterminantes, leurs interventions contribuant à rythmer l'essentiel de la délibération[964].

403. L'autorité juridique dont font preuve les professeurs de droit au cours du délibéré dépend ainsi en partie de leur proportion au sein de la formation collégiale. Cependant, l'autorité des professeurs de droit se manifeste encore par un arbitrage juridique des débats en séance, la compétence juridique permettant aux professeurs d'alerter les autres membres sur la rigueur du maniement des concepts juridiques et la définition des règles de droit.

§ 2. L'encadrement juridique des débats en séance : l'effort pédagogique des professeurs de droit

[963] Séance du 19 mars 1986, *Nature juridique de certaines dispositions du code de la nationalité*, A.N. n° 20040168/12 ; voir aussi pour une opposition manifeste entre Simonnet et Vedel ayant contribué à l'approfondissement du raisonnement du juge, Séance du 22 mai 1985, *Protocole n° 6 additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'homme et des libertés fondamentales concernant l'abolition de la peine de mort, signé par la France e 28 avril 1983*, A.N. n° 20040168/11.

[964] Séance du 26 juin 1986, *Loi autorisant le gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social*, A.N. n° 20040168/12. Sur les alliances entre les trois professeurs de droit voir encore la séance du 24 novembre 1987, *Examen de la compatibilité de certaines fonctions avec l'exercice d'un mandat parlementaire*, A.N. n° 20040168/13.

404. La compétence des professeurs de droit leur assure de pouvoir employer efficacement un raisonnement juridique technique. D'une part, l'hétérogénéité des profils et des compétences au Conseil peut conduire les conseillers à mal utiliser certaines règles de droit ou à ne pas en saisir la portée. Dans ces cas, l'orthodoxie de l'interprétation, des définitions ou de la portée des règles juridiques et des concepts employés est rétablie par les professeurs. L'argumentation s'inscrit alors dans une dimension rhétorique, c'est-à-dire persuasive[965]. Parce que le raisonnement juridique a forcément pour point de départ une règle de droit, leur bonne connaissance de ces règles induit nécessairement une position favorable. De ce point de vue, ce savoir essentiel à l'argumentation juridique dont dispose les professeurs leur confère une véritable autorité car « *il est adapté à l'auditoire qu'il s'agit de persuader ou de convaincre* »[966]. Le sens des règles de droit est ainsi souvent rappelé par les professeurs de droit, profitant de la délibération pour clarifier certaines notions (A) ou bien encore pour éclairer les membres du Conseil sur le choix des solutions jurisprudentielles possibles (B).

A. La clarification des notions juridiques

405. Les délibérations démontrent à quel point les professeurs de droit ont porté une attention toute particulière à ce que le sens des notions juridiques employées au cours des discussions ne soient pas dévoyé ou mal compris. La précision du sens des définitions et de l'usage des catégories juridiques est régulièrement rappelée aux membres du Conseil par les professeurs. Les universitaires appliquent donc l'idée, bien connue des juristes, selon laquelle « *le discours ne peut être convaincant que s'il est exact. Il ne faut donc ni se tromper ni de règle, ni sur la règle* »[967].

406. C'est notamment le cas lors de la séance du 21 décembre 1964, au cours de laquelle Marcel Waline, reprenant Léon Noël en précisant la définition de la notion d'autorité judiciaire contenue dans l'article 64 de la Constitution du 4 octobre 1958, définit la notion

[965] G. Vannier, *Argumentation et droit. Introduction à la Nouvelle Rhétorique de Pérelman*, P.U.F., Paris, 2001, 191 p., spéc. pp. 59-62.

[966] Ch. Perelman, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, Dalloz, Paris, 2ème éd., 1999, 193 p., spéc. p. 107.

[967] D. Truchet, « La rhétorique universitaire des juristes contemporains », *Droits*, n° 36, 2002, pp. 57-68, spéc. pp. 58-59.

d'autorité judiciaire : « *l'autorité judicaire s'entend de toute juridiction qui rend des décisions ayant autorité de chose jugée* »[968]. Le 6 novembre 1962, Marcel Waline reprend le Président Monnerville, lui rappelant, à propos du contrôle de la loi référendaire prise par la procédure de l'article 11, qu'elle ne peut être constitutionnelle dans sa nature et ordinaire du point de vue de sa recevabilité, évoquant la « *contradiction dans l'exposé de M. Monnerville* ». Au cours de la même séance, René Cassin rappelle aussi à Le Coq de Kerland, qui estimait que la requête du président du Sénat contre une loi était l'équivalent d'une assignation et qu'elle liait le Conseil, que les règles d'assignation ne s'appliquent pas en droit public[969]. Lors de la séance du 24 mai 1973, à l'occasion d'un contentieux électoral, Coste-Floret recadre le Président Palewski qui justifiait la régularité d'une allocution du Président de la République en pleine élection législative, par la nature à la fois présidentielle et parlementaire du régime de la V^{ème} République. Le professeur de droit lui rétorque alors que de Gaulle a lui-même « *déclaré que le régime demeurait parlementaire et que, d'ailleurs, la responsabilité du Gouvernement devant une assemblée est la marque même de ce type de régime* »[970]. François Luchaire contribue lui aussi, lors de la séance du 7 novembre 1973 à la clarification de notions juridiques. Saisi d'un contentieux de déclassement, le Conseil devait se prononcer sur la nature des dispositions qui fixaient la composition d'un organisme consultatif. Le rapporteur conclut au caractère règlementaire de cette dernière estimant que l'organisme en question n'ayant qu'une fonction consultative, son organisation relevait du pouvoir règlementaire. Luchaire contredit le rapporteur coupable de n'avoir pas retenu une définition correcte de la notion de consultation. En effet, poursuit le professeur de droit, « *la consultation fait partie de la procédure de décision (…) et le Conseil constitutionnel a déjà décidé que la consultation du Conseil d'Etat était une garantie et que les textes la prévoyant présentaient un caractère législatif* », sans quoi « *on pourrait supprimer par décret toute obligation de consulter le Conseil d'Etat* »[971]. L'argument convaincra finalement le rapporteur de revoir son projet de décision. De manière identique, Georges Vedel démontre l'ampleur de sa culture juridique en contentieux électoral, à propos du droit des suppléants de

[968] Séance du 21 décembre 1964, *Nature juridique de l'article 5 alinéa 2 de l'ordonnance n° 58-1274 du 22 novembre 1958 relative à l'organisation des juridictions pour enfant*, A.N. n° 20040168/3.

[969] Séance du 6 novembre 1962, *Loi relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel direct, adoptée par le référendum du 28 octobre 1962*, A.N. 20040168/3.

[970] Séance du 24 mai 1973, *Elections à l'Assemblée nationale*, A.N. n° 20040168/7.

[971] Séance du 7 novembre 1973, *Nature juridique de certaines dispositions des articles 2, 5 et 15 de la loi du 16 décembre 1964 relative au régime et à la répartition des eaux et à la lutte contre la pollution*, A.N. n° 20040168/7.

revenir sur leur acceptation d'assurer la suppléance. Vedel s'oppose à cette règle de droit au motif que l'affirmation d'un tel principe lui parait aller à l'encontre de la définition juridique de l'acceptation. Il précise alors que le terme d'acception, en droit, entraîne la « *fixation définitive d'une position qui ne peut plus être modifiée. Ainsi en droit civil, par exemple, l'acceptation d'une offre forme définitivement un contrat* ». La difficulté induite par l'usage de la notion d'acceptation conduit Georges Vedel à proposer au Conseil de ne pas se prononcer sur la validité de la renonciation du suppléant, suscitant l'accord de la majorité des membres du Conseil au moment du vote[972]. Lors de la séance du 26 août 1986 portant sur la loi relative aux contrôles et vérifications d'identité, Vedel intervient encore dans l'unique but d'encadrer juridiquement les débats, particulièrement en matière pénale. Il rappelle ainsi à l'ensemble du Conseil qu'en matière pénale « *les interprétations strictes s'imposent* »[973]. Au cours de la même séance, Georges Vedel souhaite encore préciser la portée des expressions « *non contraire à la Constitution* » et « *conforme à la Constitution* ». Ces notions étant utilisé par le Conseil constitutionnel indifféremment, il rappelle que si la première expression peut apparaître comme un « *acquittement au bénéfice du doute* », cette précision n'a pas à être donnée dans les décisions du Conseil car « *les deux vocables sont identiques* ».

407. Il arrive cependant que les précisions juridiques des professeurs de droit et le ton professoral parfois employé déplaisent à certains membres comme lors des séances des 2 et 3 septembre 1986. Pierre Marcilhacy, pourtant ancien avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation s'étonne que le législateur établisse, à l'encontre de certaines décisions en matière d'exécution des peines, un recours juridictionnel alors qu'il est établi que l'exécution des peines devrait entièrement relever d'un régime administratif. Georges Vedel explique alors doctement que « *ce n'est pas parce qu'on enseigne à la Faculté de droit de distinguer les catégories administratives des catégories judiciaires qu'il est interdit au législateur de les manipuler et de passer de l'une à l'autre* », poursuivant que, d'un point de vue constitutionnel, seules les catégories constitutionnelles ne peuvent être manipulées, agaçant visiblement son interlocuteur[974]. Au-delà des clarifications notionnelles, les professeurs de droit interviennent encore pour éclairer le sens à donner à certaines décisions.

[972] Séance du 17 septembre 1981, *Elections à l'Assemblée nationale*, A.N. n° 20040168/10.

[973] Séance du 26 août 1986, *Loi relative aux contrôles et vérifications d'identité*, A.N. n° 20040168/12.

[974] Séances des 2 et 3 septembre 1986, *Loi relative à l'application des peines*, A.N. n° 20040168/12.

B. Le choix éclairé des solutions jurisprudentielles

408. La solution jurisprudentielle « *n'est pas le résultat d'une déduction logique mais plutôt le fruit d'une mise en balance d'une pluralité de solutions envisagées ou de la construction et du choix* »[975]. Cette attitude, indispensable pour concevoir la décision, nécessite souvent un effort de pédagogie et consiste à éclairer les membres du Conseil sur les argumentations qu'ils défendent, ou sur les solutions jurisprudentielles qu'ils pourraient dégager[976]. Il est nécessaire pour le juge de choisir une solution en sachant que ses décisions vont « *s'intégrer dans le système de droit dont il constitue un élément central* »[977].

409. Lors de la séance du 2 octobre 1962, relative au recours par le Président le République à l'article 11 pour réviser la Constitution[978], Bernard Chenot propose que, face à une impasse juridique, le Conseil ait recours à « *l'esprit des institutions* », qui serait défini et contenu dans l'article 3 de la Constitution[979]. Pour Bernard Chenot, le droit constitutionnel étant avant tout un droit politique, l'esprit de la Constitution induit que l'arbitre soit le peuple. En d'autres termes, est-il « *antidémocratique de soumettre un problème au peuple ?* ». A cette hypothèse, Cassin rappelle que l'esprit de la Constitution est d'avoir plutôt créé un compromis entre le régime représentatif et la démocratie directe. En conséquence, « *ce compromis, cet équilibre a été difficile à réaliser. Il n'est pas possible que l'architecte le renverse…* », ce qui implique, pour le professeur de droit, l'inconstitutionnalité de la procédure.

---

[975] P. Deumier, « Synthèse », in P. Deumier (dir.), *Le raisonnement juridique. Recherche sur les travaux préparatoires des arrêts*, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », Paris, 2013, pp. 249-269, spéc. p. 250.

[976] A cet égard, Bruno Genevois rapporte, à propos de Georges Vedel, combien cet effort pédagogique est nécessaire dans une juridiction comme le Conseil constitutionnel : « *Il lui fallait être compris de ses collègues, qu'ils soient ou non juristes de formation. Le professeur-rapporteur pouvait même, si besoin est, se laisser aller à une digression ou à une anecdote, dès lors qu'il continuait par ce biais à capter l'attention et, dans la plupart des cas, à convaincre* » (B. Genevois, « Un universitaire au Conseil constitutionnel : le Doyen Georges Vedel », *R.F.D.A.*, 2004, n° 2, pp. 215-223, spéc. p. 219).

[977] Ch. Perelman, *Le raisonnable et le déraisonnable en droit*, L.G.D.J., Paris, 1984, 203 p., spéc. p. 110.

[978] Séance du 2 octobre 1962, *Examen des textes relatifs à l'organisation du référendum et avis à titre officieux du projet de loi que le président de la République envisage de soumettre au référendum et qui a pour objet le mode d'élection du Président de la République*, A.N. 20040168/3.

[979] En l'occurrence il s'agit de l'alinéa 1er de l'article 3 de la Constitution du 4 octobre 1958 : « *La souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum* ».

410. Un autre exemple de cet effort pédagogique pour éclairer les choix du juge est fourni par la séance du 1er juillet 1980 lorsque le Conseil eut à juger de l'opportunité de soulever des moyens de constitutionnalité d'office. Cette technique visant pour le Conseil à examiner d'office certaines dispositions de la loi non critiquées par la saisine, n'a pas encore reçu d'application concrète[980]. Le Conseil ne contrôle pas encore le maniement de cette technique contentieuse et se doit donc d'élaborer progressivement les critères susceptibles de permettre son développement. Alors que le président du Conseil estime opportun de soulever pour la première fois des moyens d'office, une discussion s'engage sur la notion d'ordre public. Georges Vedel prend alors la parole pour préciser ce qu'il faut entendre par moyen d'ordre public : contrairement à un texte d'ordre public, « *l'ordre public du juge est celui qui l'oblige à soulever un moyen. Il exprime des règles auxquelles s'attachent une importance toute particulière* ». Il estime alors qu'il n'appartient pas au Conseil de préciser, dans la décision, l'ordre public en fonction duquel le juge soulèvera désormais d'office la constitutionnalité de certaines dispositions. Il conviendra plutôt « *que la jurisprudence s'établisse cas par cas et, peut-être dans vingt ans, on pourra, en dressant le catalogue de cette jurisprudence, donner une idée plus précise de cet ordre public* »[981]. Georges Vedel va alors tracer les contours de la définition des moyens soulevés d'office puis des critères au regard desquels le juge constitutionnel pourra les soulever. Il estime que « *pour soulever d'office, il faut clairement qu'il y ait un manquement à la Constitution. Il faut là une certaine évidence qui rende la solution incontestable aux yeux de tous. Il faut qu'il puisse apparaître, si le Conseil ne s'est pas saisi, qu'il est impardonnable de ne pas l'avoir fait devant une inconstitutionnalité aussi manifeste* ». Dans une vision pragmatique de la politique jurisprudentielle du Conseil qui lui est propre, Georges Vedel met cependant en garde contre la tentation d'une utilisation abusive de la technique. Elle doit être « *l'illustration éclatante de la nécessité qu'il y avait pour lui à se réserver cette possibilité de se saisir d'office* ». Finalement, le professeur de droit résume les conditions nécessaires à ses yeux, et qui préfigureront la politique du Conseil en ce

[980] Des discussions sur ce pouvoir du Conseil avaient déjà été entreprises à quatre reprises lors des séances du 11 août 1960, *Loi de finances rectificative pour 1960*, A.N. n° 20040168/2 ; séance du 8 novembre 1976, *Loi relative au développement de la prévention des accidents du travail*, A.N. n° 20040168/8 ; séance du 30 décembre 1977, *Loi de finances pour 1978 et notamment ses articles premier et 38 ainsi que l'état A annexé*, A.N. n° 20040168/8 et la séance du 23 mai 1979, *Loi modifiant les modes d'élection de l'Assemblée territoriale et du Conseil de gouvernement du territoire de la Nouvelle-Calédonie et dépendances et définissant les règles générales de l'aide technique et financière contractuelle de l'État*, A.N. n° 20040168/9.

[981] Séance du 1er juillet 1980, *Loi d'orientation agricole*, A.N. n° 20040168/9.

domaine[982]. Elle implique pour lui une double appréciation : « *D'une part, relative à l'importance du principe atteint et, d'autre part, en fonction de l'importance de l'atteinte au principe* ». L'effort pédagogique du professeur de droit est ici d'autant plus important qu'il vient éclairer les membres du Conseil sur la maîtrise par le Conseil de l'étendue de son contrôle. Par son apport technique, le professeur de droit participe ici à la clarification des moyens contentieux dont dispose le juge constitutionnel.

411. A plusieurs reprises, les professeurs de droit, et Georges Vedel en particulier au cours des années 1980, ont insisté pour tenir compte de l'impact des décisions du Conseil constitutionnel. L'exemple caractéristique est la discussion ayant précédé, en 1982, la décision « blocage des prix et des revenus »[983]. En fin de délibération, Vedel souhaite en effet présenter une thèse, « *dans un dernier baroud d'honneur* », qui s'avèrera décisive. Il met en garde les membres du Conseil contre la censure de tout empiètement de la loi sur le domaine du règlement, qui « *rendrait tout travail législatif et tout travail au Conseil constitutionnel impossible* ». En effet, il rappelle que l'élaboration de la loi est toujours le fruit de marchandages entre le Gouvernement et sa majorité, le premier laissant souvent la seconde adopter des mesures de nature règlementaire. Or, pour le professeur de droit, « *si l'on admettait que l'opposition puisse intervenir dans ce marchandage par le biais d'une exception d'inconstitutionnalité pour empiètement de la loi sur le règlement, ce serait lui accorder une arme redoutable, une arme atomique* ». Le même constat peut être fait lors de la discussion de la loi de privatisation en 1986, lorsque Robert Badinter dans son rôle de président du Conseil constitutionnel, attire l'attention des conseillers sur l'importance de la décision qu'ils vont prendre, la privatisation prévue par la loi est « *la plus grande opération de transfert de biens faite depuis la vente des biens nationaux en 1789* », représentant « *22 % du produit intérieur brut de la nation* »[984]. Georges Vedel comme Robert Badinter réussissent à concevoir le contrôle de constitutionnalité en y intégrant des données réalistes, assumant un pragmatisme juridique prenant en compte l'impact des décisions constitutionnelles.

[982] Décision n° 82-146 D.C. du 18 novembre 1982, *Loi modifiant le code électoral et le code des communes et relative à l'élection des conseillers municipaux et aux conditions d'inscription des Français établis hors de France sur les listes électorales*, J.O.R.F. du 19 novembre 1982, p. 3475.

[983] Séance du 30 juillet 1982, *Loi sur les prix et les revenus*, A.N. n° 20040168/10.

[984] Séance du 26 juin 1986, *Loi autorisant le gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social*, précité.

412. Les professeurs ont parfois mis en garde les membres du Conseil, en cours de délibération, contre une décision qui pourrait court-circuiter la continuité jurisprudentielle. C'est le cas lors de la séance du 17 juillet 1980 portant sur une loi d'autorisation de ratification d'une convention d'entraide judiciaire en matière pénale entre la France et l'Allemagne qui pouvait avoir des incidences sur l'indépendance de l'autorité judiciaire[985]. Par anticipation, Georges Vedel rappelle aux membres du Conseil que le 22 juillet, ils auraient à connaître du même problème de l'indépendance judiciaire soulevé par la saisine contre la loi validant des actes administratifs. Conscient de la nécessité de préserver la cohérence jurisprudentielle, il insiste pour qu'il n'y ait « *aucune contradiction entre les deux décisions* ». Au cours de la même séance, Robert Lecourt propose la rédaction d'un considérant indiquant que la question de la conformité à un traité en application de l'article 55 n'est pas du ressort du Conseil constitutionnel mais appartient aux tribunaux chargés d'exécuter la loi. Il propose ainsi au Conseil de l'évoquer dans la décision. Encore une fois, Georges Vedel met en garde les membres du Conseil : « *Ce serait là trancher un problème brûlant puisqu'il y a un désaccord total sur cette matière entre le Conseil d'Etat et la Cour de cassation qui le fait depuis l'arrêt Jacques Vabre.* […] *Ce qui serait* […] *trancher un peu vite une opposition entre les deux juridictions suprêmes administratives et judiciaires* ».

413. Lors de la séance des 1er et 2 juillet 1986[986], Maurice-René Simonnet et Georges Vedel vont préciser les sources du contrôle de constitutionnalité. La juridiction était saisie d'une loi autorisant le Gouvernement à délimiter les circonscriptions électorales par ordonnance. Les requérants faisaient alors valoir que l'exclusivité de la compétence du Parlement en matière de découpage électoral relevait « *de la tradition parlementaire* » française. Au cours de la discussion, Maurice-René Simonnet précise que si cette tradition existait effectivement sous la IIIème République, elle fut abandonnée sous les IVème et Vème République. Georges Vedel, quant à lui, approfondit l'intervention de Simonnet, précisant que la « *tradition républicaine* » est une expression employée par le Conseil d'Etat avant 1958 dans le cadre du partage de la loi et du règlement. En outre, le Conseil constitutionnel ne peut se référer qu'aux P.F.R.L.R., Vedel participant ainsi à l'affinement des sources constitutionnelles mobilisables. Ces intervenions rappellent le rôle joué par les professeurs de droit de gardien de la rigueur et de

[985] Séance du 17 juillet 1980, *Loi autorisant la ratification de la convention franco-allemande additionnelle à la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénal du 20 avril 1959*, A.N. n° 20040168/9.

[986] Séance du 1er juillet 1986, *Loi relative à l'élection des députés et autorisant le gouvernement à délimiter par ordonnance les circonscriptions électorales*, A.N. n° 20040168/12.

la qualité du raisonnement du juge en ayant de cesse de rappeler le sens et la portée des règles que le juge constitutionnel français peut valablement soulever.

414. La séance du 17 mars 1987 révèle encore la force de persuasion des professeurs de droit et l'influence particulière exercée par Georges Vedel sur la décision du Conseil. Il s'agissait pour le Conseil constitutionnel, suite à une demande de déclassement du Gouvernement, de déterminer la nature juridique d'une disposition relative aux caisses de crédit municipal. Ces caisses de crédit sont des établissements publics à caractère administratif ; la demande de déclassement portait plus précisément sur les mots « *à caractère administratif* ». Le rapporteur Maurice-René Simonnet propose au Conseil de trancher en faveur du déclassement, dans la mesure où l'indication du caractère de l'établissement ne figure pas au nombre des « *règles constitutives* »[987] qui, elles, sont de la seule compétence du législateur selon l'article 34 de la Constitution. Le Président du Conseil paraît cependant perturbé par la terminologie employée par le rapporteur, l'expression « *règles constitutives* » lui semblant contradictoire. Pour lui, il vaudrait mieux revenir sur le vocabulaire et parler de « *règles déterminant les éléments constitutifs* ». Le Président ne semblant pas conscient des bouleversements que ce changement créerait, Vedel lui rappelle alors que le terme « constitutif » est synonyme de constituant. « *Dans les règles qui déterminent l'existence d'une catégorie, il y en a qui ont une valeur constituante, qui déterminent les éléments qui ne peuvent être changés que par la loi. Ainsi, dans cette pièce, les murs, les fenêtres, les portes, les meubles sont des éléments constitutifs, mais seuls les murs sont des "règles constitutives"* ». De ce point de vue, il est déconseillé de changer une expression qui a acquis « *valeur en droit* », « *sur un scrupule de grammaire avec trente ans de retard* ». Pourtant, le président du Conseil insiste, demandant si cette expression figure dans la dernière édition du vocabulaire juridique de Capitant, et préférant celle de « *règles énonçant les éléments constitutifs* ». Or, pour Vedel, la position historique désormais acquise par le Conseil constitutionnel depuis trente ans impose de ne pas intervenir sur la notion. De façon encore très imagée et didactique, il précise : « *De même que l'erreur du jeune assistant devient dogme lorsqu'il est devenu professeur, de même, l'erreur d'une jeune juridiction devient vérité lorsqu'elle est maintenue par une juridiction parvenue à maturité* ». Le professeur de

[987] Ces règles constitutives, dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, concernent les règles de création des établissements publics administratifs (Décision n° 82-127 L du 10 novembre 1982, *Nature juridique des dispositions de l'article 4, alinéa 2, de la loi n° 75-1 du 3 janvier 1975 portant création du Centre national d'art et de culture Georges-Pompidou*, J.O.R.F. du 11 novembre 1982, p. 3393).

droit alerte ainsi les membres du Conseil sur l'importance que constitue l'impact des décisions sur un auditoire qui, dans les années 1980, est désormais habitué à vivre avec les solutions stables dégagées par la jurisprudence constitutionnelle. Il ajoute ainsi, qu' « *en cédant au vœu du Président, on aboutirait à avoir quatorze commentaires sur le changement de définition des règles de détermination des catégories d'établissement publics* », emportant alors l'adhésion du Président qui n'avait pas la conscience d'un Georges Vedel sur l'impact possible d'une telle modification. Pour illustrer son propos, le professeur de droit donne un exemple concernant une erreur sémantique ayant acquis valeur de droit : « *Dans la définition des cas d'ouvertures du recours pour excès de pouvoir on continue toujours à parler d'ouverture pour violation de la loi par référence à la vieille formule violation de la loi et des droits acquis, alors que le terme est désormais impropre* ». Il est très probable que, sans l'intervention de Georges Vedel, le Conseil aurait opéré un changement dans la définition évoquée. Son intervention vient donc éclairer, lors de la délibération, les membres de la juridiction sur le sens et la portée des solutions jurisprudentielles entre lesquelles doit trancher le juge constitutionnel.

415. Les débats menés au cours des délibérations montrent à quel point les professeurs de droit se sont faits tout à la fois acteurs indispensables du déroulement de la délibération, et garants de la bonne interprétation du droit. Indéniablement, ils ont mis au service de la décision collective leur autorité juridique, dépassant les contraintes propres à la collégialité de la décision en usant des ressources inhérentes à leurs compétences. Au-delà de leur autorité juridique, les professeurs ont également influencé la méthodologie du juge constitutionnel en développant une argumentation juridique déconnectée de tout jugement en opportunité politique. Les professeurs de droit ont en effet, par leur prise de position, rappelé que seul le raisonnement juridique peut valablement soutenir la prise de décision collective. Cette éthique de l'argumentation est un des apports incontestable des professeurs de droit, dont le réflexe juridique assure un traitement autonome des questions de constitutionnalité.

Section 2. La défense de l'autonomie du raisonnement juridique

416. Georges Vedel estimait que « *ce n'est pas par le droit que les problèmes politiques se règlent, mais le juriste, qu'il soit de droite, qu'il soit de gauche, est tout de même un peu comme un mathématicien, formé à un type de logique. Il ne peut pas se laisser aller à des préférences étrangères au droit, parce que constamment, sa méthodologie et sa déontologie le ramène au véritable problème* »[988]. Il a été démontré à quel point certains contentieux sont propices au développement d'arguments politiques. Ce fut notamment le cas pour certaines décisions relatives à l'Algérie ou pour certains contentieux de déclassements[989]. Le même constat s'opère sur l'ensemble de la période couvrant la Présidence de la République de Charles de Gaulle, particulièrement lorsque le Conseil exerce sa fonction consultative[990]. Même le contentieux normatif n'est pas épargné, particulièrement lorsque les lois contrôlées par le Conseil sont révélatrices d'un choix de société, mettant la rigueur juridique des membres du Conseil à l'épreuve de leurs convictions morales et politiques[991]. Devant ce constat, la lecture des délibération démontre que les professeurs de droit ont permis d'affirmer et d'approfondir une éthique de l'argumentation au cours du délibéré en recentrant constamment les débats sur le terrain du droit, conscients de la nécessité de respecter une méthode juridictionnelle de traitement des questions de constitutionnalité. En conséquence, l'usage d'arguments politiques fut très rare chez les professeurs de droit (§1) et leur préférence est allée plus à l'application autonome des principes qu'à la prise en compte de l'opportunité politique des décisions (§2).

[988] G. Vedel, « Témoignages d'anciens du Conseil constitutionnel », in *Le Conseil constitutionnel a 40 ans*, L.G.D.J., Paris, 1999, pp. 57-67, spéc. pp. 66-67.

[989] B. Mathieu, J.- P. Machelon, F. Mélin-Soucramanien, D. Rousseau, X. Philippe, *Les Grandes délibérations du Conseil constitutionnel. 1958-1986*, précité, pp. 42-43.

[990] *Idem*, pp. 142-143.

[991] *Idem*, pp. 338-339 et pp. 343-344.

§ 1. L'usage en apparence limité d'arguments politiques chez les professeurs de droit

417. Si les professeurs de droit participent indéniablement à l'orientation juridique des débats et haussent le niveau juridique des délibérations, leurs interventions n'ont cependant pas toujours été dénuées de toute réflexion en opportunité politique. Le contexte est alors d'une grande importance pour comprendre les argumentations extra juridiques auxquelles les professeurs de droit se sont parfois abandonnés. Ainsi, René Cassin et Marcel Waline, lors de la Présidence de de Gaulle, ont su déconnecter leurs positions politiques du traitement juridique du contentieux soumis à leur jugement (A). Cependant le même René Cassin et Paul Coste-Floret semblent avoir, à quelques occasions, fait entorse à l'autonomie du raisonnement juridique, notamment, pour le second, lors du traitement de la constitutionnalité de la loi portant sur l'interruption volontaire de grossesse le 15 janvier 1975 (B).

A. L'objectivité de René Cassin et de Marcel Waline face au gaullisme

418. Durant les premières années d'existence du Conseil constitutionnel, les rapports entretenus par René Cassin et Marcel Waline avec le gaullisme et l'attachement à la personnalité du général de Gaulle n'ont jamais, à la lecture des délibérations, influencé les professeurs de droit quant au sens donné à leur argumentation.

1. L'exemple de l'avis du 8 décembre 1960 et du statut de la R.T.F.

419. Les relations qui unissent Cassin au général de Gaulle sont parfois ambiguës, cependant le professeur de droit conserve une certaine indépendance politique. Comme l'explique Emmanuel Decaux, l'un des traits propre à la relation entre Cassin et de Gaulle est que le premier « *est celui qui sait dire non à de Gaulle, inébranlable qu'il est sur les principes républicains* »[992].

[992] E. Decaux, « René Cassin : entre mémoire et histoire », *Droits fondamentaux*, n° 8, 2010, pp. 1-22, spéc. p. 16.

420. Le 8 décembre 1960 à l'occasion de l'avis rendu sur référendum d'autodétermination de l'Algérie, René Cassin relève les limites de la réaction du projet de décret visant les conditions dans lesquelles les partis politiques peuvent user des moyens de propagande. En effet, il fait observer au Conseil que les conditions à remplir pour user des moyens de propagande ne sont pas identiques à tous les partis ou groupements politiques. En conséquence, il insiste pour que le Gouvernement précise les raisons pour lesquelles les groupements admis à faire propagande en Algérie pour le référendum de janvier ne sont pas ceux qui pourraient être admis lors du référendum d'autodétermination, tant « *les intentions du général de Gaulle ne sont pas toujours traduites de manière claire* »[993]. La séance du 23 avril 1961, relative à l'avis concernant le recours à l'article 16 de la Constitution, démontre encore que les considérations politiques de certains membres à l'égard du général de Gaulle s'effacent devant la nécessité et le réflexe de trouver une solution primordialement juridique aux problèmes constitutionnels[994]. A la suite de la tentative de putsch des généraux Français à Alger du 21 avril, le Président de la République souhaite face aux circonstances, faire application de l'article 16 de la Constitution. Il saisit le Conseil constitutionnel afin qu'il émette un avis pour déterminer si les conditions requises à la mise en œuvre des pouvoirs exceptionnels sont réunies. René Cassin est tiraillé entre ses convictions politiques et le respect des limites juridiques en de telles circonstances. Bien qu'il partage l'avis des membres du Conseil sur la gravité de la situation du pays, il estime néanmoins que le recours à l'article 16 est probablement prémédité, car « *il a été rédigé en vue d'une situation analogue à celle de 1940* ». Or, peut-être que le Gouvernement pourrait d'abord tenter de réunir le Parlement afin que celui-ci lui octroie les pouvoirs de rétablir l'ordre par ordonnance de façon à sauvegarder les procédures démocratiques parlementaires. Cette séance est encore l'occasion pour René Cassin, sans s'opposer juridiquement à l'utilisation par de Gaulle des pleins pouvoirs, de déclarer « *qu'il serait de haute politique que le Président de la République n'use pas de ses pouvoirs – même si le Conseil lui donne un avis favorable ; on veut l'abattre ; il a le plus*

[993] Séance du 8 décembre 1960, *Examen pour avis d'un projet de décret fixant les conditions dans lesquelles les partis politiques pourront user des moyens de propagande à l'occasion du référendum relatif à l'autodétermination de l'Algérie*, A.N. n° 20040168/2.

[994] Sur la question du rapport à de Gaulle entretenu par les membres du Conseil et particulièrement par son premier président entre 1959 et 1962, voir Yves Beauvois, « Le Conseil constitutionnel à ses débuts (1959-1962) (I), précité.

grand intérêt à montrer que tous les organes de la Nation sont avec lui »[995]. Le vote de René Cassin en faveur de l'utilisation de l'article 16 ne se révèle pas être un vote partisan. Cependant, lors du débat sur la réunion des conditions juridiques pour recourir aux pouvoirs exceptionnels, la délibération est pour lui l'occasion d'émettre un avis sur l'opportunité politique pour le général de Gaulle d'y recourir. Cette intervention démontre alors la déconnexion entre l'application des règles juridiques et ses convictions politiques, conservant toute l'autonomie du raisonnement juridique.

421. Même lorsque la pression Gouvernementale s'est fait pressente, particulièrement concernant les décisions du Conseil constitutionnel qui pourraient avoir des conséquences politiques négatives pour le Gouvernement, René Cassin a su s'opposer au général de Gaulle. En Mars 1964, le Gouvernement souhaitait que le Conseil place dans le domaine règlementaire l'essentiel du statut de la Radiodiffusion-Télévision Française (R.T.F), de façon à en permettre des modifications par simple décret. De Gaulle tenait semble-t-il beaucoup à la délégalisation du statut de la Radiodiffusion-Télévision pour en contrôler plus aisément les programmes. Cette saisine du Conseil value la pression directe du Premier ministre, et du ministre de l'information Alain Peyrefitte, auprès des conseillers. Léon Noël aurait à cette occasion répondu au ministre de l'information qu'il lui faudrait s'adresser directement à René Cassin, rapporteur de l'affaire. Alain Peyrefitte a alors rencontré le professeur de droit en cours de procédure pour le convaincre d'orienter son rapport en faveur du Gouvernement. Il rapporte les mots qu'ils ont échangés : « *Aujourd'hui, lui a expliqué Cassin, adopter par voie de règlement un statut qui concerne les libertés publiques, ça n'est pas* […] *grandiose, mais c'est juridiquement impossible. Nous devons lui rendre le service de nous y opposer* »[996]. Cassin souhaitait en effet s'opposer, dans le respect du droit, à la tentative de déclassement voulue par le Gouvernement : « *Vous savez combien nous avons servi le Général. Mais il faut lui montrer les limites à ne pas franchir. Cette réforme est du domaine législatif, puisqu'elle touche aux garanties fondamentales des libertés publiques* […] *Ce n'est pas servir le Général que de s'incliner devant ses lubies quand il a tort* […] *Aujourd'hui, adopter par voie de règlement un statut qui concerne les libertés publiques* […] *c'est juridiquement impossible.*

[995] Séance du 23 avril 1961, *Réunion des conditions exigées par la Constitution pour l'application de son article 16*, A.N. n° 20040168/2.

[996] A. Peyrefitte, *C'était de Gaulle*, vol. II, éd. de Fallois/Fayard, Paris, 1997, 653 p., spéc. p. 172.

Nous devons lui rendre le service de nous y opposer »[997]. Les 17 et 19 mars, à la suite du rapport de René Cassin, la juridiction constitutionnelle adopta la décision à l'issue de laquelle les règles régissant la R.T.F. sont du domaine de la loi par six voix contre trois, démontrant à nouveau l'indépendance dont René Cassin a su faire preuve au Conseil constitutionnel. Marcel Waline, lui aussi, a su déconnecter son rôle au Conseil constitutionnel de son attachement aux principes gaullistes.

2. Du soutien théorique de la démocratie directe par Marcel Waline au strict respect des règles constitutionnelles

422. Le 2 octobre 1962, le Conseil constitutionnel est amené à se prononcer par un avis sur la constitutionnalité du projet de loi, qui sera soumis à référendum selon la procédure de l'article 11, relatif à l'élection du Président de la République au suffrage universel direct[998]. Deux questions animent alors le Conseil : doit-il émettre un avis sur le projet de loi de révision et le président peut-il recourir à l'article 11 pour réviser la Constitution ? Les conditions politiques rendent la tâche des juges constitutionnels difficile et laissent présager une orientation des débats plus politique que juridique. Or, tel n'est pas le cas, notamment pour Cassin, qui avoue ressentir « *une grande souffrance* ». Pourtant, il s'efforce d'argumenter dans un sens parfaitement conforme au texte de la Constitution, évitant toute interprétation politique : « *Nous devons interpréter la Constitution comme tout autre texte. Or lorsque dans le même texte, il y a une disposition spéciale et une disposition générale, la disposition spéciale l'emporte. Même si l'article 11 était douteux, l'article 89 l'emporterait* ». Le raisonnement mené par Marcel Waline, pourtant largement acquis aux visions politiques du général de Gaulle, est similaire. En effet, son activité et ses positions constitutionnelles contre le régime des partis, pour l'approfondissement des procédés de démocratie directe entre les mains du Président de la République[999], dans la veine de Carré de Malberg[1000],

[997] *Ibidem*.

[998] Séance du 2 octobre 1962, *Examen des textes relatifs à l'organisation du référendum et avis à titre officieux du projet de loi que le président de la République envisage de soumettre au référendum et qui a pour objet le mode d'élection du Président de la République*, A.N. 20040168/3.

[999] M. Waline, *Les partis contre la République*, précité. Particulièrement favorable à l'instauration du référendum entre les mains du président de la République, Waline voyait notamment dans ce procédé de démocratie directe le moyen de rendre au peuple sa souveraineté.

[1000] R. Carré de Malberg, «Considérations théoriques sur la question de la combinaison du référendum avec le parlementarisme », *R.D.P.*, 1931, pp. 225-244. Il faut cependant préciser que, si Marcel Waline rejoint Carré

auraient probablement dû le conduire à un positionnement plus proche de l'opportunité que du strict respect de la Constitution. Le référendum était en effet le seul moyen pour le maître Strasbourgeois de rendre au peuple une souveraineté confisquée par le Parlement et d'exprimer ainsi la volonté générale et Marcel Waline y souscrivait. Ces positions avaient d'ailleurs conduit ce dernier, devant le Comité consultatif constitutionnel, à proposer que la faculté de recourir au référendum ne soit pas limitée à certaines matières mais soit étendue à tous projets de loi sans distinction, rappelant que « *le peuple est notre maître à tous et qu'il est tout à fait normal qu'il donne son avis* »[1001]. Devant le Conseil constitutionnel, Waline concède alors en cours de séance se sentir « *déchiré* » et, bien qu'ayant « *toujours été un farouche partisan du référendum et de la démocratie directe* », il fut battu dans ses propositions sur le référendum devant le Comité consultatif. Partant, il estime que la Constitution étant ce qu'elle est et non ce qu'il souhaiterait qu'elle soit, l'utilisation de l'article 11 en lieu et place de l'article 89 est, pour lui, contraire à la Constitution.

423. Pour autant, Cassin et Coste-Floret semblent avoir manqué, parfois, au cours de contentieux extrêmement difficiles pour le Conseil constitutionnel, à ce qu'il convient d'appeler l'autonomie du raisonnement juridique.

B. Les rares contre-exemples : René Cassin et Paul Coste-Floret

424. Pour François Luchaire, le choix des membres du Conseil constitutionnel dépend largement de leur expérience dans la gestion des affaires publiques, notamment lorsqu'elle se caractérise par une carrière parlementaire. Il estime ainsi qu'il est parfois « *difficile d'opposer le "politique" au "juriste" ; on peut même dire que le Conseil comprend à la fois une majorité de juristes et une majorité d'hommes politiques* »[1002]. Bien que professeurs de droit, René Cassin (1) et Paul Coste-Floret (2) disposent de ressources politiques très étendues. Ils

---

de Malberg sur cette question, comme plus particulièrement sur celle du positivisme juridique, il n'en est pas son disciple au sens où l'entend a doctrine (voir en ce sens F. Melleray, « L'école de Strasbourg, mythe ou réalité ? », in *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoir. Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Dalloz, Paris, 2003, pp. 319-338, spéc. pp. 326-328).

[1001] *D.P.S.*, vol. 2, précité, p. 320.

[1002] F. Luchaire, *Le Conseil constitutionnel*, précité, p. 72.

sont à la frontière des deux mondes. Le premier n'a certes jamais connu l'élection populaire mais il a participé à la reconstruction politique de l'Etat français au cours, puis à l'issue de la Guerre ; Le second a été nommé au Conseil à la fin d'une longue carrière parlementaire. Les deux professeurs de droit ont alors ponctuellement pris des distances avec le droit, préférant parfois raisonner en opportunité politique plutôt que du strict point de vue juridique.

1. Les distances prises avec le droit par René Cassin

425. Lorsque Cassin fait son entrée au Conseil constitutionnel, le pays est confronté à la crise engendrée par la guerre d'Algérie. Ces évènements, qui ont aussi secoué le Conseil constitutionnel, semblent trouver un dénouement en septembre 1961. Le 29 septembre 1961[1003], le Président de la République adresse au Conseil une lettre l'informant de sa décision de mettre fin à l'application de l'article 16. Cependant, il informe aussi la juridiction qu'il souhaiterait recueillir son avis sur un projet de décision destiné à proroger de plusieurs mois l'application de certains textes pris en vertu de l'article 16, notamment ceux qui modifiaient la compétence et la composition des Tribunaux Militaires d'exception créés en avril 1961[1004]. Si, jusqu'à présent, René Cassin avait su déconnecter l'examen en opportunité politique de l'analyse juridique, particulièrement au cours des évènements entourant la guerre d'Algérie, cette séance du 29 septembre l'entraîne pourtant dans une analyse de pure opportunité politique. Certes, la multiplication de ces avis officieux rend le Conseil constitutionnel nécessairement plus perméable à la logique politique et déconnecte un peu les membres de la rigueur juridique qui sied normalement aux décisions du Conseil. Lors de cette séance, Cassin est toujours fidèle à sa position d'origine qui consistait à associer les Assemblées dans le processus de résolution du conflit, précisant que « *les chicanes avec les Assemblées ont gratuitement discrédité l'usage de l'article 16* ». Sur le fond, il considère qu'il existe deux catégories de décisions : celles ayant un but immédiat et temporaire de rétablissement des institutions et celles qui, à raison de leur objet, peuvent avoir un caractère permanent. C'est à propos des premières que le Conseil doit se prononcer. René Cassin élabore alors tout un raisonnement en pure opportunité. Les mesures que le Président de la

[1003] Séance du 29 septembre 1961, *Avis du 29 septembre 1961 (fin de l'application de l'article 16)*, A.N. n° 20040168/2.

[1004] L'affaire donnera lieu quelques mois plus tard au célèbre arrêt *Canal*, lorsque le Haut Tribunal Militaire sera remplacé par une Cour militaire de justice (C.E., Ass., 19 octobre 1962, *Canal, Robin et Godot*, Rec. p. 552).

République se propose de proroger consistent finalement à soumettre au Haut Tribunal Militaire des faits commis après la période d'application de l'article 16, sachant que ces tribunaux d'exception ne peuvent normalement être créés que par la loi. Pourtant, Cassin en appelle au devoir du Conseil de les juger selon leur opportunité politique. En effet, le professeur de droit déclare : « *Nous avons le droit et le devoir d'apprécier le projet au point de vue politique* […] *Quant à l'article 4 (qui remplace dans le Tribunal Militaire un officier par un magistrat) il n'est pas impossible que l'opinion publique accueille favorablement cette modification…* ». Plus encore, alors que le texte prévu par le Président fixe la date limite à la prolongation des mesures, Cassin, estimant que « *le Général a voulu faire un acte d'espérance* », préfèrerait que le Conseil propose au général de Gaulle de ne pas fixer de délai, lui laissant « *le soin d'apprécier s'il est préférable de ne pas prévoir de date limite ou de fixer celle-ci* ». L'analyse menée par le professeur de droit révèle ainsi une distance très claire prise avec le droit et une volonté de plaire et de prendre à parti l'opinion publique, face une question qui implique la prorogation de mesures devant normalement prendre fin après le rétablissement du fonctionnement normal des institutions. C'est d'ailleurs ce que le rapporteur reproche à Cassin. Il lui rappelle que les mesures de l'article 16, qui ont pour but de donner aux pouvoirs publics les moyens d'accomplir leur mission, « *n'ont rien à voir avec les pleins pouvoirs. A partir du moment où le but est atteint, leur effet doit cesser* […] *Plus on multiplie les atteintes à la Constitution, plus on accroît le désordre de l'Etat* ».

426. Une autre séance mérite d'être citée dans la mesure où elle révèle encore une orientation politique chez Cassin. Le 2 avril 1969[1005], le Conseil constitutionnel est saisi pour avis, dans le cadre de l'article 11 comme en 1962[1006], d'un projet de décret décidant de soumettre un projet de loi constitutionnelle au référendum. Plus exactement, l'avis officieux devait être rendu de façon à avertir le Président de la République de son inconstitutionnalité et plus précisément du risque de la tenue du référendum. Là encore, de façon très didactique, Cassin expose les trois solutions possibles pour le Conseil : prendre une décision d'incompétence, émettre comme en 1962 un avis officieux sur la constitutionnalité du référendum ou prendre parti sur la mention de l'article 11 dans les visas de l'examen des

[1005] Séance du 2 avril 1969, *Examen pour avis d'un projet de décret décidant de soumettre un projet de loi au référendum*, A.N. n° 20040168/6.

[1006] Séance du 2 octobre 1962, *Examen des textes relatifs à l'organisation du référendum et avis à titre officieux du projet de loi que le président de la République envisage de soumettre au référendum et qui a pour objet le mode d'élection du Président de la République*, précité.

textes d'organisation du projet de décret décidant de soumettre le projet de loi au référendum. Pour Cassin[1007], encore une fois, le recours à l'article 11 est inconstitutionnel. Comme en 1962, l'article 11 n'a pas été prévu pour recevoir l'application qui en est faite en 1969. En conséquence, face aux risques politiques qu'entraînerait un refus populaire pour de Gaulle, Cassin exhorte littéralement ses collègues à voter la transmission d'un avis officieux argumentant sur l'inconstitutionnalité du projet et surtout sur les risques qu'il implique. Il estime en effet que « s*ur le plan de notre honneur professionnel si nous ne faisions pas ce geste l'institution dont nous sommes membres ne serait pas honorée. C'est le devoir du Conseil constitutionnel dans une circonstance où tout citoyen a son droit de parole d'exprimer son avis. En faisant cela nous servons le régime et notre honneur. Le Conseil a le devoir de signaler au Chef de l'Etat les obstacles qui s'opposent à ce référendum sinon, moralement, notre institution sera morte* ». L'envoi de cet avis serait ainsi « *une preuve de courage et de loyauté envers le Chef de l'Etat* ». L'impact symbolique de cette décision chez Cassin et le vocabulaire employé trahissent l'importance que revêtent pour lui ce référendum et les risques politiques liés à sa réalisation.

427. Si René Cassin s'est ponctuellement écarté d'un raisonnement strictement juridique, Paul Coste-Floret a lui aussi, à plusieurs reprises, pris ses distances avec l'analyse juridique.

2. Les distances prises avec le droit par Paul Coste-Floret

428. Paul Coste-Floret, dont l'autorité juridique au Conseil fut indéniable, sut faire valoir certaines de ses convictions politiques au cours des délibérations. Il faut dire que son profil le plaçait à la frontière du monde universitaire et du monde politique. Ce fut notamment le cas le cas lors de la séance du 25 avril 1974 au cours de laquelle il fut fait mention de l'attitude et des pratiques politiques d'Alain Krivine[1008]. Certains conseillers s'indignèrent des pratiques politiques et des déclarations publiques du candidat communiste. Alors que Jean Sainteny estimait nécessaire d'agir préventivement à l'encontre d'Alain Krivine en instaurant un

[1007] Comme d'ailleurs pour François Luchaire, car seul Marcel Waline estime que le projet est constitutionnel.

[1008] Alain Krivine était le candidat aux élections présidentielles de 1974 du Front communiste révolutionnaire ; Séance du 25 avril 1974, *Examen des réclamations de M. Mitterrand contre l'attribution à M. Chaban-Delmas de la croix de Lorraine comme signe figurant sur les bulletins de vote dans les territoires d'outre-mer*, A.N. n° 20040168/7.

contrôle de fond des déclarations des candidats, Coste-Floret donna un avis politique sur les dernières déclarations publiques du candidat qu'il trouvait « *scandaleuses* ». Il justifiait ainsi sa volonté d'élargir la compétence du Conseil constitutionnel en matière de contrôle des déclarations publiques des candidats à l'élection présidentielle. François Goguel lui rappela finalement qu'il était tout à la fois impossible et « *dangereux* » pour le Conseil constitutionnel d'effectuer un tel contrôle préventif des déclarations publiques des candidats.

429. Outre cet exemple, la seule séance au cours de laquelle il est possible de faire état d'un raisonnement en termes de valeurs politiques par un professeur de droit est celle des 14 et 15 janvier 1975 relative à la loi Veil sur l'interruption volontaire de grossesse[1009]. Les premiers mots du rapporteur démontrent à quel point le texte soumis au Conseil contribuera, lors de la discussion, à bousculer les convictions et les principes philosophiques des membres du Conseil. Le rapporteur Goguel précise en effet : « *Aucun des problèmes qui ont été soumis au Conseil constitutionnel depuis que j'en fais partie ne m'a* […] *paru aussi complexe et difficile que celui de la loi sur l'interruption volontaire de la grossesse, parce qu'aucun ne comportait de données aussi diverses, d'ordre moral, d'ordre métaphysique d'ordre social autant que d'ordre proprement juridique* »[1010]. La discussion autour de la première question relative à la compétence du Conseil en matière de contrôle de conventionalité ne pose pas de difficultés particulières[1011]. En revanche, la constitutionnalité des dispositions de la loi visant la libéralisation de l'avortement fait naître un débat de fond entre les membres du Conseil au cours duquel les positions philosophiques et politiques du professeur de droit ont pris le pas sur le raisonnement juridique.

430. Ainsi, Paul Coste-Floret déclare, en introduisant son argumentation sur la constitutionnalité du texte : « *Le Conseil a eu à examiner le matin une question de droit pur et il s'en est tenu à cela. Pour la deuxième partie de l'affaire* […] *il est impossible de faire abstraction de ses pensées religieuses ou philosophiques* ». Le texte avait été présenté par la Ministre de la Santé Simone Veil. Il ajoutait aux cas déjà prévus par la loi de 1920 de péril pour la santé de la mère et affection grave et incurable de l'enfant à naître, celui de la

[1009] Séance du 15 janvier 1975, *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse*, A.N. n° 20040168/7.

[1010] *Ibidem*.

[1011] Les juges se prononcent en effet à l'unanimité en faveur des conclusions du rapporteur tendant à déclarer l'incompétence du Conseil constitutionnel (*Ibid.*).

« *situation de détresse* » de la mère, l'intervention devant avoir lieu, dans ce dernier cas, avant la fin de la dixième semaine de grossesse. Coste-Floret rappelle qu'il est partisan, depuis le début des années soixante-dix, d'une libéralisation de la loi de 1920 interdisant l'avortement, mais seulement dans certaines conditions car il « *ne se sent pas disposé à imposer aux autres sa morale personnelle* ». En revanche il est opposé à une libéralisation totale que désormais, pour lui, la loi rendrait possible. Soutenu par Brouillet, Coste-Floret s'oppose au rapporteur sur un point bien précis. Il estime en effet que le Conseil doit se fonder sur le principe du droit à la vie, qu'il défend être un principe fondamental reconnu par les lois de la République. Pour justifier sa thèse, il soutient une conception très extensive de cette catégorie, destinée à y faire entrer le droit à la vie. Pour le professeur de droit, ces principes « *ne sont pas seulement ceux de ces principes qui ont été affirmés par la République, et d'ailleurs laquelle ? Mais qu'il faut également y ranger les principes antérieurs que la République à fait sienne* », reprenant, sans la citer, une interrogation de Jean Rivero, en 1972, sur le champ d'application de ces nouveaux principes constitutionnels[1012]. Il propose ainsi de s'appuyer sur les articles 725 et 906 du Code civil pour justifier l'existence de ce principe fondamental. La séance fut l'occasion pour les membres du Conseil de débattre sur la valeur constitutionnelle du préambule de 1958, Coste-Floret argumentant que le Conseil ne pouvait pas revenir sur sa pleine valeur constitutionnelle dégagée quatre années plus tôt[1013]. En conséquence, il utilise, voire instrumentalise, la catégorie juridique de façon à « *construire un principe constitutionnel qui ne figure pas explicitement dans les déclarations* »[1014] mais qui justifie une position originelle plus philosophique que juridique. D'ailleurs, François Goguel estimera que Coste-Floret opère un « *glissement* » des P.F.R.L.R., ayant valeur constitutionnelle, vers les principes généraux du droit n'ayant qu'une valeur législative et auxquels pourraient appartenir les deux articles du Code civil évoqués par le professeur de droit. Il poursuit, comme un avertissement, en affirmant qu'une conception extensive de cette catégorie constitutionnelle contribuerait dans l'avenir à bloquer toute évolution législative tant il serait « *facile à soixante parlementaires de déférer des lois au Conseil et d'invoquer la contrariété avec un principe fondamental reconnu par les lois de la République* ».

[1012] J. Rivero, « Les "principes fondamentaux reconnus par les lois de la République" : une nouvelle catégorie constitutionnelle ? », *D.*, Chron., 1972, pp. 265-268.

[1013] Décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, *Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association*, J.O.R.F. du 18 juillet 1971, p. 7114.

[1014] B. Mathieu, J.- P. Machelon, F. Mélin-Soucramanien, D. Rousseau, X. Philippe, *Les Grandes délibérations du Conseil constitutionnel. 1958-1986*, précité, p. 241.

431. Finalement, l'argumentation du rapporteur, qui avait conclu à la conformité de la loi à la déclaration de 1789 et au préambule de 1946, l'emportera sur celle de Coste-Floret. Nonobstant, la constitutionnalité des dispositions de la loi visant la libéralisation de l'avortement a fait naître un débat de fond entre les membres du Conseil au cours duquel les convictions morales et politiques du professeur de droit se sont indéniablement mêlées au raisonnement juridique. Ces exemples ne doivent pas masquer un constat essentiel au terme duquel les professeurs de droit ont activement participé à la construction d'un raisonnement juridique autonome, déconnectant l'application des principes juridiques du contexte politique entourant la décision.

§ 2. L'application autonome des règles juridiques par les professeurs de droit

432. Après avoir siégé au Conseil, Jacques Robert, s'exprimait ainsi à propos de la différence qu'il a ressentie entre les membres politiques et les membres juristes : « *Les juristes sont plus sensibles à la motivation "juridique" de la décision et aux principes qui sont en cause. Les politiques- eux – voient peut-être plus les conséquences sur l'opinion ou sur les électeurs, (quand ce sont d'anciens députés) de la décision que l'on prendra* »[1015]. Certains contentieux que le juge constitutionnel doit traiter peuvent inciter les membres de la juridiction à prendre leur distance avec le droit.

433. C'est le cas de la compétence consultative et électorale du Conseil, à propos desquelles les professeurs de droit ont régulièrement rappelé la nécessité du respect d'une légalité formelle (A). En contentieux normatif, ces mêmes acteurs du contrôle de constitutionnalité sont intervenus pour que l'objectivité du raisonnement aboutissant à la décision soit sauvegardée (B).

[1015] J. Robert, « Témoignages d'anciens du Conseil constitutionnel », précité, p. 64.

A. Le respect d'une légalité formelle en matière consultative et électorale

434. Au cours des périodes de fortes tensions politiques, le Conseil constitutionnel est régulièrement consulté pour rendre des avis officieux. Ces avis demandés par les autorités exécutives sont très largement dépendant du contexte politique. Les débats animant alors la juridiction s'orientent facilement sur le terrain politique voire partisan. Pourtant, les professeurs de droit semblent être, en ces circonstances plus qu'à d'autres moments peut-être, les dépositaires de la rigueur juridique des débats.

435. Le 10 avril 1972, le Conseil constitutionnel est consulté pour avis sur un projet de règlement organisant l'usage des antennes de l'O.R.T.F. par les partis et groupements politiques pour la campagne en vue du référendum d'avril 1972. Il prévoyait notamment l'obligation pour les partis de participer à la « *campagne de civisme pour la participation au scrutin* » destiné à lutter contre les slogans abstentionnistes. Au cours de la séance, François Luchaire s'illustre en considérant qu'il est nécessaire de supprimer le mot civisme dudit règlement. Selon lui, « *c'est taxer d'incivisme une formation politique qui recommande l'abstention. C'est donc une mesure politique* ». Il démontre alors que l'attitude d'une formation politique recommandant l'abstention repose sur un fondement politique valable, dès lors que constitutionnellement le vote n'est pas obligatoire. Par conséquent, « *si le Conseil prend parti pour la campagne contre l'abstention, il prend une position politique* »[1016]. La réaction de François Luchaire, souhaitant éviter que le Conseil ne s'engage sur le terrain de l'opportunité politique, démontre encore la nécessité pour les professeurs de recentrer constamment le débat sur le droit, déconnectant l'analyse juridique objective du sentiment politique ou de leur propre conviction.

436. Le même constat doit être opéré en contentieux électoral. A sa sortie du Conseil constitutionnel en 1998, Jacques Robert confirmait qu'en matière électorale, il arrive toujours que les conseillers, selon leur sensibilité politique « *aient* […] *la tentation de "sauver" ou*

[1016] Séance du 10 avril 1972, *Examen pour avis d'un projet de règlement prévoyant l'usage des antennes de l'O.R.T.F. par les organisations habilitées à user des moyens officiels de propagande*, A.N. n° 20040168/6.

"d'enfoncer" l'élu contesté… […] *Au moment de certains votes, les sensibilités peuvent réapparaître !* »[1017]. Pourtant, le contrôle des élections a régulièrement donné l'occasion aux professeurs de droit d'insister sur la nature juridictionnelle du Conseil en rappelant l'orthodoxie de l'application des règles du droit électoral. Par exemple, lors de la séance du 15 mai 1969, Marcel Waline précise en début de séance que le Conseil constitutionnel n'a pas le droit « *de porter un jugement de valeur sur les candidatures* » et que son jugement doit se contenter d'une application stricte des textes entourant notamment le contrôle de la régularité des candidatures[1018]. Lors de cette séance, en effet, c'est l'éligibilité d'Alain Krivine qui est discutée par les membres du Conseil. Le candidat communiste ne paraissait pas répondre à la condition d'éligibilité prévue par le code électoral au terme de laquelle le candidat doit avoir satisfait à ses obligations militaires. Seulement, la règle est discutée car le candidat était en train d'effectuer son service militaire. Le rapporteur, comme la plupart des membres du Conseil, ont alors estimé qu'il était nécessaire d'avoir effectué son service militaire pour être éligible. Cependant, François Luchaire rappelait que la condition ne pouvait être interprétée de façon aussi stricte, le Conseil d'Etat ayant reconnu que le sursis à incorporation permettait de satisfaire aux obligations posées par le Code électoral[1019]. De manière encore très significative, les professeurs de droit vont collectivement s'illustrer au cours de la même séance dans le sens du plus strict respect du droit, particulièrement lors de ce contentieux électoral au cours duquel la majorité des membres souhaitent s'opposer à la candidature d'Alain Krivine pour des raisons morales. Pragmatique, René Cassin précise alors qu'en cas de refus de la candidature par le Conseil, « *il se trouvera bien un juriste pour expliquer la position du Conseil et qu'un refus de la candidature de M. Krivine serait un argument de plus pour ceux qui prétendent que la justice est inique* ». Face aux réactions d'ordre moral des membres du Conseil, François Luchaire insiste en faveur d'une solution allant dans le sens du strict respect du droit, n'ayant « *aucun doute sur la règle juridique que le Conseil doit appliquer* » ; cependant, il ne peut « *repousser une candidature pour des raisons d'ordre moral qui ne seraient pas d'ordre juridique* ». Ces précautions conduisent finalement le Conseil à logiquement valider la candidature d'Alain Krivine qui, sans l'intervention de

[1017] J. Robert, « Neuf années au Conseil constitutionnel. Débat entre Jacques Robert et Dominique Rousseau », *R.D.P.*, 1998, n° 5, pp. 1748-1770, spéc. p. 1750.

[1018] Séance du 15 mai 1969, *Décision arrêtant la liste des candidats à l'élection du Président de la République*, A.N. n° 20040168/6.

[1019] C.E., 13 juillet 1967, *Elections municipales de Bouhans-les-Montbozon (Haute-Saône)*, Rec. p. 330.

François Luchaire et de René Cassin, ne l'aurait certainement pas été, et ce au mépris évident de la rigueur du raisonnement juridique.

437. A cette époque, les membres sont encore hostiles aux évolutions vers une plus grande juridictionnalisation du Conseil constitutionnel, notamment en contentieux électoral. L'application de l'effet utile conduit le Conseil à s'accommoder facilement d'irrégularités flagrantes pour ne pas déstabiliser le scrutin. François Luchaire est ainsi particulièrement attentif à ce que le Conseil constitutionnel soit vigilant et intransigeant dans le contrôle des irrégularités relevées à l'issue des élections nationales. Il souhaite en effet s'écarter le plus possible des interprétations larges, le réalisme politique du contrôle devant s'effacer devant l'application des principes démocratiques. Ainsi, le 7 juin 1973, le rapporteur conclut au rejet d'une requête contre l'élection d'un député malgré une irrégularité flagrante concernant un affichage de propagande irrégulier entre les deux tours des élections législatives. Luchaire s'oppose à de telles conclusions, estimant que le Conseil se trouve devant une « *affaire grave* », l'écart de voix étant très faible. Il estime ainsi que le Conseil se doit de sanctionner en ces cas de telles irrégularités, l'affichage irrégulier ayant tout à fait pu changer le résultat[1020]. De plus, lors de la séance du 27 juin 1973, François Luchaire, avec le soutien de Paul Coste-Floret, fustige encore les largesses prises avec le respect des règles électorales du fait de l'application du principe de l'effet utile : « *Nous continuons à laisser s'effilocher les règles juridiques dans tous les domaines.* […] *En laissant la loi de côté nous ne rendons service ni à notre institution, ni à notre pays* »[1021].

438. La vigilance des professeurs pour l'application autonome des principes juridiques ne s'exprime pas seulement en matière consultative et en contentieux électoral. Elle s'exprime également au cours du contentieux normatif, se caractérisant par une recherche d'objectivité dans le traitement des questions de constitutionnalité soumises au Conseil.

[1020] Séance du 7 juin 1973, *Elections à l'Assemblée nationale*, A.N. n° 20040168/7. Cette séance préfigure l'influence qu'aura François Luchaire, soutenu par Coste-Floret en matière d'intensité du contrôle opéré en contentieux électoral lors de la séance du 11 juillet 1973 (voir *supra* § 401).

[1021] Séance du 27 juin 1973, *Elections l'Assemblée nationale*, A.N. n° 20040168/7 ; Voir en ce sens B. Mathieu, J.- P. Machelon, F. Mélin-Soucramanien, D. Rousseau, X. Philippe, *Les Grandes délibérations du Conseil constitutionnel. 1958-1983*, précité, p. 136.

B. La quête d'objectivité en contentieux normatif

439. La lecture des délibérations démontre à quel point elles réalisent, au cours des séances, l'amalgame de l'ensemble des positions et des argumentations. La délibération est l'occasion de vider la discussion sur l'interprétation de la Constitution ou sur la solution appropriée à donner à la constitutionnalité d'un texte. Elle révèle aussi à quel point les professeurs de droit se trouvent dans une position centrale, incarnant[1022], dans la plupart des cas, un rôle de gardien de l'orthodoxie juridique et de l'autonomie du raisonnement juridique en contentieux normatif, particulièrement à partir de 1981 où le Conseil constitutionnel est au centre du débat politique et juridique face à des majorités politiques soucieuses de faire aboutir leurs réformes, quitte à fragiliser le Conseil[1023].

440. C'est ce que montre la séance du 1er juillet 1980[1024] relatif au contrôle de constitutionnalité d'une loi d'orientation agricole. Au cours de la discussion, Georges Vedel intervient pour fustiger le caractère « *corporatiste* » de la loi d'orientation. Cependant, il rappelle qu'en aucun cas le Conseil ne doit se servir de cette constatation pour prendre une décision d'opportunité : « *Certaines de ses dispositions sont clairement réactionnaires et antisociales mais le contrôle de la conformité à la Constitution ne doit pas déborder sur des questions d'opportunité* ». Ce rappel est essentiel, car à mesure que le contrôle de constitutionnalité des lois s'affine et s'approfondit, les membres du Conseil se trouvent confrontés à la détermination des limites au contrôle de constitutionnalité. L'expérience et la compétence des professeurs de droit semblent alors ramener l'institution vers son juste rôle. En effet, au cours des années quatre-vingt, le Conseil constitutionnel est confronté à trois alternances politiques d'envergure et à une cohabitation. Il est en effet remarquable que certaines décisions auraient pu placer les membres du Conseil constitutionnel dans une position d'arbitre politique des mesures voulues par les majorités issues de l'alternance, ce qui

[1022] Souvent d'ailleurs avec le Président du Conseil, quelle que soit les périodes envisagées, ce dernier étant lui aussi un rouage essentiel du maintien de la neutralité du raisonnement juridique (Voir en ce sens, B. Mathieu, J.- P. Machelon, F. Mélin-Soucramanien, D. Rousseau, X. Philippe, *Les Grandes délibérations du Conseil constitutionnel. 1958-1986*, précité).

[1023] D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, précité, p. 53.

[1024] Séance du 1er juillet 1980, *Loi d'orientation agricole*, A.N. n° 20040168/9.

ne fut pas le cas[1025]. La vigilance des professeurs de droit, particulièrement au cours de cette période a permis de l'éviter. Comme le rappelle le Président du Conseil Roger Frey : « *Le Conseil constitutionnel n'a pas le droit de se fonder sur des arguments politiques. Il doit ancrer sa décision sur des données constitutionnelles* »[1026]. Les professeurs de droit y souscrivent largement et particulièrement Georges Vedel, parmi les plus conscients de la nécessité pour le Conseil constitutionnel de ne pas se substituer au législateur[1027] et de préserver en toute circonstance l'autonomie du raisonnement juridique sur l'opportunité politique. Par exemple, dans le rapport rendu à propos de la loi « Sécurité et liberté », il exprime un impératif qu'il veut presque programmatique : « *Nous ne devons pas avoir d'illusion. Quelle que soit notre décision, elle sera condamnée selon les critères et le langage de la politique. Naturellement, ceci ne saurait altérer notre objectivité ; ceci peut même la renforcer dans la mesure où nous savons non seulement que nous ne voulons faire plaisir à personne mais encore que nous ne pouvons faire plaisir à tout le monde* »[1028]. Lors du contrôle de la loi relative aux nationalisations, il rappelle encore que « *le problème des nationalisations oppose une philosophie dirigiste à une philosophie libérale. Ce n'est pas au Conseil d'arbitrer, cela reviendrait à arbitrer entre deux politiques. Il sortirait alors de son domaine et usurperait un rôle qui n'appartient qu'au législateur* »[1029].

441. Un exemple probant réside dans la séance du 24 novembre 1987. Elle était relative à un contentieux visant l'appréciation par le Conseil de la nature juridique de certaines dispositions d'une loi relative à l'Office national d'immigration, dont le Gouvernement souhaitait changer l'appellation. Daniel Mayer avait fait part de son inquiétude au regard de la politique menée en matière d'immigration par le nouveau Gouvernement. Pour l'ancien

[1025] F. Luchaire, « Le Conseil constitutionnel et l'alternance politique », *R.F.D.C.*, n° 57, 2004, pp. 9-21. François Luchaire se base sur l'étude de la jurisprudence pour comprendre si l'alternance politique affecte la jurisprudence du Conseil, faute de pouvoir le faire par l'étude sèche de la composition. Il remarque que dans l'application des principes constitutionnels, le Conseil constitutionnel s'est parfois contredit. Cependant il ne voit pas dans ces évolutions le signe d'une orientation politique. Ces évolutions relèvent pour lui de deux idées : la volonté de la juridiction constitutionnelle de ne pas entraver la confection des lois d'une part et la protection accrue des libertés d'autre part.

[1026] Séance du 25 février 1982, *Loi portant statut particulier de la région de Corse*, A.N. n° 20040168/10.

[1027] Voir *infra* § 608 et s.

[1028] Séance des 19 et 20 janvier 1981, *Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes*, A.N. n° 20040168/10.

[1029] Séance du 16 janvier 1982, *Loi de nationalisation*, A.N. n° 20040168/10. Il importe de préciser que les séances, pour cette décision, s'étendent du 12 décembre 1981 au 15 janvier 1982 mais sont répertoriées aux archives nationales à la date de la publication de la décision du Conseil constitutionnel, le 16 janvier 1982.

Président du Conseil, reconnaître la compétence règlementaire pour changer le nom de l'office aurait conduit, à terme, à permettre d'en modifier aussi les attributions dans un sens contraire à ses convictions en matière de protection du droit des étrangers. Face à ces considérations exclusivement politiques, Georges Vedel exprime son désaccord estimant tout d'abord que « *cette mise en liberté surveillée du Gouvernement parce que c'est ce Gouvernement, n'entre pas dans les attributions du Conseil* ». Il précise ensuite qu'un simple changement de dénomination ne modifie pas les règles de fond, celles-ci étant toujours de la compétence du législateur. Robert Badinter réagit également avec véhémence, fustigeant des propos relevant de « *l'opportunité politique* », influençant le vote pour le caractère règlementaire du projet du Gouvernement à la majorité des membres du Conseil constitutionnel, moins la voix de Daniel Mayer[1030].

442. Après la première cohabitation de mars 1986, les membres du Conseil constitutionnel auraient pu se laisser aller à des prises de positions trahissant leurs orientations partisanes, particulièrement chez les membres choisis par des autorités de nomination socialistes. Tel ne fut pourtant pas le cas[1031], les professeurs de droit ayant été, durant cette période, particulièrement vigilants lors des délibérations au respect par l'ensemble des membres de l'autonomie du raisonnement juridique. Ce travail des professeurs a contribué au développement puis au respect de l'autonomie du raisonnement juridique au Conseil constitutionnel ; le réflexe juridique dont ils semblent avoir fait preuve contribuant largement à la qualité ainsi qu'à la force du raisonnement mené en amont des décisions du Conseil constitutionnel.

[1030] Séance du 24 novembre 1987, *Nature juridique de la dénomination Office national d'immigration*, A.N. n° 20040168/13.

[1031] L'analyse politique de la jurisprudence du Conseil démontre en effet qu'elle résiste parfaitement à toute accusation en termes de préférence partisane.

Conclusion du chapitre 1

443. En accédant au Conseil constitutionnel, les professeurs de droit ont su mettre au service de l'institution leurs compétences juridiques. Malgré des compétences dont l'étendue reste à définir et une procédure peu formalisée, ils ont marqué la juridiction constitutionnelle par la rigueur de leur argumentation juridique. Cependant, cette influence doit être replacée dans un système de contraintes inhérentes à la décision collégiale, contribuant à limiter la part des influences personnelles sur le délibéré. D'une part, la recherche du consensus au cours des délibérations conduit à lisser les argumentations et amoindrir les divergences de fond. D'autre part, la composition de la juridiction a parfois eu pour conséquence d'isoler les professeurs de droit, illustrant ainsi les effets de la collégialité et l'hétérogénéité des profils des membres.

444. Mais, si l'influence des professeurs est structurellement limitée dans une formation qui n'en compte aucun, *a contrario*, elle se trouve valorisée par les alliances qui peuvent se créer en cours de délibéré, lorsque plusieurs professeurs de droit siègent ensemble au cours d'une même période. L'autorité juridique des professeurs ne dépend pas seulement de la composition du Conseil, elle se déploie surtout au cours du délibéré par un encadrement juridique des débats et place les juristes universitaires en censeurs de la bonne application du droit. Ils rappellent régulièrement les définitions et la portée des règles juridiques ou des concepts employés par les membres du Conseil à la source de l'argumentation.

445. Au-delà de l'autorité juridique indéniable des professeurs de droit, c'est la construction de l'argumentation par les professeurs qui contribue à démontrer une recherche constante d'objectivité. Ils ont ainsi contribué à créer une éthique de l'argumentation au cours du délibéré en recentrant constamment les débats sur le terrain du droit. Au cours des débats en séance, l'utilisation d'arguments politiques fut ainsi très rare, les professeurs s'accordant toujours sur la nécessité d'affirmer l'autonomie du traitement juridique des questions de constitutionnalité. Finalement, les professeurs de droit ont, par leurs interventions, contribué à concevoir une méthode objective de raisonnement, grâce à laquelle le principe de la construction des décisions est garanti par l'autonomie du raisonnement juridique.

Chapitre 2:

Les arguments mobilisés par les professeurs de droit

446. Les professeurs se distinguent par l'usage d'arguments spécifiques ayant constitué autant de références nécessaires au juge constitutionnel pour mener à bien son raisonnement. Si les décisions du Conseil font parfois l'objet de critiques quant à la forme sibylline de leur motivation, les délibérations démontrent au contraire que le raisonnement mené par le juge dans la construction de la décision est souvent extrêmement précis. Au-delà de l'évolution formelle de la délibération, ce sont les ressources de l'argumentation développée par les professeurs de droit qu'il importe d'étudier. Elles se caractérisent par une utilisation de référents juridiques qui leur sont propres. Elles relèvent à la fois d'une volonté pédagogique d'étayer l'argumentation, ainsi que d'une nécessité d'interpréter le texte constitutionnel. Du point de vue des arguments mobilisés par les professeurs au cours des discussions[1032], la lecture des délibérations permet de confirmer l'importance que revêt leur qualité d'universitaire. Si le texte est toujours le point d'ancrage du raisonnement juridique[1033], son interprétation et son application à un cas concret nécessitent de l'analyser dans un contexte particulier. La décision se révèle alors être le résultat d'une analyse de l'état complet du droit sur la question posée au juge constitutionnel. L'argumentation n'étant jamais pure logique[1034], les références mobilisés spécifiquement par les professeurs de droit sont donc des éléments

[1032] La notion de source est à la fois très difficilement saisissable et très évocatrice, le terme est en effet « *une espèce de substitut commode à une certaine indécision terminologique* » (D. de Béchillon, *Qu'est-ce qu'une règle de droit*, Odile Jacob, Paris, 1997, 302 p., spéc. p. 219 ; voir aussi en ce sens P. Amselek, « Brèves réflexions sur la notion de "sources du droit" », *Archives de philosophie du droit*, Tome 27, pp. 251-258). Pour autant elle ne sera pas employée dans le sens d'origine du droit mais dans celui de source de l'interprétation permettant au juge la clarification des normes constitutionnelles.

[1033] P. Deumier (dir.), *Le raisonnement juridique. Recherche sur les travaux préparatoires des arrêts*, précité, p. 255.

[1034] Pour Chaïm Perelman, la logique juridique se définit comme un choix de techniques parmi lesquelles le juge va choisir en conciliant droit et légitimité : « *La logique juridique*, […], *se présente, en conclusion, non comme logique formelle, mais comme une argumentation qui dépend de la manière dont les législateurs et les juges conçoivent leur mission, et de l'idée qu'ils se font du droit et de son fonctionnement* » (Ch. Perelman, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, Dalloz, Paris, 2ème éd., 1999, 193 p., spéc. p. 177).

essentiels pour mener à la décision adéquate, contribuant à l'idée selon laquelle « *le juge n'est pas un esclave enchaîné par la logique à la règle de droit* »[1035].

447. Pour les professeurs de droit, il apparaît que les arguments choisis sont soumis à des contraintes sociales. En effet, « *l'interprète ne saurait aller à l'encontre des représentations et des valeurs sociales dominantes* […] : *cette "culture" sur-détermine les analyses auxquelles ils se livrent* »[1036]. Dès lors les professeurs de droit se réfèrent à des arguments constituants pour eux une zone de confort. Par exemple, « *il existe un système de contrôle réciproque entre le Conseil, le Conseil d'Etat et la doctrine qui limitent les débordements possibles par rapport à la jurisprudence – et, accessoirement, contribue à la déception des « politiques » qui jugent leur propre rôle trop modeste* »[1037]. Ce contrôle, pourrait-on ajouter, est encore celui des professeurs de droit membres du Conseil constitutionnel, dont les références et les méthodes s'inscrivent dans un schéma identique. Les délibérations révèlent de multiples exemples démontrant que les professeurs font majoritairement usage de trois arguments. D'une part la jurisprudence du Conseil d'Etat - particulièrement chez René Cassin et les professeurs de droit public - et la doctrine (Section 1), et d'autre part les travaux préparatoires de la constitution de 1958 (Section 2).

Section 1. Jurisprudence administrative et doctrine : le maintien d'un lien avec l'Université

448. Séverine Leroyer a démontré à quel point l'influence du Conseil d'Etat avait pesé tout autant sur la création du Conseil constitutionnel que sur le développement et l'évolution de sa jurisprudence[1038], notamment du fait d'une « *réception spontanée* »[1039] des solutions et des méthodes du juge du Palais Royal. Seulement, tout se passe aujourd'hui « *comme si*

[1035] J. Carbonnier, *Droit civil. Introduction. Les personnes. La famille, l'enfant, le couple*, P.U.F., Coll. « Quadrige », 2004, 1496 p., spéc. p. 23.

[1036] J. Chevallier, « Les interprètes du droit », in *La doctrine juridique*, C.U.R.A.P.P., P.U.F., Paris, 1993, pp. 259-280, spéc. p. 275.

[1037] D. Schnapper, *Une sociologue au Conseil constitutionnel*, précité, p. 293.

[1038] S. Leroyer, *L'apport du Conseil d'Etat au droit constitutionnel de la V^e^ République. Essai sur une théorie de l'Etat*, précitée.

[1039] *Idem*, pp. 530-536.

l'avènement du Conseil constitutionnel avait dépossédé le Conseil d'Etat de son pouvoir d'interprétation de la Constitution, et qu'il ne devait plus avoir aucune influence en la matière »[1040]. Pourtant, c'est bien par l'intermédiaire direct ou indirect du Conseil d'Etat que s'est construite la jurisprudence du Conseil constitutionnel, évitant à la nouvelle institution de se trouver devant une « *table rase* »[1041]. Il ne s'agira donc pas de rappeler à nouveau les apports du Conseil d'Etat mais bien plutôt de démontrer que la culture des professeurs de droit public membres du Conseil constitutionnel a contribué à l'importation de méthodes ou de solutions de la juridiction administrative au cours des délibérations (§ 1). A cette ressource s'ajoute l'argument doctrinal, invoqué par les professeurs de droit au cours des délibérations à l'appui de leur argumentation. Il s'agit là d'un moyen bien particulier de faire appel à une source du droit nouvelle, dans une juridiction dont les méthodes d'interprétation et le raisonnement juridique sont à construire. Le recours à la doctrine marque le lien persistant entre le travail du conseiller constitutionnel et celui de l'universitaire (§ 2).

§ 1. La référence à la jurisprudence du Conseil d'Etat

449. La tradition juridique et doctrinale du droit public se trouvant toute entière nourrie par le Conseil d'Etat, c'est donc assez logiquement que la jurisprudence du Conseil d'Etat est une référence essentielle chez certains professeurs de droit (A), référence dont l'utilisation fréquente témoigne de l'importance (B).

A. La référence à la jurisprudence du Conseil d'Etat : entre identité culturelle et tradition juridique.

450. Il ne s'agit pas ici de revenir sur les apports précis en termes de méthode[1042], d'intensité et d'étendue du contrôle[1043] ni de rappeler les solutions jurisprudentielles de la

[1040] *Idem*, p. 514.

[1041] G. Vedel, « Réflexions sur quelques apports de la jurisprudence du Conseil d'État à la jurisprudence du Conseil constitutionnel », précité, p. 651.

[1042] D. Labetoulle, « Les méthodes de travail au Conseil d'Etat et au Conseil constitutionnel », in *Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat,* L.G.D.J./Montchrestien, Paris, 1988, pp. 249-267 ; G. Vedel, « Excès de

juridiction administrative réceptionnées par le juge constitutionnel[1044]. Il ne sera donc pas dressé le catalogue des techniques contentieuses qui leur sont communes. Il s'agira plutôt de déceler les raisons d'une telle réception à laquelle les professeurs de droit ont largement participé.

451. Plusieurs motifs expliquent que le Conseil d'Etat ait contribué à la construction de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, à ce qu'il ait « *grandi éduqué par le Conseil d'Etat* »[1045]. La première est l'influence des hommes et correspond à l'identité des lieux et des personnes. En effet, il existe une « *empreinte humaine* »[1046] très forte du Conseil d'Etat sur le Conseil constitutionnel, qu'il s'agisse des membres nommés ayant été conseillers d'Etat ou de la présence constante de rapporteurs adjoints en contentieux électoral choisis notamment parmi les maîtres des requêtes au Conseil d'Etat ou encore du Secrétariat général toujours confié à un membre du Conseil d'Etat[1047]. La seconde est la nécessité d'élaborer une jurisprudence à partir de la Constitution et des limites fixées à l'exercice du contrôle de constitutionnalité. Pour Séverine Leroyer, « *le Conseil constitutionnel est également composé*

pouvoir administratif et excès de pouvoir législatif (II) », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 2, 1996, pp. 77-91.

[1043] Voir G. Vedel, « Excès de pouvoir administratif et excès de pouvoir législatif (I) », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 1, 1996, pp. 57-63 ; G. Drago, *Contentieux constitutionnel français*, précité, p. 379 ; S. Leroyer, *L'apport du Conseil d'Etat au droit constitutionnel de la V^e^ République. Essai sur une théorie de l'Etat*, précité, pp 532-536 ; voir aussi la thèse de Xavier Philippe, *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelles et administratives*, Economica/P.U.A.M., Paris, 1990, 541 p. ; plus récemment voir J.-B. Duclercq, *Les mutations du contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, L.G.D.J., coll. « Bibliothèque de droit constitutionnel et de science politique », 2015, 537p. ; voir également Valérie Goesel-Le Bihan, V. Goesel-Le Bihan, « Le juge constitutionnel et la proportionnalité », *A.I.J.C.*, 2009, pp. 191-212.

[1044] G. Vedel, « Réflexions sur quelques apports de la jurisprudence du Conseil d'État à la jurisprudence du Conseil constitutionnel », précité. A propos du contrôle des élections législatives par exemple, dont les compétences partagées entre Conseil d'Etat et Conseil constitutionnel imposaient un dialogue des juges, Jacques Robert s'exprimait ainsi : « *Le Conseil d'État a élaboré depuis longtemps, s'agissant des élections locales, une jurisprudence sage et bien établie qui ne conduit à l'annulation d'une élection que si – quelles que soient les irrégularités commises – les scores obtenus par le candidat élu et le suivant sont suffisamment proches pour que les manœuvres aient eu une influence décisive sur le scrutin. Le Conseil constitutionnel ne pouvait, en ce qui concerne les élections nationales, adopter une jurisprudence différente qui n'aurait point été comprise* » (J. Robert, « "Sage"… pendant neuf ans ? », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 25, 2008, pp. 9-10, spéc. p. 9).

[1045] E. Zoller, *Droit constitutionnel*, P.U.F., Paris, 1999, 2^ème^ éd., 642 p., spéc. p. 209.

[1046] S. Leroyer, *L'apport du Conseil d'Etat au droit constitutionnel de la V^e^ République. Essai sur une théorie de l'Etat*, précité, p. 526.

[1047] A la seule exception de Bernard Poullain, magistrat judiciaire détaché auprès du Conseil constitutionnel entre 1975 et 1986. Il fut d'abord chef du service juridique puis Secrétaire général de 1983 à 1986 (voir à ce propos A. Ciaudo, « Un acteur spécifique du procès constitutionnel : le Secrétaire général du Conseil constitutionnel », *R.F.D.C.*, n°73, 2008, pp. 17-26).

de Professeurs de droit, d'hommes politiques et d'autres hauts fonctionnaires »[1048] ; cependant c'est, pour elle, la présence des membres directement issus du Conseil d'Etat qui a eu un « *impact déterminant* ». Or, il est nécessaire au contraire de faire le lien direct entre cet « *impact* » et les professeurs de droit. Si la référence lors des délibérations par les professeurs de droit à la jurisprudence du voisin du Palais Royal fut si fréquente, c'est qu'elle apparaissait comme une nécessité objective (1), d'autant plus chez les spécialistes du droit public dont la culture juridique est, au cours de cette période, toute entière orientée en direction du Conseil d'Etat (2).

1. Le Conseil d'Etat, une référence nécessaire et objective

452. Peu de temps après sa sortie du Conseil constitutionnel, Georges Vedel, dans les mélanges offerts à René Chapus, s'est penché sur les raisons ayant influencé les membres du Conseil constitutionnel à prendre la jurisprudence administrative comme modèle[1049]. Selon son analyse, cette réception des solutions et des méthodes du Conseil d'Etat par le juge constitutionnel, tout en relevant d'une nécessité, se trouve encore justifiée par son caractère parfaitement objectif, comme détachée de l'influence des hommes à l'origine des décisions du Conseil constitutionnel.

453. Pour Georges Vedel, « *si, en l'absence d'un contrôle juridictionnel couvrant l'ensemble des activités des organes étatiques, le droit constitutionnel n'avait avant 1958 qu'un statut de droit positif très incomplet, il n'existait pas moins un droit public français* »[1050]. Il fallait partir du constat que le Conseil d'Etat avait derrière lui une longue tradition de respect et d'application de la Constitution[1051] et que le droit public était fait de textes législatifs et de la jurisprudence du Conseil d'Etat. En conséquence, « *le Conseil constitutionnel, nouveau venu dans l'Etat républicain, ne se trouvait pas devant une table*

[1048] S. Leroyer, *L'apport du Conseil d'Etat au droit constitutionnel de la V^e^ République. Essai sur une théorie de l'Etat*, précité, p. 527.

[1049] G. Vedel, « Réflexions sur quelques apports de la jurisprudence du Conseil d'État à la jurisprudence du Conseil constitutionnel », précité.

[1050] *Idem*, p. 650.

[1051] Voir F. Batailler, *Le Conseil d'État juge constitutionnel*, L.G.D.J., Paris, 1966, 675 p.

rase […]. *Tout un appareil conceptuel définissant des institutions, posant des règles, et, par-delà chacun de ses chapitres, porteur de ce que l'on pourrait appeler une "Staatsanschauung" avait été mis en place sans le Conseil constitutionnel* »[1052]. Bien qu'il n'y ait pas avant 1958 de juridiction spécialement habilitée à connaître de la constitutionnalité des lois[1053], il existait bien des décisions rendues par le Conseil d'Etat dans la matière constitutionnelle. Dès lors, la réception ou la reconnaissance des constructions de fond de la jurisprudence administrative procédait du choix très clair fait par le juge constitutionnel de se conduire en censeur éventuel et non en « *démiurge* ». Il devait dès lors puiser dans « *la Somme de droit public édifiée par le Conseil d'Etat* »[1054]. L'héritage constaté de la jurisprudence du Conseil d'Etat est un héritage justifié par la nécessité de s'inspirer de solutions déjà dégagées par la juridiction administrative. De nécessaire, ces références à la jurisprudence du Conseil d'Etat deviennent objectives sous la plume du Doyen Vedel.

454. D'après Georges Vedel, tout se passe comme si le parallélisme entre les deux institutions qui pourtant n'ont pas les mêmes attributions et dont les décisions n'ont pas la même autorité, était le fait d'une donnée objective propre à la structuration de l'ordre juridique français. Pour le professeur de droit, « *l'analogie ou l'identité des solutions trouvées ont été moins imputables à une volonté délibérée de l'un de puiser dans le riche acquis de l'autre qu'à une contrainte objective née de la structure même de contrôle juridictionnel reçue par l'un et par l'autre* »[1055]. La captation d'un certain nombre de techniques de contrôle et de méthodes d'interprétation est avant tout objectivement liée aux fonctions juridictionnelles des deux institutions, l'une ayant précédé l'autre d'une centaine d'années. Elle expliquerait les raisons de la réception par le Conseil constitutionnel de la méthode jusque-là propre au contrôle de légalité. Le cheminement est identique, « *il s'agit pour le juge d'assurer la conformité matérielle et formelle d'une norme ou d'un acte juridique à une*

[1052] G. Vedel, « Réflexions sur quelques apports de la jurisprudence du Conseil d'État à la jurisprudence du Conseil constitutionnel », précité, p. 651.

[1053] Sur cette question voir J. Bonnet, *Le juge ordinaire français et le contrôle de la constitutionnalité des lois. Analyse critique d'un refus*, Dalloz, Paris, 2009, 716 p.

[1054] G. Vedel, « Excès de pouvoir administratif et excès de pouvoir législatif (I) », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, précité, p. 58.

[1055] *Idem*, p. 649.

norme ou à un acte juridique de degré supérieur »[1056], mais la terminologie change et l'excès de pouvoir administratif devient excès de pouvoir législatif[1057].

455. Ces références au Conseil d'Etat dans la jurisprudence constitutionnelle sont ainsi objectivées par Georges Vedel. Pour autant si les professeurs de droit ont directement participé à leur diffusion lors des délibérations, c'est en raison de la culture juridique de ces publicistes français, le Conseil d'Etat représentant encore pour ces derniers la pierre angulaire de la formation du droit public moderne.

2. Une référence inscrite dans la culture juridique des professeurs de droit public

456. Les compétences des deux juridictions sont parfois en relation, notamment pour le contrôle de la délimitation des domaines de la loi et du règlement. Pourtant, leurs missions sont radicalement différentes, l'un œuvrant « *par référence à la loi incontestable et irréprochable* » devant « *s'incliner devant sa souveraineté et son infaillibilité* », l'autre par référence contraire, « *peut s'opposer à la promulgation de la loi votée par le Parlement* »[1058]. Pourtant, le Conseil constitutionnel fut marqué par l'héritage du Conseil d'Etat. Le Doyen Vedel attribue lui aussi en partie cette réception à la présence au Conseil constitutionnel de membres venus du Conseil d'Etat qui auraient, à eux seuls, fait « *bénéficier la plus jeune des deux institutions de leur science juridique et de leur expérience* »[1059]. De nouveau, cette constatation n'est pas exactement conforme à la réalité de l'influence que joue la composition de la juridiction constitutionnelle sur la création du droit, car les professeurs de droit ont largement contribué, au cours des délibérations, à la diffusion de la jurisprudence du Conseil d'Etat. Ils se sont fait les médiateurs logiques d'une jurisprudence qu'ils maîtrisaient, enseignaient et commentaient, participant ainsi à la construction d'une méthode et de solutions inspirées et empruntées au Conseil d'Etat.

[1056] G. Vedel, « Réflexions sur quelques apports de la jurisprudence du Conseil d'État à la jurisprudence du Conseil constitutionnel », précité, p. 648.

[1057] G. Vedel, « Excès de pouvoir administratif et excès de pouvoir législatif (I) », précité.

[1058] G. Vedel, « Réflexions sur quelques apports de la jurisprudence du Conseil d'État à la jurisprudence du Conseil constitutionnel », précité, pp. 647-648.

[1059] *Idem*, p. 648.

457. Si la nécessité pratique est une première explication de ce mimétisme, une seconde réside dans la tradition juridique à laquelle les professeurs de droit, et particulièrement de droit public, appartiennent. Deux constatations doivent être faites : la première est celle de la prééminence du droit administratif comme élément fondamental de connaissance du droit public ; la seconde est celle, corrélative, de sa nature jurisprudentielle dont ces mêmes professeurs de droit se sont faits les thuriféraires.

458. Le droit administratif bénéficie d'une place privilégiée au sein du droit public. Depuis les années 1870, le droit administratif connaît en effet un essor tout particulier rendu possible tout d'abord par l'émancipation de la justice administrative, par l'octroi de la justice déléguée en 1872[1060] et le développement subséquent du contentieux de l'excès de pouvoir. Puis par la généralisation de l'enseignement du droit public[1061] et particulièrement du droit administratif ainsi que par l'entrée du droit public dans le doctorat en 1882[1062], il s'est progressivement émancipé. Cette époque est aussi marquée par la diffusion de manuels et de traités[1063] consacrés au droit administratif fixant le cadre conceptuel et pratique de la discipline, qui marquent la distinction entre science administrative et science du droit administratif[1064]. Puis la réception de la théorie de l'Etat de droit au début du XX^{ème} siècle a participé à l'essor du recours pour excès de pouvoir et du pouvoir créateur du juge ainsi qu'à la légitimation de la jurisprudence administrative garante des droits des administrés[1065]. Progressivement, « *c'est le Conseil d'Etat qui est appelé à définir collectivement, par ses arrêts, les préceptes à suivre.*

[1060] J. Chevallier, *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, L.G.D.J., coll. « Bibliothèque de droit public », Paris, 1970, 317 p.

[1061] Son enseignement est rendu obligatoire dans les Facultés à partir des années 1880 (J. Gatti-Montain, *Le système d'enseignement du droit en France*, P.U.L., Lyon, 1987, 312 p., spéc. p. 83).

[1062] G. Bigot, *Introduction historique au droit administratif depuis 1789*, P.U.F., coll. « Droit Fondamental », Paris, 2002, 390 p., spéc. pp. 226-227.

[1063] Particulièrement le *Traité de la juridiction et des recours contentieux* d'Edouard Laferrière (P. Gonod, *Edouard Laferrière un juriste au service de la République*, L.G.D.J., Paris, 1997, 446 p. ; Voir aussi J.-L. Mestre, « L'histoire du droit administratif », in P. Gonod, F. Melleray, P. Yolka (dir.), *Traité de droit administratif*, tome 1, Dalloz, Paris, pp 3-58, spéc. pp. 46-48).

[1064] F. Burdeau, *Histoire du droit administratif (de la Révolution au début des années 1970)*, P.U.F., coll. « Thémis Droit public », Paris, 1995, 494 p., spéc. pp. 118-121 ; P. Chrétien, « La science du droit administratif », in P. Gonod, F. Melleray, P. Yolka (dir.), *Traité de droit administratif*, tome 1, Dalloz, Paris, pp. 59-100, spéc. pp. 65-69).

[1065] M.-J. Redor, *De l'Etat légal à l'Etat de droit. L'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française (1879-1914)*, Economica/P.U.A.M., Paris, 1992, 330 p.

[…] *Prenant place parmi les savoirs légitimes, le droit administratif tire parti de cette reconnaissance pour établir son monopole sur les savoirs administratifs* »[1066]. Cette « *floraison* »[1067] du droit administratif lui permet ainsi d'occuper une place centrale au sein du droit public, même dans les périodes au cours desquelles le discours sur la crise du droit administratif[1068] se fait jour et les critiques de la juridiction administrative et de sa jurisprudence se font persistantes[1069] mais sans jamais véritablement déstabiliser la place du droit administratif dans le droit public, en ce qu'il est encore conçu comme un "vrai droit" et qu'il n'est pas encore concurrencé par la jurisprudence constitutionnelle.

459. Le juge administratif est perçu comme la source primordiale du droit administratif et a « *façonné les constructions théoriques et les pratiques interprétatives de la doctrine* »[1070]. La doctrine administrative est donc née « *sur les genoux de la jurisprudence* »[1071]. Des commentateurs ont souligné à cet égard une attitude parfois « *référentielle et révérencielle* »[1072] de la doctrine, pour laquelle la jurisprudence du Conseil d'Etat serait devenue l'horizon nécessaire à la compréhension du droit administratif et la note d'arrêt une nécessité qui « *se réduit à la généalogie jurisprudentielle de la décision, dont elle marque l'aboutissement ou signale les déviations, refusant la prise en considération d'une autre rationalité que celle qui gouverne le secteur juridiquement délimité par le litige dénoué* »[1073].

[1066] J. Chevallier, « Le droit administratif entre science administrative et droit constitutionnel », in *Le droit administratif en mutation*, C.U.R.A.P.P., P.U.F., Paris, 1993, pp. 11-40, spéc. p. 16.

[1067] F. Burdeau, *Histoire du droit administratif (de la Révolution au début des années 1970)*, précité, p. 198.

[1068] J.-J. Bienvenu, « Le droit administratif : une crise sans catastrophe », *Droits*, n° 4, 1986, pp. 93-98.

[1069] *Idem*, pp. 460-485 ; voir aussi G. Bigot, *Introduction historique au droit administratif depuis 1789*, précité, pp. 343-357.

[1070] Y. Poirmeur, E. Fayet, « La doctrine administrative et le juge administratif. La crise d'un modèle de production du droit », in *Le droit administratif en mutation*, C.U.R.A.P.P., P.U.F., Paris, 1993, pp. 97-120, spéc. p. 105.

[1071] J. Rivero, « Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit administratif », *E.D.C.E.*, 1955, pp. 27-36, spéc. p. 30.

[1072] J. Chevallier, « Changement politique et droit administratif », in *Les usages sociaux du droit*, C.U.R.A.P.P., P.U.F., Paris, 1989, pp. 293-326, spéc. p. 309.

[1073] J.-J. Bienvenu, « Remarques sur quelques tendances de la doctrine contemporaine en droit administratif », *Droits*, n° 1, 1985, pp. 153-160, spéc. p. 157. Il y voit la note d'arrêt comme le « *degré zéro de l'écriture juridique* » (*Idem*, p. 156).

460. Certains des professeurs de droit membres du Conseil, et particulièrement entre 1960 et 1988, ont donc reçu en héritage cette conception du droit administratif et des rapports entre doctrine et jurisprudence administrative[1074]. C'est le cas de Marcel Waline, François Luchaire et Georges Vedel, mais aussi de René Cassin qui fut Vice-président du Conseil d'Etat. Certes, chez Vedel, Waline ou Luchaire, la production scientifique et l'apport doctrinal dépassent la seule discipline du droit administratif pour embrasser le droit constitutionnel et la science politique. Cependant, ils n'ont jamais abandonné le terrain qu'ils privilégient, celui de l'étude du droit administratif, donnant ainsi corps à une ambition d'unification de la pensée en droit public.

461. En 1954, René Cassin pouvait ainsi évoquer l'élaboration de la règle de droit positif « *par la collaboration du collège des juges qui est comme la chambre des décisions souveraines, et de la doctrine qui peut être comparée à une "chambre de réflexion et de diffusion" laquelle se saisit des éléments de la règle, la met en forme et la fait connaître* »[1075]. Par son fondement jurisprudentiel et par l'attention portée par la doctrine publiciste à la jurisprudence du Conseil d'Etat, la connaissance du droit administratif induit une « *rhétorique de la compétence* »[1076], car sa spécificité, dans une large mesure, rend nécessaire une connaissance approfondie de la jurisprudence donnant au juge administratif une place centrale dans l'étude de ce droit et aux professeurs une connaissance spécialisée. Ces professeurs de droit public nommés au Conseil conçoivent majoritairement l'étude du droit administratif à travers celle de la jurisprudence administrative et l'œuvre du Conseil d'Etat compte plus que la présentation de l'administration[1077].

[1074] Cette tendance de la doctrine publiciste est décrite avec distance par Jean Rivero, lorsqu'il la compare à celle du droit civil : « *La doctrine en droit civil faite d'une longue tradition intellectuelle put parfois, au XIX^e^ siècle surtout, opposer avec quelque hauteur sa vérité à la vérité du juge : en droit administratif, dès le moment où elle conçut sa tâche sous un angle plus large que le simple commentaire des lois et des règlements, la Doctrine s'est mise à l'école du juge ;le juge ici, c'était le Conseil d'Etat ; la Doctrine a subi son prestige ; il n'est pas injuste de dire qu'elle y a ajouté et qu'il y a peu d'épines mêlées aux fleurs des couronnes qu'elle lui tressa* » (J. Rivero, « Apologie pour les "faiseurs de systèmes" », précité, p. 23).

[1075] R. Cassin, « Introduction », *E.D.C.E.*, 1955, pp. 9-25, spéc. p. 11.

[1076] B. François, « Du juridictionnel au juridique. Travail juridique, construction jurisprudentielle du droit et montée en généralité », in *Droit et politique*, C.U.R.A.P.P., P.U.F., Paris, 1993, pp. 201-216, spéc. p. 213.

[1077] Voir en ce sens le plan de la première édition du manuel élémentaire de droit administratif de Marcel Waline, plaçant l'étude du contentieux juste après l'introduction. Il justifie ce choix en avant-propos comme rendu nécessaire par le caractère jurisprudentiel du droit administratif, précisant d'ailleurs plus largement son approche positiviste du droit en général (M. Waline, *Manuel élémentaire de droit administratif*, Sirey, Paris, 1936, 688 p., spéc. pp. VII-XI). Voir aussi G. Richard, *Enseigner le droit public à Paris sous la Troisième République*, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », Paris, 964 p., spéc. pp.441-443.

462. Ainsi, Georges Vedel, en 1971, dans l'avant-propos de son cours de droit administratif de licence, évoque les difficultés d'un droit administratif, droit jurisprudentiel. Il précise qu'« *un droit jurisprudentiel est un droit savant ; la lecture d'un article du code, la lecture d'un texte de loi sont des opérations intellectuellement simples. Mais la connaissance d'une jurisprudence est beaucoup plus difficile, avec tout ce que ceci suppose de lecture patiente et prolongée, d'attention même aux silences du juge, d'attention aux variations dans le temps, du fait par exemple que l'ancienneté d'un arrêt est tantôt la preuve de son caractère fondamental, tantôt de sa caducité. Tout ce travail, particulièrement minutieux, fait que l'enseignement du droit administratif fait appel à une technique d'étude de la jurisprudence dont l'acquisition est longue et complexe* »[1078]. Le Doyen Vedel, fin connaisseur de la jurisprudence administrative, pouvait d'ailleurs réaffirmer en 1979 qu'il n'était pas sûr que sans le Conseil d'Etat, la France ait pu se donner un droit administratif. Ce jugement favorable repose sur l'idée que le droit administratif français est, pour Georges Vedel, « *sinon le meilleur possible, du moins meilleur que s'il n'avait pas été élaboré par le juge administratif* »[1079].

463. Dans la préface à la sixième édition de son Traité élémentaire de droit administratif, les propos de Marcel Waline sont clairs : « *Le rôle du juriste est uniquement un rôle d'interprète, d'exégète et de commentateur […] Le juriste retrouve son entière liberté d'appréciation de la valeur juridique d'un texte lorsque celui-ci n'est plus législatif mais seulement règlementaire ou jurisprudentiel, parce qu'il dispose alors d'un point de comparaison précis pour établir cette valeur : la loi, dont il s'agit de savoir si le règlement l'a violée, si la décision jurisprudentielle en a donné une correcte interprétation et d'autre part, ce juriste peut opposer ses propres connaissances juridiques à celles des auteurs de la décision de jurisprudence appréciée, ces connaissances étant du même ordre* »[1080]. Le travail doctrinal réside chez Waline dans la répétition « *plus ample* » du « *scénario intellectuel de*

[1078] G. Vedel, *Droit administratif*, Les Cours de droit, Paris, 1971, 926 p., spéc. p. 18.

[1079] G. Vedel, « Le droit administratif peut-il être indéfiniment jurisprudentiel ? », *E.D.C.E.*, 1954, pp. 31-44, spéc. p. 32.

[1080] M. Waline, *Traité élémentaire de droit administratif*, Sirey, Paris, 6ème éd., 1951, 641 p., spéc. p. III.

l'acte juridictionnel »[1081]. Ce programme doctrinal[1082] qui, il faut le préciser, est propre au positivisme de Marcel Waline[1083], atteste de l'importance prise par l'analyse de la jurisprudence administrative chez ces professeurs de droit. Il est ce qu'Olivier Beaud nomme le « *second agent de disparition de l'Etat* »[1084] car il a participé à faire du lien entre la juridiction administrative et le droit administratif « *l'essentiel des considérations théoriques des juristes de droit administratif* »[1085]. Marcel Waline est le parfait exemple de l'intérêt que porte la doctrine au commentaire d'arrêt. Il est l'auteur de trois cent quatre-vingt notes d'arrêts, publiées entre 1926 et 1982 dont le contenu révèle la substance de la pensée juridique du professeur de droit[1086].

464. Comme l'exprime Bastien François, ces universitaires ont appris et apprennent eux-mêmes cette nécessité d'une connaissance approfondie de la jurisprudence du Conseil d'Etat car, c'est la « *doctrine enseignée* »[1087] qui est un « *lieu stratégique de consolidation de la place et de la légitimité de la production jurisprudentielle du droit dans l'univers juridique* »[1088]. Si « *les séductions du droit jurisprudentiel se retrouvent dans*

[1081] J.-J. Bienvenu, « Remarques sur quelques tendances de la doctrine contemporaine en droit administratif », précité, p. 154 ; voir aussi F. Melleray, « Marcel Waline et la manière française contemporaine de faire du droit administratif », *R.F.D.A.*, 2014, n° 1, pp. 145-150.

[1082] Cette influence de Marcel Waline sur ce que Fabrice Melleray nomme « *la manière française de faire du droit administratif* » n'a pas, semble-t-il, était prédéterminée par la volonté de faire école, mais néanmoins, « *la doctrine demeure très largement focalisée sur la jurisprudence et prolonge ainsi le mouvement impulsé par Edouard Laferrière puis entretenu par Maurice Hauriou, Gaston Jèze, et Marcel Waline* » (F. Melleray, « Marcel Waline et la manière française contemporaine de faire du droit administratif », précité, p. 150). Voir aussi en ce sens les propos de Georges Vedel sur Marcel Waline (G. Vedel, « Souvenirs… », *R.D.P.*, 1982, pp. 1491-1496 ; G. Vedel, « Message », R.D.P., 2002, n° 4, p. 913-917).

[1083] M. Waline, « Défense du positivisme juridique », *A.P.D.S.J.*, 1939, n° 1, pp. 83-96 ; M. Waline, « Positivisme philosophique, juridique et sociologique », in *Mélanges R. Carré de Malberg*, Sirey, Paris, 1933, Rééd., Topos, Paris, 1977, pp. 517-534 ; M. Waline, « Le positivisme juridique de Carré de Malberg », in *Relation des journées d'étude en l'honneur de Carré de Malberg (1861-1935)*, Dalloz, Paris, pp. 20-36 ; C. Janura, *Le droit administratif de Marcel Waline : essai sur la contribution d'un positiviste au droit administratif français*, précité.

[1084] Le premier étant Gaston Jèze (O. Beaud , « L'Etat », in P. Gonod, F. Melleray, Ph. Yolka, (dir.), *Traité de droit administratif*, tome 1, Dalloz, Paris, pp. 207-267, spéc. 224).

[1085] *Idem*, p. 225. Pour Olivier Beaud, le troisième agent ayant contribué à déconnecter l'analyse de l'Etat du droit administratif est Georges Vedel, qui, en 1954 aurait contribué à la disparition de la notion de fonction administrative, conçue en tant que fonction spécifique de l'Etat lorsqu'il agit en tant qu'autorité administrative. Consécutivement, la doctrine aurait « *perdu l'habitude de traiter du droit administratif en partant de la fonction administrative* » (*Idem*, p. 228).

[1086] D. Labetoulle, « Marcel Waline arrêtiste », *R.D.P.*, 2002, n° 4, pp. 965-983.

[1087] J. Rivero, « Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit administratif », précité, p. 28.

[1088] B. François, « Du juridictionnel au juridique. Travail juridique, construction jurisprudentielle du droit et montée en généralité », précité, p. 214.

l'enseignement »[1089], c'est aussi par l'effet de l'exaltation que procure chez ces professeurs les arrêts du Conseil d'Etat. C'est ainsi que Georges Vedel les célèbre : « *Quelle belle chose qu'un arrêt ! Il commence toujours par l'aventure d'un requérant qui en a tiré une célébrité relative mais solide.* […] *Après la narration vient la réflexion : que voulait le requérant ? Sur quoi se fondait-il ? Quelles étaient les argumentations en présence ? Qu'a décidé le Conseil d'Etat ? Et comment ? Et surtout pourquoi ? Voilà le moment de joie : celui de l'analyse de l'arrêt* »[1090].

465. Les professeurs de droit ont ainsi véhiculé les vertus de ce droit jurisprudentiel tout en se faisant les défenseurs du juge qui l'incarne. Le souhait émis par René Cassin dès 1952, soutenu par Marcel Waline, de publier un recueil des grands arrêts de la jurisprudence administrative sur le modèle de ceux publiés par Henri Capitant pour la jurisprudence judiciaire le démontre. Cette entreprise a d'abord pour but de soutenir le rôle de la juridiction administrative dans la production du droit administratif en l'accompagnant de commentaires scientifiques suivant, là encore, le cheminement et la structure du raisonnement du juge. Elle vise aussi à donner corps au « *chœur à deux voix* »[1091] de la doctrine et de la jurisprudence[1092]. Cassin et Waline, par cette initiative, souhaitent montrer « *à l'étranger, comme à l'étudiant français, de quelle façon, en alliant le sens de la tradition à l'esprit de progrès, un grand corps de l'Etat a su poursuivre sans défaillance son œuvre de consolidation de la primauté de la Loi, d'adaptation des principes constants du Droit aux nécessités sans cesse en évolution de la vie sociale et, enfin, de conciliation entre les droits de l'individu et ceux de la collectivité* »[1093]. C'est d'ailleurs par une volonté de diffusion et de connaissance du travail mené par le Conseil d'Etat que René Cassin avait souhaité, trois ans après son installation à la

[1089] G. Vedel, « Le droit administratif peut-il être indéfiniment jurisprudentiel ? », précité, p 36.

[1090] *Ibidem*. Voir aussi François Gazier pour qui : « *Un grand arrêt, c'est tout à la fois: un nom, une date, une anecdote, une solution, une opinion, une postérité. C'est dans leur familiarité que tout spectateur du droit administratif se trouve appelé à vivre que ce soit dans l'administration dite active, au tribunal ou à la faculté. Fonctionnaires et magistrats, professeurs et étudiants appartiennent à cet égard au même monde d'initiés reconnaissables précisément à la longue résonnance suscitée en eux par des vocables aussi insolites au profane que Trompier – Gravier ou Regnault – Desroziers* » (F. Gazier, « Le chœur à deux voix de la doctrine et de la jurisprudence. Les grands arrêts de la jurisprudence administrative par MM. Long, Weil et Braibant », E.D.C.E., 1956, pp. 156-158, spéc. p. 157).

[1091] J. Rivero, « Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit administratif », précité.

[1092] R. Cassin, M. Waline, « Préface », in R. Cassin, M. Waline (dir.), *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 1956, 1ère édition, Réédition, Dalloz, Paris, 2006, pp. I-IV.

[1093] *Idem*, p. IV.

Vice-présidence, publier un recueil d'études propres au Conseil d'Etat dans les *Etudes et Documents du Conseil d'Etat*[1094].

466. Cette situation d'inspiration de la jurisprudence administrative est particulièrement vivace jusque dans les années quatre-vingt. Elle révèle une volonté de se conformer à un modèle de juridicité dont les professeurs de droit public représentés au Conseil au cours de la période étudiée ont été les laudateurs. L'aggiornamento du contentieux constitutionnel se réalisera progressivement. Cette évolution s'accomplira d'ailleurs en grande partie grâce à l'influence de ces mêmes professeurs de droit pionniers qui, les premiers, ont su créer les conditions du développement d'un véritable contentieux constitutionnel conçu comme point de départ du renouveau du droit constitutionnel en tant que discipline concurrente.

467. Si la référence au Conseil d'Etat n'est pas, comme le conçoit Georges Vedel, un acte volontaire, il doit cependant être compris comme un « *habitus* »[1095] chez ces professeurs de droit public dont la formation prédispose à ce réflexe jurisprudentiel. C'est d'ailleurs ce que démontre la lecture des délibérations.

B. La référence fréquente à la jurisprudence du Conseil d'Etat au cours des délibérations

468. La première des influences du Conseil d'Etat fut celle exercée lors de l'installation transitoire de la Commission constitutionnelle provisoire, chargée de juger la régularité des élections présidentielles et législatives en 1958. Elle était présidée par René Cassin et composée des Premiers présidents de la Cour de cassation et de la Cour des comptes. Seul le Conseil d'Etat ayant, jusqu'alors, une expérience contentieuse en matière électorale, la Commission, par l'intermédiaire de René Cassin, a contribué à poser les bases de la jurisprudence électorale du Conseil constitutionnel. René Cassin avait été nommé président de

[1094] « *Depuis longtemps, cependant, de bons esprits regrettaient qu'une institution aussi ancienne, aussi importante et aussi active, ne fît pas connaître elle-même périodiquement quelques-uns des divers aspects de son histoire et de son labeur* » (R. Cassin, « Introduction », E.D.C.E., 1947, pp. 9-17, spéc. p. 9).

[1095] B. François, « Du juridictionnel au juridique. Travail juridique, construction jurisprudentielle du droit et montée en généralité », précité, p. 215.

la Commission constitutionnelle provisoire chargé de statuer sur le contentieux de l'élection des députés et des sénateurs et ce, avant même la mise en place définitive du Conseil constitutionnel. Entre décembre 1958 et février 1959, cette commission rendra quatre-vingt-dix-neuf décisions[1096]. Le professeur de droit aura participé à la définition des bases de la jurisprudence en matière de contentieux électoral que le futur Conseil constitutionnel traitera. La lecture des délibérations des décisions du Conseil tend à démontrer trois grandes tendances dans l'utilisation par les professeurs de droit de la jurisprudence du Conseil d'Etat. Ces derniers ont en effet tantôt privilégié des logiques d'alignement des décisions du Conseil constitutionnel sur celles du Conseil d'Etat (1), tantôt ils ont recherché un raisonnement par analogie avec la jurisprudence administrative (2).

1. Les logiques d'alignement des décisions du Conseil constitutionnel sur celles du Conseil d'Etat

469. Les logiques d'alignement semblent destinées à influencer le sens de l'argumentation voire celui de la décision finale. Dès lors, soit les solutions dégagées par la jurisprudence du Conseil d'Etat servent aux professeurs de justification au raisonnement mené au cours des délibérations, soit ces derniers font preuve d'une volonté d'éviter les dissonances avec la jurisprudence administrative (b).

a. Les solutions dégagées par la jurisprudence administrative comme justification du raisonnement

470. Tous membres compris et toutes époques confondues, la jurisprudence du Conseil d'Etat est celle qui fut la plus citée au cours des délibérations. La période comprise 1960 et 1988 voit se succéder au Conseil constitutionnel René Cassin qui, bien que n'étant pas agrégé de droit public est néanmoins l'ancien Vice-président du Conseil d'Etat, Marcel Waline, François Luchaire et Georges Vedel. Cette génération de professeurs de droit dispose des ressources et d'une formation relevant principalement du droit administratif. C'est essentiellement en matière de délimitation du domaine de la loi et du règlement que les

[1096] J. Robert, « René Cassin au Conseil constitutionnel », précité, p. 94.

références à la jurisprudence du Conseil d'Etat sont les plus fréquentes, en raison d'un parage des attributions en cette matière.

471. C'est le cas, par exemple, lors de la séance du 8 septembre 1961 relative à l'irrecevabilité d'une proposition de loi d'orientation agricole dont Cassin est le rapporteur[1097]. Cassin défend son caractère règlementaire en se fondant sur la jurisprudence récente du Conseil constitutionnel en matière de fixation des prix ainsi que sur celle du Conseil d'Etat. Le Conseil devait se prononcer finalement sur le caractère législatif ou règlementaire de la matière concernant la fixation des prix agricoles. Dans son rapport, et pour justifier le caractère règlementaire de cette matière en vue de juger l'irrecevabilité de la proposition de loi, Cassin s'appuie directement sur la jurisprudence du Conseil d'Etat. Il cite, au soutien de sa démonstration, la jurisprudence *Martial de Laboulaye* du 28 octobre 1960[1098], dont il fait reproduire un extrait, aux termes de laquelle le Conseil d'Etat avait mentionné que les principes fondamentaux tels que prévus par l'article 34 de la Constitution doivent être appréciés dans le cadre des mesures prises en application des lois. Après avoir rappelé que les constituants ont souhaité ne pas faire entrer la fixation des prix dans le domaine de la loi, Cassin estime, au regard de la jurisprudence récente[1099], que les principes fondamentaux doivent être pris en considération tels qu'ils existaient au moment du vote de la Constitution. En conséquence, il considère que la fixation des prix en matière agricole ne participe pas de la détermination des principes fondamentaux et donc relève de la compétence règlementaire.

472. La séance du 27 février 1967[1100] est encore plus caractéristique de l'utilisation de la jurisprudence du juge administratif en tant que source de l'argumentation par les professeurs de droit. Le Conseil constitutionnel était saisi par le Premier ministre afin de déterminer la nature juridique de diverses dispositions du code des débits de boissons et des mesures contre l'alcoolisme. Si une partie de ces dispositions étaient antérieures à la Constitution, excluant donc de fait la compétence du Conseil constitutionnel, une autre partie était bien entrée en

[1097] Séance du 8 septembre 1961, *Proposition de loi déposée par M. Blondelle, sénateur, et tendant à déterminer les conditions suivant lesquelles seront fixés par décret les prix d'objectif de certains produits agricoles*, A.N. n° 20040168/2.

[1098] C.E., Sect., 28 octobre 1960, *Martial de Laboulaye*, rec. p. 570.

[1099] Décision n° 59-1 FNR du 27 novembre 1959, J.O.R.F., du 14 janvier 1960, p. 441.

[1100] Séance du 27 février 1967, *Nature juridique de diverses dispositions des titres I et II du Code des débits de boissons et des mesures contre l'alcoolisme*, A.N. n° 20040168/4.

vigueur après l'adoption de la Constitution de 1958. Un article du code avait notamment édicté des peines correctionnelles à l'encontre des personnes ayant ouvert un débit de boisson sans respecter les conditions prévues par la loi. Le Conseil constitutionnel, par une interprétation extensive de l'article 37 alinéa 2, a, de jurisprudence constante et depuis la séance du 3 mai 1961[1101], toujours reconnu que des peines correctionnelles sanctionnant la méconnaissance des règles édictées par un texte n'est pas de nature à en modifier le caractère, à condition qu'il ne mette pas en cause les règles et principes fondamentaux que l'article 34 a placé dans le domaine de la loi. Les sanctions pénales sont donc jugées détachables de la règlementation. Or, le rapporteur Marcel Waline admet une possibilité d'évolution de la jurisprudence du Conseil due à « *un fait nouveau qui ne saurait être négligé* », à savoir un arrêt d'assemblée du Conseil d'Etat du 3 février 1967[1102], dont il reproduit dans son rapport le considérant de principe. En effet, la juridiction administrative avait estimé – et ce, contre la jurisprudence constitutionnelle - que la suppression par décret d'un délit était illégale car relevant obligatoirement de la compétence du législateur, seul compétent pour prévoir des peines correctionnelles, et donc pour les supprimer. Le rapporteur prend position en faveur d'un alignement de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur celle du Conseil d'Etat, de façon à assurer le strict respect de l'article 34. François Luchaire, lui, est favorable au maintien de la jurisprudence existante tout en souhaitant en préciser la portée (le pouvoir règlementaire peut poser une règlementation dont l'inobservation pourra être sanctionnée d'une peine correctionnelle, mais seul le législateur pourra édicter de telles peines). Pour Cassin, en revanche, une délégation de compétence par le législateur doit limiter la compétence du Gouvernement, rejoignant Waline sur la nécessité de clarifier la jurisprudence du Conseil en l'alignant sur celle du Conseil d'Etat. Finalement, c'est une position de compromis qui est adoptée par le Conseil. Il juge que « *le fait que des peines correctionnelles sanctionnent la méconnaissance des règles édictées par le titre II du Code des débits de boissons et des mesures contre l'alcoolisme n'est pas de nature à modifier le caractère des dispositions actuellement en vigueur, qui ne mettent en cause aucune des règles ni aucun des*

[1101] Décision n° 61-13 L du 03 mai 1961, *Nature juridique des dispositions des articles 87-7°, 88-VI, 89 al 4 et 92-V du Code électoral, contenues dans l'ordonnance n° 58-977 du 20 octobre 1958 relative à l'utilisation du vote par procuration ou par correspondance pour l'élection des députés à l'Assemblée nationale*, J.O.R.F. du 8 octobre 1961, p. 9215 ; voir aussi Décision n° 65-35 L du 02 juillet 1965, *Nature juridique des articles 1er, 2, 3, 4 et 5 de l'ordonnance n° 59-247 du 4 février 1959 relative au marché financier*, J.O.R.F. du 23 août 1965.

[1102] C.E., Ass., 3 février 1967, *Confédération générale des vignerons du Midi*, Rec. p. 55.

principes fondamentaux que l'article 34 a placés dans le domaine de la loi »[1103]. Ce faisant, le Conseil constitutionnel n'accuse pas réception de la jurisprudence administrative pourtant réclamée par Waline.

473. En prolongement de cette jurisprudence et des discordances nées entre les jurisprudences administratives et constitutionnelles, la séance du 26 juin 1969[1104] vient entériner la volonté de Marcel Waline de voir le Conseil constitutionnel se ranger sur la jurisprudence du Conseil d'Etat. Le Conseil se range en effet à la solution adoptée en 1967 par le Conseil d'Etat en ajustant sa jurisprudence en matière de définition des délits lorsqu'il est saisi dans le cadre de l'article 37 alinéa 2 de la Constitution. C'est au cours de la même séance que François Luchaire propose aux membres du Conseil, pour la première fois, de faire référence dans la décision « *à un principe général du droit selon lequel le silence de l'administration vaut rejet* » car elle permettrait une « *harmonisation de la jurisprudence du Conseil constitutionnel avec celle du Conseil d'Etat* ». Au cours de la discussion, Pierre Aupepin de Lamothe-Dreuzy[1105], alors Secrétaire général du Conseil, fait cependant remarquer à François Luchaire que ce serait la première fois que le Conseil constitutionnel s'y réfèrerait mais « *qu'il reste à savoir si la règle selon laquelle le silence de l'administration vaut rejet est un principe général du droit* ». La situation mérite d'être observée car, face à la volonté de François Luchaire de faire reconnaître par le Conseil ce principe général du droit, le Secrétaire général, conseiller d'Etat, doute de l'existence en droit administratif d'un tel principe. A tel point que le Conseil d'Etat s'était même écarté de la jurisprudence du Conseil constitutionnel peu de temps après en refusant de voir, en l'absence de texte exprès, dans la règle invoquée par Luchaire, un principe général du droit[1106]. La chronique de Renaud Denoix-Saint Marc sur l'arrêt est édifiante, en ce qu'il refuse au Conseil constitutionnel son interprétation : « *On ne voit pas, à vrai dire, à quel principe fondamental, déjà consacré par la jurisprudence ou resté encore plus ou moins informulé, on pourrait rattacher une règle qui,*

[1103] Décision n° 67-44 L du 27 février 1967, *Nature juridique de diverses dispositions des titres I et II du Code des débits de boissons et des mesures contre l'alcoolisme*, J.O.R.F. du 19 mars 1967.

[1104] Séance du 26 juin 1969, *Nature juridique de certaines dispositions modifiées, des articles 4, 9 et 12 de la loi du 2 mai 1930 relative à la protection des monuments naturels et des sites de caractère, historique, scientifique, légendaire ou pittoresque, des articles 2 et 13 bis de la loi du 31 décembre 1913 sur les monuments historiques et de l'article 98-1 du code de l'urbanisme et de l'habitation*, A.N. n° 20040168/6.

[1105] Conseiller d'Etat, il fut Secrétaire général du Conseil constitutionnel de 1962 à 1983.

[1106] C.E., Ass, 27 février 1970, *Commune de Bozas*, Rec. p. 139.

jusqu'à présent, n'a été regardée que comme une disposition de procédure »[1107]. Malgré ces dissonances, résultant peut-être d'une erreur d'appréciation de François Luchaire, cette situation révèle bien l'intérêt porté par les professeurs de droit aux références jurisprudentielles de la juridiction administrative.

474. Les professeurs de droit étant extrêmement attentifs aux décisions du Conseil d'Etat, la délibération est souvent le lieu d'une réflexion en miroir avec le voisin du Palais Royal. Ils sont également très conscients des rapports qu'il est nécessaire de maintenir entre les deux juridictions, souhaitant éviter les discordances dans leurs jurisprudences respectives.

b. La recherche de cohérence avec la jurisprudence administrative

475. Le 8 novembre 1972[1108], Luchaire met en garde les membres du Conseil contre une décision qui serait susceptible d'apparaître « *comme un blâme à l'égard du Conseil d'Etat* ». Elle concerne l'appréciation de la nature juridique de dispositions d'une ordonnance prise en vertu de l'article 38 de la Constitution. En effet, lorsque les compétences des deux juridictions sont complémentaires, comme en l'espèce, François Luchaire souhaite que le juge de la loi respecte la compétence du juge administratif en matière d'examen des projets d'ordonnances. Lorsque le 24 mai 1973[1109], le Conseil fut encore amené à réfléchir à la question de l'étendue de la compétence du Conseil constitutionnel en matière électorale, François Luchaire prend parti pour son élargissement aux déclarations télévisées du Président de la République comme constituant un moyen de publicité et de propagande. Cette volonté, souvent réaffirmée par Luchaire[1110], s'explique notamment par l'argument selon lequel, « *les actes du Chef de l'Etat n'échappant pas à la censure du Conseil d'Etat, il est dangereux de déclarer que ces actes échappent à la compétence du Conseil constitutionnel en matière électorale* ». C'est donc encore par référence au Conseil d'Etat que se détermine le raisonnement du professeur de

[1107] R. Denoix de Saint Marc, « Note sous C.E., Ass., 27 février 1970, *Commune de Bozas* », *A.J.D.A.*, 1970, n° 1, pp. 225-227, spéc. p. 226.

[1108] Séance du 8 novembre 1972, *Nature juridique des dispositions du paragraphe II de l'article L. 544 du code de la sécurité sociale*, A.N. n° 20040168/6.

[1109] Séance du 24 mai 1973, *Elections à l'Assemblée nationale*, précité.

[1110] Cette constance de l'argumentaire visant l'élargissement des compétences du Conseil constitutionnel en matière électorale démontre qu'il s'agit pour lui d'une véritable préoccupation.

droit. De manière identique, en 1978, lors du contentieux des élections législatives de la même année, le Conseil conclut à l'annulation d'une élection suite à une manœuvre de distribution massive d'un tract tardif et diffamatoire avec l'accord du candidat élu. Coste-Floret indique alors s'associer à cette solution visant la moralisation de l'élection d'autant plus « *qu'un arrêt analogue vient d'être rendu par le Conseil d'Etat relativement à l'élection municipale de Briançon, annulée pour des motifs semblables* »[1111]. Citant le considérant de principe à l'appui de sa réflexion, la réaffirmation à huit jours d'intervalle par les deux Conseil de la gravité d'une telle manœuvre et la sanction qu'elle doit entraîner paraît à Coste-Floret « *tout à fait opportune* ».

476. Georges Vedel a lui aussi largement incité le Conseil constitutionnel à rechercher une cohérence entre les jurisprudences constitutionnelles et administratives. Selon lui en effet, « *dans le cas de la réception de notion ou de règles de fond consacrées par la jurisprudence administrative, le Conseil constitutionnel n'obéit pas à un désir ou à un besoin d'imitation. Mais il a certainement une conscience claire du choix qui s'offre à lui d'accepter ou de refuser tel ou tel acquis de la jurisprudence du Conseil d'Etat* »[1112]. Lors de son entrée au Conseil constitutionnel, Georges Vedel a ainsi participé à la réception des solutions du Conseil d'Etat qu'il évoque[1113]. Un certain nombre de décisions démontrent à quel point le Conseil d'Etat constitue une référence pour le Doyen Vedel. La jurisprudence administrative est alors, là encore, souvent utilisée en tant que source directe de l'argumentation du professeur de droit. Le 14 mai 1980[1114], Vedel fait ainsi référence à la jurisprudence du Conseil d'Etat en matière fiscale pour s'opposer sur le fond au projet du rapporteur. La référence au Conseil d'Etat apparaît encore en tant que source de clarification de la réflexion. Ainsi, lors de la séance du 1er juillet 1980[1115], Vedel clarifie la notion de directive en droit administratif et précise qu'elle est toujours entendue, dans la jurisprudence du Conseil d'Etat, dans un sens organique. Or, la loi soumise au Conseil constitutionnel - qui prévoyait la

[1111] C.E., 26 mai 1978, *Elections municipales de Briançon*, Rec. p. 820.

[1112] G. Vedel, « Réflexions sur quelques apports de la jurisprudence du Conseil d'Etat à la jurisprudence du Conseil constitutionnel », précité, pp. 651-652.

[1113] La réception des solutions de la jurisprudence administrative par le Doyen Vedel doit être considérée d'ailleurs comme un élément constitutif de sa doctrine au Conseil constitutionnel dans le prolongement de l'application de la théorie des bases constitutionnelles du droit administratif (voir *infra* § 571 et s.).

[1114] Séance du 14 mai 1980, *Nature juridique des diverses dispositions du Code général des impôts relatives à la procédure contentieuse en matière fiscale*, A.N. n° 20040168/9.

[1115] Séance du 1er juillet 1980, *Loi d'orientation agricole*, précité.

création d'une nouvelle catégorie d'acte règlementaire : « *le décret en Conseil d'Etat portant directive nationale d'aménagement* » - employait la notion dans un sens fonctionnel et évidement impropre au sens reconnu par le juge administratif. De même, en ce qui concerne l'appréciation du principe d'égalité, Georges Vedel fait mention, au cours de la séance du 30 octobre 1981[1116], de la jurisprudence du Conseil d'Etat, non seulement pour s'en inspirer mais surtout pour insister sur la bonne interprétation donnée par le rapporteur des conséquences du principe d'égalité. Il rappelle ainsi que, pour le Conseil d'Etat, la discrimination doit correspondre à une différence de situation ; elle doit tendre à l'intérêt général et « *ne pas emporter de conséquence qui ne seraient pas légitimes* », validant d'autorité l'application par le rapporteur du principe d'égalité. C'est donc par l'intermédiaire de Georges Vedel que la juridiction constitutionnelle s'inspire en cette matière de la jurisprudence du Conseil d'Etat[1117], validant pour partie l'hypothèse d'une « *réception-transposition* »[1118] des solutions jurisprudentielles administratives par le Conseil constitutionnel.

477. Au cours de la séance du 26 juin 1986 relative au contrôle d'une loi habilitant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre social et économique, les membres du Conseil ont eu à régler une question jusqu'alors peu traitée en contentieux constitutionnel, celle du contrôle des lois d'habilitation. Dans son rapport extrêmement didactique, Georges Vedel entreprend alors d'établir l'état du droit quant au contrôle des lois d'habilitation prises dans le cadre de l'article 38 de la Constitution. Pour cela, il rappelle notamment l'histoire et la genèse de cet article, héritier des décrets-lois. Pour préciser les contours, Georges Vedel évoque alors l'encadrement dont les décrets-lois ont fait l'objet dans la jurisprudence du Conseil d'Etat avant 1958. Puis, traçant les limites du régime juridique des ordonnances, il insiste sur la parfaite concordance des jurisprudences administrative et constitutionnelle en ce domaine précisant que n'ayant pas fait l'objet d'une ratification, elles n'ont qu'une valeur règlementaire. A l'appui de sa démonstration il cite l'arrêt du 19 octobre 1962 du Conseil

[1116] Séance du 30 octobre 1981, *Loi portant abrogation de la loi n° 80-564 du 21 juillet 1980 modifiant les articles 13, 14 et 15 de la loi d'orientation de l'enseignement supérieur du 12 novembre 1968 et portant modification des articles 14 et 15 de ladite loi*, A.N. n° 20040168/10.

[1117] Sur « *l'influence originelle de la jurisprudence administrative* » sur celle du Conseil constitutionnel en matière d'égalité et sur les convergences formelles et matérielles entre les deux jurisprudences, voir F. Mélin-Soucramanien, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Economica/P.U.A.M., Paris, 1997, 397 p., spéc. pp. 37-46.

[1118] G. Vedel, « Réflexions sur quelques apports de la jurisprudence du Conseil d'Etat à la jurisprudence du Conseil constitutionnel », précité, pp. 655-659.

d'Etat[1119], ainsi que celui du 28 janvier 1972[1120], appliquant la théorie de la loi écran après la ratification. Ces exemples pris par Georges Vedel illustrent encore l'intérêt porté par les professeurs de droit à la jurisprudence du Conseil d'Etat particulièrement en matière de contentieux communs aux deux juridictions.

2. Le raisonnement par analogie avec la jurisprudence administrative

478. Les professeurs de droit ont été inspirés par la jurisprudence du Conseil d'Etat afin de proposer aux membres du Conseil des raisonnements par analogie, particulièrement en ce qui concerne les techniques de contrôle et les méthodes interprétatives du juge administratif. Le 30 janvier 1968[1121], Marcel Waline propose, par exemple, pour éviter la censure totale d'un amendement, d'en limiter la portée. Finalement, il suggère tout simplement au Conseil constitutionnel d'appliquer une solution du contentieux administratif consistant à ôter le venin d'une disposition règlementaire. Pour cela, il propose au rapporteur d'importer le raisonnement du Conseil d'Etat, de façon à dissiper tout « *scrupule du rapporteur tenant à la difficulté de faire respecter la limitation apportée par le Conseil dans l'interprétation de l'article* ». Waline cite l'arrêt d'assemblée du 4 janvier 1957, *Syndicat autonome du personnel enseignant des Facultés de droit*[1122], dans lequel le Conseil d'Etat a interprété, sans l'annuler, une circulaire du ministre de l'Education nationale en en restreignant la portée. Pour le juge administratif, la généralité des termes des dispositions de la circulaire avait induit en erreur le requérant quant à sa portée. Preuve de plus que ces publicistes ont puisé dans le raisonnement et les solutions du Conseil d'Etat, c'est Marcel Waline lui-même qui a commenté dans la *Revue de Droit Public* cet arrêt du Conseil d'Etat[1123]. Il obtient d'ailleurs le soutien de François Luchaire, de René Cassin ainsi que du rapporteur puis, finalement, de la majorité des membres du Conseil. L'analogie avec la jurisprudence du Conseil d'Etat est ici d'autant plus forte que c'est la première fois que le Conseil constitutionnel module ainsi les effets de son

[1119] C.E., Ass., 19 octobre 1962, *Canal, Robin et Godot*, Rec. p. 552.

[1120] C.E., Ass., 28 janvier 1972, *Conseil transitoire de la faculté des lettres et des sciences humaines de Paris*, Rec. p. 86.

[1121] Séance du 30 janvier 1968, *Loi relative aux évaluations servant de base à certains impôts directs locaux*, A.N. n° 20040168/5.

[1122] C.E., Ass., 4 janvier 1957, *Syndicat autonome du personnel enseignant des Facultés de droit*, Rec. p. 9.

[1123] M. Waline, « Note sous C.E., Ass., 4 janvier 1957, Syndicat autonome du personnel enseignant des Facultés de droit », *R.D.P.*, 1957, pp. 673-676.

contrôle et emploie la technique de l'interprétation neutralisante en contentieux normatif[1124]. La jurisprudence du Conseil d'Etat a encore constitué un argument utile à l'importation de la technique de l'erreur manifeste d'appréciation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. En effet, depuis la décision « sécurité et liberté » du 20 janvier 1981[1125], ce dernier en fait une application contrôlée et raisonnée. Georges Vedel, qui a été chargé d'en rédiger le rapport, propose d'employer à nouveau cette technique dans son rapport sur la loi de nationalisation lors de la séance du 16 janvier 1982[1126] ainsi qu'au cours de la séance du 14 janvier 1983[1127] sans cependant évoquer franchement la référence du Conseil d'Etat. Cependant, lors de la séance du 29 décembre 1983[1128], le Doyen Vedel fait référence à la juridiction administrative pour soutenir la nécessité pour le juge constitutionnel de compter cette technique au sein de son arsenal contentieux : « *De même que le Conseil d'Etat lorsqu'il reconnaît un pouvoir discrétionnaire au Gouvernement en marque les limites, le Conseil constitutionnel doit se réserver la possibilité de dire : "Halte !" à d'éventuels débordements législatifs* »[1129].

479. Le contentieux électoral a été aussi l'occasion pour les professeurs de droit de raisonner par analogie, particulièrement lors de la délibération relative à la candidature d'Alain Krivine à l'élection présidentielle de 1969[1130]. Conformément au code électoral de l'époque, nul ne pouvait être élu s'il n'avait pas satisfait à ses obligations militaires. En clair, seuls les candidats ayant accompli leur service militaire étaient éligibles. Or, Alain Krivine, candidat, était en train d'effectuer son service militaire et n'était donc pas éligible, d'après le rapporteur. Seulement, François Luchaire rappelle que le Conseil d'Etat avait jugé, dans un arrêt du 13 juillet 1967[1131], que la condition de satisfaction aux obligations militaires posée

[1124] A. Viala, *Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, L.G.D.J., coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », Paris, 1999, 318 p.

[1125] Décision n° 80-127 DC du 20 janvier 1981, *Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes*, J.O.R.F. du 22 janvier 1981, p. 308.

[1126] Séance du 16 janvier 1982, *Loi de nationalisation*, A.N. n° 20040168/10.

[1127] Séance du 14 janvier 1983, *Loi relative au statut général des fonctionnaires*, A.N. n° 20040168/11.

[1128] Séance du 29 décembre 1983, *Loi de finances pour 1984*, A.N. n° 20040168/11.

[1129] Pour une analyse détaillée de l'influence de Georges Vedel quant à l'importation de cette technique (voir *infra* § 618 et s.).

[1130] Séance du 15 mai 1969, *Décision du 15 mai 1969 arrêtant liste des candidats à l'élection du Président de la République*, A.N. n° 20040168/6.

[1131] C.E., 13 juillet 1967, *Elections municipales de Bouhans-les-Montbozon*, Rec. p. 330.

par le code électoral était remplie par les personnes bénéficiant d'un sursis d'incorporation ; en conséquence de quoi il n'a pas exigé que le service militaire ait été effectué. Au cours de la même séance, le Secrétaire général demande aux membres du Conseil ce qu'il convient de répondre aux candidats évincés portant une réclamation devant le Conseil constitutionnel et souhaitant connaître les raisons du rejet de leur candidature, leur publication au journal officiel n'étant pas motivée. En réponse au Président Palewski, pour qui les rejets des candidatures n'ont pas à être motivés, René Cassin, François Luchaire et Marcel Waline estiment au contraire, selon le principe général du droit de respect des droits de la défense, qu'il est nécessaire de motiver les rejets. Par analogie, François Luchaire mentionne alors l'arrêt du Conseil d'Etat *Dame Veuve Trompier-Gravier*[1132] au terme duquel lorsque l'administration prend une décision elle doit communiquer le dossier à l'intéressé. Marcel Waline, comprenant bien les impératifs s'imposant au juge constitutionnel, rappelle que le Conseil d'Etat « *ajoute régulièrement à la loi en appliquant les principes généraux du droit* » et, de plus, « *le Conseil constitutionnel peut commettre une erreur de fait en rejetant une candidature et cette erreur pourrait être rectifiée si le réclamant en a connaissance* ». C'est donc par un raisonnement analogique et assez pragmatique que les professeurs de droit, en s'inspirant des principes dégagés par le Conseil d'Etat, propose de trouver une solution la plus conforme au respect du droit des candidats.

480. Finalement, ces exemples démontrent que, dans la période considérée, les professeurs de droit ont largement eu le réflexe de la référence à la jurisprudence du Conseil d'Etat. Cette référence sert aussi bien à clarifier les débats qu'à préciser les limites ou les possibilités du contrôle, ou sert de source directe de l'argumentation dans une juridiction dont les méthodes d'interprétation et les solutions sont encore à définir. L'argument de la jurisprudence administrative devient ainsi un instrument d'élaboration pédagogique des décisions dont les professeurs de droit se sont faits les médiateurs. La doctrine est une autre source de l'argumentation venant éclairer, de manière complémentaire, le processus d'élaboration de la décision.

[1132] C.E., Sect., 5 mai 1944, *Dame veuve Trompier-Gravier*, Rec. p. 133.

§ 2. La référence à la doctrine

481. L'argument doctrinal, qu'il convient de nommer ainsi en raison de son utilisation à des fins argumentatives au cours d'une délibération juridictionnelle, n'est pas utilisé exclusivement par les professeurs. Il l'est par la plupart des membres du Conseil à des fréquences variables selon les membres et les décisions[1133]. Les professeurs de droit en ont cependant fait une utilisation constante, destinée notamment à constituer une source d'argumentation déterminante dans la décision finale. Notion polysémique aux définitions variables[1134], la doctrine sera ici considérée selon une acception matérielle[1135]. Elle correspond à « *l'opinion communément professée par ceux qui enseignent le Droit (communis opinio doctorum), ou même ceux qui, sans enseigner, écrivent sur le Droit* »[1136]. Elle constitue alors les « *opinions émises sur le droit par des personnes qui ont pour fonction de l'étudier* (professeurs, magistrats, avocats)»[1137]. En tant que référence des professeurs de droit au cours des délibérations, la doctrine constitue un savoir sur le droit « *socialement reconnu* »[1138] et se conçoit donc comme un savoir faisant autorité[1139]. Elle suppose une « *certaine posture par rapport au droit* […] *mais aussi une compétence scientifique* […] *qui*

[1133] B. Mathieu, J.- P. Machelon, F. Mélin-Soucramanien, D. Rousseau, X. Philippe, *Les Grandes délibérations du Conseil constitutionnel. 1958-1986*, précité, p. 42, p. 150 et p. 337.

[1134] Pour une approche des différentes conceptions du mot doctrine voir O. Beaud, « Doctrine », in D. Alland, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, P.U.F., coll. « Quadrige », Paris, 2003, 1534 p., spéc. pp. 384-388 ; voir aussi Ph. Jestaz, Ch. Jamin, *La doctrine*, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », Paris, 2004, 314 p., spéc. pp. 171-216. Sur la distinction encore établie dans la science juridique entre doctrine et science du droit, voir E. Picard, « "Science du droit" ou "doctrine juridique" », in *L'unité du droit. Mélanges en hommage à Roland Drago*, Economica, Paris, 1996, pp. 119-171 ; J. Chevallier, « Doctrine juridique et science juridique », *Droit et société*, 2002, n° 50, 2002, pp. 103-120.

[1135] Y. Gaudemet, *Les méthodes du juge administratif*, L.G.D.J., Paris, 1972, 321 p., spéc. pp. 147-152. Yves Gaudemet distingue dans sa thèse deux approches de la doctrine. Dans une approche « *organique* », elle se conçoit par l'intermédiaire des auteurs. Pour une large part c'est d'abord aux professeurs qu'elle s'identifie, ainsi qu'à certains juges. Selon une définition « *matérielle* », « *la doctrine serait alors constituée par l'ensemble des "discours" que suscite l'activité jurisprudentielle du juge, et qui sont susceptibles d'influencer cette activité* » (*Idem*, p. 151).

[1136] G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, P.U.F., coll. « Quadrige », Paris, 7ème éd., 2005, 970 p., spéc. p. 319.

[1137] F. Terré, Introduction générale au droit, Dalloz, coll. « Précis », Paris, 9ème éd., 2012, 652 p., spéc. p. 163 ; Pour Jean Carbonnier, « *on entend par doctrine les opinions émises par les auteurs dans leurs ouvrages, le droit tel que le conçoivent les théoriciens* » (J. Carbonnier, *Droit civil. Introduction. Les personnes. La famille, l'enfant, le couple*, précité, p. 285).

[1138] A. Sériaux, « La notion de doctrine juridique », *Droits*, n° 20, 1994, pp. 64-74, spéc. p. 70.

[1139] Jean Carbonnier définit dans ses fonctions la doctrine comme une autorité en droit civil. Elle inspire le juge en ce qu'elle est « *un mobile de décision parmi d'autres* » (J. Carbonnier, *Droit civil. Introduction. Les personnes. La famille, l'enfant, le couple*, précité, p. 287).

doit être conquise et en permanence consolidée (publications) »[1140]. La définition retenue pourrait sembler privilégier les seuls enseignants en droit, *a fortiori*, les professeurs de droit. Certes, selon cette conception, le « *corps des professeurs de droit, avec son pouvoir interne et ses rites, institutionnels et rédactionnels* » structure le champ doctrinal[1141]. Cependant, c'est à une référence plus large que renvoie la notion de doctrine dans la mesure où elle dépasse la seule doctrine universitaire[1142]. Les professeurs de droit, au cours des délibérations, pourront ainsi faire référence à des ouvrages ou production juridique quels qu'en soient les auteurs. Au Conseil constitutionnel, les canaux de la diffusion doctrinale sont alors multiples, allant de la référence aux cours de droit, jusqu'aux articles de revues spécialisées et de presse, en passant par les manuels et traités.

482. Ce qui compte ici est donc la référence aux écrits produits par la doctrine, au service du raisonnement, soit pour étayer un argument ou le vérifier, soit pour convaincre les membres du Conseil par l'autorité de la référence. Ces références démontrent le lien conservé par les professeurs avec l'Université, les profils ne s'effaçant pas complètement devant l'office de juge constitutionnel, trait particulier de la composition de la juridiction constitutionnelle. Il faudra alors distinguer la simple évocation de la doctrine (A), de l'invocation de la doctrine, invocation conçue alors en tant que fondement juridique d'une argumentation susceptible d'influencer le sens de la décision (B).

A. La référence à la doctrine comme soutien de l'argumentation des professeurs de droit

483. Les délibérations sont l'occasion d'échanges d'arguments, parfois vifs, destinés à trouver une solution aux questions de constitutionnalité portées devant le Conseil constitutionnel. Cette joute argumentative nécessite de trouver les fondements juridiques de

[1140] J. Chevallier, « Les interprète du droit », in *La doctrine juridique*, C.U.R.A.P.P., P.U.F., Paris, 1993, pp. 259-280, spéc. pp. 267-268.

[1141] Ph. Jestaz, Ch. Jamin, « L'entité doctrinale française », *D.*, Chron., 1997, pp. 167-175 ; Ph. Jestaz, Ch. Jamin, *La doctrine*, précité, p. 7. Cette acception, particulièrement vrai en droit privé, se conçoit plus difficilement en droit public et particulièrement en droit administratif.

[1142] M. Deguergue, « Doctrine universitaire et doctrine organique », in *La doctrine en droit administratif*, Litec, Paris, 2010, pp. 41-57.

certaines positions, particulièrement dans une institution où les méthodes de travail se construisent empiriquement. Pour cela, les membres de la juridiction ont eu recours à ce qu'il convient d'appeler l'argument doctrinal. Plus précisément c'est la doctrine universitaire qui est majoritairement mobilisée, car elle permet une confrontation directe des solutions dégagées par la médiation d'un corps spécialisé susceptible d'en analyser le contenu. Ce recours à la doctrine universitaire par les juges démontre que, dans une institution jeune, l'interprétation par la doctrine des solutions dégagées permet au juge, par un mouvement de dialogue et d'influence réciproque, de se poser la question de la redéfinition de la jurisprudence et de l'aménager. Elle assure finalement une compréhension par le juge de sa propre jurisprudence par la perception que la doctrine lui a donnée d'elle-même. Les professeurs de droit membres du Conseil connaissent cette dynamique classique de la doctrine, qui semble retrouver par leur intermédiaire tout son intérêt, même s'il est impossible de systématiser le recours à la doctrine par les professeurs au cours des délibérations, car l'utilisation de l'argument doctrinal est parfaitement aléatoire.

484. Le 3 avril 1962, le Conseil est saisi d'une requête contestant le rejet par le Gouvernement d'une demande d'inscription sur la liste des organisations habilitées à user des moyens officiels de propagande en vue du référendum du 8 avril 1962[1143]. Léon Noël, rapporteur de l'affaire, propose de reprendre les motifs et la solution adoptée par le Conseil constitutionnel lors d'une décision du 23 décembre 1960[1144]. En 1960, le Conseil avait en effet déjà jugé une requête identique irrecevable au motif notamment « *que les attributions du Conseil constitutionnel, telles qu'elles résultent de l'ordonnance portant loi organique du 7 novembre 1958, sont purement consultatives en ce qui concerne les opérations préalables au référendum ; qu'en particulier, l'article 47 de cette ordonnance relatif à l'établissement de la liste des organisations habilitées à user des moyens officiels de propagande, lui reconnaît seulement la faculté de présenter des observations sur ladite liste ; qu'aucun texte ne lui confère compétence pour statuer, par dérogation aux règles du droit commun, sur les protestations ou recours susceptibles d'être présentés contre les décisions prises à cet égard par le Gouvernement* »[1145]. La proposition d'irrecevabilité du rapporteur est votée à

[1143] Séance du 3 avril 1962, *Décision du 3 avril 1962 relative à une demande du Secrétaire du Parti communiste réunionnais*, A.N. n° 20040168/2.

[1144] Décision n° 60-2 REF du 23 décembre 1960, *Décision relative à une demande du Président du "Regroupement National"*, Rec. p. 67.

[1145] *Idem*, Cons. 1.

l'unanimité mais la discussion va porter sur la rédaction de la décision. Certains membres estiment qu'il est nécessaire d'adopter une nouvelle rédaction et s'interrogent sur les difficultés induites par la décision de 1960 qui limite les compétences du Conseil en matière de contrôle des opérations préalables au référendum. Cassin prend alors la parole pour justifier la position initiale du Conseil en s'appuyant sur l'étude menée par Loïc Philip sur le contrôle du Conseil constitutionnel en matière référendaire. Dans un article paru à la *Revue du droit public*[1146], Loïc Philip avait en effet émis une critique forte de la décision *Soustelle* du 23 décembre 1960. Il y estimait que le Conseil constitutionnel aurait dû se déclarer compétent pour contrôler les opérations préalables au référendum ; la limitation de sa compétence au seul examen des irrégularités concernant les opérations de vote et de dépouillement laissant sans juge les opérations préalables[1147]. La critique de Loïc Philip est très claire et ne semble pas correspondre totalement à la conclusion de René Cassin sur l'article. En effet, Cassin utilise la critique doctrinale de l'un des rares auteurs à s'intéresser, dans les années soixante, à la jurisprudence du Conseil[1148], pour justifier le maintien de la jurisprudence du Conseil en cette matière. Il précise en effet : « *Sur le fond, aucune critique faite ne m'a ému et je suis sûr que nous sommes sur la bonne voie* », justifiant ainsi l'orientation prise, depuis 1960, par le juge constitutionnel. Le renvoi évoqué à l'auteur et à ses conclusions sur une jurisprudence du Conseil dans une revue juridique est pour René Cassin un argument destiné à convaincre par l'autorité de la référence.

485. C'est encore au même article de Loïc Philip qu'il est fait référence lors de la séance du 5 novembre 1962[1149]. Vincent Auriol, qui n'avait plus siégé au Conseil depuis avril 1960, fustige les conclusions du rapporteur. Il estime que les réclamations portées devant la juridiction et relatives aux opérations préalables au référendum ne peuvent pas faire l'objet d'un contrôle du Conseil constitutionnel susceptible de conduire à l'annulation du référendum. Auriol fait alors référence à l'article de Loïc Philip publié dans la *Revue de Droit*

[1146] L. Philip, « Les attributions et le rôle du Conseil constitutionnel en matière d'élections et de référendums », *R.D.P.*, 1962, pp. 46-101.

[1147] Pour l'auteur, « *On ne voit pas pourquoi le fait que le Conseil exerce en cette matière des attributions consultatives lui interdit par la suite d'examiner un recours portant sur cette même matière* » (Idem, p. 90).

[1148] La thèse de doctorat de Loïc Philip portait déjà sur le contentieux des élections par le Conseil constitutionnel (L. Philip, *Le contentieux des élections aux assemblées politiques françaises. De la vérification des pouvoirs par les chambres au contrôle juridictionnel du Conseil constitutionnel*, L.G.D.J., 1961, 234 p.).

[1149] Séance du 5 novembre 1962, *Proclamation des résultats du référendum du 28 octobre 1962 relatif au projet de loi concernant l'élection du Président de la République au suffrage universel*, A.N. n° 20040168/2.

Public en 1962 consacré à l'insuffisance de la jurisprudence du Conseil et au caractère restrictif de l'interprétation de ses compétences en matière de contrôle des opérations de référendum dont il cite un long extrait. Auriol, à la fin de son intervention précisera d'ailleurs : « *Je me garderai bien d'ajouter un mot à cette conclusion d'un juriste* ». Cette critique, appuyée sur la doctrine universitaire, contribuera à réveiller les passions au Conseil constitutionnel, notamment celles de son président n'acceptant qu'à demi les « *leçons* » données au Conseil par le Président Auriol. Finalement, comme un symbole, Marcel Waline, directeur avec Georges Berlia de la *Revue de Droit Public*, intervient pour « *expliquer dans quel état d'esprit l'étude de M. Loïc Philip a été publiée* ». La revue « *à caractère technique* », précise-t-il, s'est fixée comme règle d'accueillir des articles exprimant les opinions les plus diverses. Sur la question du référendum, il a ainsi tenu « *à ce que des études exposant l'une et l'autre thèses fussent publiées ; que M. Loïc Philip est docteur en droit et agrégatif et que la revue accueille généralement les articles présentés par des agrégatifs ; et que les opinions de M. Loïc Philip n'engagent évidemment que lui-même ; qu'au demeurant, la conclusion que l'on peut tirer de son étude, c'est que la jurisprudence du Conseil constitutionnel "n'a pas l'heur de plaire à tout le monde" et qu'il en est ainsi pour d'autres juridictions* ». Waline estime nécessaire, au contraire de ce que relève Loïc Philip dans son article, de maintenir la jurisprudence fixée en 1960 par le Conseil. Donc, tout en justifiant le caractère nécessairement libre du travail scientifique des auteurs publiés dans la revue, le professeur de droit défend la place de la juridiction constitutionnelle dont la jurisprudence, comme celle de toute juridiction, peut et doit faire l'objet de critiques doctrinales.

486. Lors de la même séance, un moyen d'annulation des résultats du référendum avait été invoqué au terme duquel le Président de la République, en prévenant publiquement de sa démission en cas de vote négatif au référendum, aurait dénaturé la procédure en la personnalisant, faussant ainsi le vote et détournant les électeurs de la question posée. Finalement, c'est le caractère plébiscitaire du déroulement de la procédure qui est contesté et donc la sincérité du scrutin. Là encore, Marcel Waline intervient au cours du débat pour justifier l'intervention du Président de la République. Il estime en effet qu'il est nécessaire de replacer ce référendum dans son contexte politique troublé du fait des menaces que l'O.A.S. fait peser sur l'Etat français. Pour le professeur de droit, de Gaulle « *avait le droit de dire qu'il démissionnerait si le projet qu'il estimait fondamental n'était pas adopté. Il avait le droit de décider de démissionner et il avait le devoir de prévenir chaque électeur pour qu'il*

connaisse toutes les incidences de son vote ». Justifiant l'intervention du Président, il s'en remet à l'autorité de Carré de Malberg et aux conceptions des réformistes des années trente en matière de procédés de démocratie directe, auxquelles il adhère ostensiblement : « *Les conceptions du Président de la République sont d'ailleurs défendables : je me souviens qu'en 1930, un très grand juriste, Carré de Malberg, m'avait adressé une lettre dans laquelle il considérait qu'il y avait deux formes valables de démocratie : la démocratie parlementaire et la démocratie plébiscitaire* ». L'évocation du juriste strasbourgeois est un moyen pour Waline de soutenir juridiquement la pratique du référendum par de Gaulle. Il contribue à lui donner une consistance juridique auprès des membres du Conseil constitutionnel en l'appuyant sur les positions de Carré de Malberg, usant des ressources induites de l'autorité scientifique de l'auteur.

487. Les écrits doctrinaux sont parfois évoqués par les professeurs de droit, car leur lecture les interroge sur les compétences du juge constitutionnel. Par exemple, lors de la séance du 18 novembre 1965[1150], François Luchaire se questionne sur les pouvoirs respectifs de la Commission nationale de contrôle de la campagne présidentielle et du Conseil constitutionnel en matière de contrôle de la régularité des élections présidentielles. Plus précisément, le professeur de droit s'interroge sur la compétence du Conseil pour contrôler les censures éventuelles de la commission de contrôle. En effet, les textes du Code électoral excluaient toute possibilité de censure préalable contre des interventions publiques des candidats. Or, il apparaît que la commission de contrôle a envisagé d'appliquer ces censures préalables aux candidats à l'élection. Pour Luchaire, « *ces directives vont à l'encontre des textes et à l'encontre de l'esprit dans lequel doit se dérouler une élection présidentielle* ». C'est dans un article publié dans le journal *Le Monde* par André Hauriou[1151] que François Luchaire puise son inspiration. Sa démonstration y est en effet en tout point fidèle aux développements menés par Hauriou. Pour André Hauriou, le Conseil constitutionnel est compétent pour entreprendre un tel examen des censures opérées par le commission de contrôle : « *Le Conseil constitutionnel s'honorerait en déclarant que la création d'une censure préalable pour la propagande radiotélévisée constitue une irrégularité grave; c'est-à-dire en constatant qu'une campagne électorale, qui a été placée par une loi organique adoptée directement par le*

[1150] Séance du 18 novembre 1965, *Décision du 18 novembre 1965 arrêtant la liste des candidats à l'élection du Président de la République*, A.N. n° 20040168/4.

[1151] A. Hauriou, « Le contrôle préventif de la commission est-il légal ? », *Le Monde* du 24 novembre 1965.

peuple sous le signe de la liberté (sanctionnée, le cas échéant, par des actions répressives), ne peut pas, au seul gré de la commission nationale, se dérouler, pour son aspect le plus important, sous la contrainte d'une censure préventive »[1152]. L'identité des points de vue démontre, encore une fois, que l'évocation de la doctrine soutient l'argumentation du juge, particulièrement lorsque le juge est lui-même professeur.

488. Les professeurs de droit sont aussi sensibles à la réception de leur décision par la doctrine. Le 30 janvier 1968, lors de la délibération relative à la nature juridique de la détermination des ressources de l'Office de Radiodiffusion-Télévision Française (O.R.T.F.) et particulièrement des règles visant l'introduction de la publicité[1153], René Cassin, pour qui cette question doit être analysée au regard des spécificités de l'établissement public, souhaitait conserver la jurisprudence établie en la matière par le Conseil constitutionnel en 1964[1154]. Le Conseil constitutionnel avait alors estimé que l'O.R.T.F. n'était pas un établissement public ordinaire car son objet impliquait l'exercice de libertés publiques dont les garanties relevaient de la compétence du législateur. Pour justifier le maintien en l'état de cette jurisprudence, René Cassin se montra très inquiet de la réception de la jurisprudence par le Gouvernement mais surtout par la doctrine, rappelant combien la décision de 1964 avait été bien accueillie par cette dernière. Il évoquait notamment la note rédigée par Léo Hamon sous la décision dans laquelle lui aussi partageait les conclusions du Conseil[1155]. Plus encore, l'auteur avait anticipé la question de l'introduction de la publicité à l'O.R.T.F. posée au Conseil en 1968, puisqu'il précisait que d'autres règles non prévues en 1964 pourraient relever du domaine de

[1152] *Ibidem*.

[1153] Séance du 30 janvier 1968, *Nature juridique de certaines dispositions de l'article 9 de l'ordonnance n° 59-273 du 4 février 1959 relative à la radiodiffusion-télévision française et article 52 de la loi n° 60-1384 du 23 décembre 1960, portant loi de finances pour 1961*, précité.

[1154] Le Conseil constitutionnel avait en effet jugé en le 17 mars 1964, que : « *Considérant que la Radiodiffusion-Télévision Française a pour objet notamment la communication des idées et des informations ; qu'elle intéresse ainsi une des libertés publiques dont les garanties fondamentales relèvent de la disposition précitée de l'article 34 ; que, de ce fait et par le monopole des émissions qu'elle a reçu en ce domaine, elle constitue, à elle seule, une catégorie d'établissement public sans équivalent sur le plan national ; que, dès lors, le législateur est seul compétent pour fixer ses règles de création, lesquelles comprennent nécessairement ses règles constitutives ; qu'au nombre de ces dernières, il y a lieu de ranger, non seulement celles qui déterminent les rapports de la Radiodiffusion-Télévision Française avec l'Etat, mais encore, en raison du caractère exceptionnel que celle-ci présente pour les motifs sus indiqués, les règles qui fixent le cadre général de son organisation et de son fonctionnement* » (Décision n° 64-27 L du 17 mars 1964, *Nature juridique de certaines dispositions des articles 1er, 5, 6, 7 bis et 11 de l'ordonnance n° 59-273 du 4 février 1959 relative à la Radiodiffusion-Télévision française, ainsi que de celles de l'article 70 de la loi n° 61-1396 du 21 décembre 1961 portant loi de finances pour 1962*, Cons. 2, Rec. p. 33)

[1155] L. Hamon, « Note sous décision n° 64-27 L., 17 mars 1964 », *D.*, 1965, pp. 189-190.

la loi, notamment « *l'admission de la publicité* »[1156]. Dès lors, Cassin s'en remit à l'autorité du commentateur pour invoquer la réitération de la décision de 1964 ainsi que pour convaincre que l'introduction de la publicité dans cet établissement public relevait de la compétence du législateur : « *La première décision avait été bien accueillie, même par le Gouvernement, et le premier commentateur ayant fait paraître une note au Dalloz avait conclu au vu de cette décision que l'introduction de la publicité à l'O.R.T.F. entrait dans le domaine de la loi* ». De la même manière, le 13 novembre 1970[1157], le Conseil se déclara incompétent pour examiner une requête portant la contestation des conditions du remplacement de Jacques Chaban-Delmas à l'Assemblée nationale, ce dernier ayant conservé ses fonctions de Premier ministre. François Luchaire alerta les membres du Conseil sur les dangers de « *prendre une décision "à la sauvette", sans instruction préalable dans une affaire dont la presse et la doctrine se sont emparées (article de M. Vedel dans "Le Monde" et de M. Charnay dans la "Revue de droit public"*) »[1158]. La référence à la doctrine, constituant toujours un argument d'autorité, permet en l'espèce de soutenir l'argumentation et de mettre en garde le Conseil sur les difficultés d'une décision qui pourrait faire l'objet de controverses doctrinales.

489. Les professeurs de droit peuvent employer l'argument doctrinal à des fins purement formelles. L'argument doctrinal permet ainsi d'illustrer un point de vue ou de le vérifier par sa confrontation à une analyse critique. Les mêmes professeurs de droit ont aussi souvent eu tendance à invoquer la doctrine pour en faire le fondement de l'interprétation du juge.

[1156] *Idem*, p. 190.

[1157] Séance du 13 novembre 1970, *Elections à l'Assemblée nationale*, A.N. n° 20040168/6.

[1158] Georges Vedel y fait déjà preuve de sa connaissance du contentieux constitutionnel puisqu'il anticipe justement la décision que prendra la juridiction constitutionnelle le 13 novembre : « *Reste à savoir qui peut trancher le débat. On pourrait s'attendre à ce que ce soit le Conseil constitutionnel, à qui est confié, dans sa plénitude, le contentieux des élections législatives. Mais il n'en est rien. En effet, aux termes des textes qui régissent sa compétence et son fonctionnement, le Conseil constitutionnel est juge de la régularité des élections des députés et de leurs remplaçants. Aucune disposition ne lui confie le soin de statuer sur les conditions dans lesquelles il est pourvu au remplacement des parlementaires et, par voie de conséquence, il n'existe pas de procédure de saisine* » (G. Vedel, « Le droit et l'élection de Bordeaux », *Le Monde* du 4 septembre 1970).

B. La référence à la doctrine comme fondement de l'argumentation des professeurs de droit

490. Les écrits doctrinaux peuvent parfois constituer le socle de l'argumentation et sont particulièrement employés en ce sens, dans la rédaction des rapports par les professeurs de droit. L'argument doctrinal est ainsi employé au fondement de l'argumentation d'ensemble ou d'une part de l'argumentation. Ce fut notamment le cas dans le rapport rédigé par François Luchaire lors de la séance du 23 février 1970[1159]. Le Conseil devait se prononcer sur la nature juridique de dispositions instituant des taxes destinées au financement des établissements publics administratifs et à la possibilité qui leur était accordée de bénéficier de ressources parafiscales. Confronté au problème épineux de la parafiscalité, le professeur de droit entreprit de retracer l'histoire et le régime juridique de la notion. Pour cela, il s'en remet à l'analyse de Louis Trotabas sur la parafiscalité dans son *Précis de science et technique fiscale*, ainsi qu'à son manuel d'*Institutions financières*. A partir de la définition qu'en donne le Doyen de la Faculté d'Aix-en-Provence, Luchaire retraça la genèse et le régime juridique applicable à ces taxes. Ce dernier définit les taxes parafiscales comme « *un financement direct qui a été recherché en dehors du budget. Pour reprendre une expression du Doyen Trotabas, la parafiscalité a permis à l'Etat ou à un établissement public d'intervenir avec ses ressources et ses privilèges dans des activités qui n'appartiennent plus à la vie publique et qui orientent les finances publiques vers la vie privée* »[1160]. Plus loin dans son rapport, il chercha à comprendre quelle était la définition de la taxe parafiscale avant l'intervention de la Constitution de 1958. Il retint là encore la définition donnée dans le manuel *d'Institutions financières* de Trotabas de 1956[1161]. Plus caractéristique encore, il s'en remit à l'interprétation de deux auteurs, la question n'ayant encore jamais été tranchée par le Conseil. Il exposa en effet d'abord la position de Jean Groux, professeur de droit détaché auprès des services du

[1159] Séance du 23 février 1970, *Nature juridique des dispositions de l'article 2 de l'ordonnance du 27 décembre 1958 sur le contrôle de la fabrication des conserves et semi-conserves de poissons, crustacés et autres animaux marins*, précité.

[1160] Les références précisées dans les notes accompagnant son rapport ne renseignent pas sur l'exactitude des éditions auxquelles il est fait référence ; cependant il semble qu'il s'agisse de la première édition publiée en 1958, le numéro de paragraphe auquel François Luchaire renvoie ainsi que les termes empruntés au Doyen Trotabas semblant correspondre. Il y expose en effet l'origine des tendances nouvelles qui permettent à l'Etat d'assurer certaines activités « *par la voie d'un financement direct qui a été recherché en dehors du budget* » (L. Trotabas, *Précis de science et technique fiscale*, Dalloz, Paris, 1958, 419 p., spéc. p. 248-249).

[1161] Là encore, si l'édition n'est pas précisée par l'auteur du rapport, la définition qu'il cite correspond à celle de la première édition de 1956 (L. Trotabas, *Institutions financières*, Dalloz, Paris, 1956, 427 p., spéc. p. 250).

Premier ministre, qui estimait que ces taxes pouvaient être établies par voie règlementaire dès lors qu'elles avaient un intérêt économique et social. Puis, Luchaire évoqua l'opinion opposée de Bernard Brachet[1162] qui, « *dans sa thèse de doctorat estime que l'expression établissements publics administratifs désigne aussi bien ceux de l'Etat que ceux des collectivités territoriales et qu'en conséquence une taxe parafiscale ne peut être établie par voie règlementaire au profit d'un établissement public administratif* ». Pour le professeur de droit, c'est cette deuxième interprétation qui devait être retenue par le Conseil constitutionnel. Son argumentation prenait donc sa source presque exclusivement dans l'interprétation doctrinale donnée de la question posée à la juridiction constitutionnelle. Cette illustration renseigne bien sur l'utilisation des écrits doctrinaux par les professeurs, fondant l'argumentation principale du juge.

491. Certaines matières soulèvent encore, au cours des délibérations, des questions qui ont occupé ou qui occupent à la même période la doctrine, particulièrement la doctrine publiciste. La délimitation du domaine de la loi et du règlement dans la Constitution de 1958, et le contentieux souvent complexe qu'elle génère, est ainsi une autre matière propice aux références doctrinales. En ces matières, le juge doit agir au cas par cas et les professeurs s'en réfèrent souvent à la doctrine. Le sujet a en effet, dès 1958, largement inspiré la doctrine publiciste. D'ailleurs, ce sont parfois les travaux des professeurs membres du Conseil qui constituent le fondement d'une argumentation.

492. Le premier avril 1971[1163], c'est à un article de Marcel Waline qu'il est fait référence par le rapporteur Georges-Léon Dubois. Le Conseil devait encore une fois arbitrer sur la nature juridique de dispositions d'une loi de 1959 portant réforme du contentieux fiscal[1164]. Ces dernières renvoyaient à l'organisation des tribunaux administratifs et avaient pour objet la création auprès de chacun d'entre eux d'une section dédiée au contentieux de la fiscalité. Pour le rapporteur, le contenu de l'article 34 devait conduire le Conseil à trancher en faveur du caractère législatif de ces dispositions. La loi fixe en effet les règles relatives à la création de

[1162] B. Brachet, *La délimitation des domaines respectifs de la loi et du règlement dans la Constitution du 4 octobre 1958*, thèse dact., Université de Bordeaux, 1965, 348 p.

[1163] Séance du 1er avril 1971, *Nature juridique des dispositions de l'article 98 de la loi du 28 décembre 1959 portant réforme du contentieux fiscal et divers aménagements fiscaux*, A.N. n° 20040168/6.

[1164] Il faut préciser que le Conseil est saisi en l'espèce pour la première fois de la question du déclassement d'un texte en vue de sa codification.

nouveaux ordres de juridiction et celles relatives à l'assiette, au taux et aux modalités de recouvrement des impositions de toute nature. Très logiquement, le rapporteur s'interrogea alors sur la notion d'ordre de juridiction de façon à comprendre si le dispositif créé par la loi pouvait entrer dans la catégorie. Ici, il rappela que la notion d'ordre de juridiction devait être entendue selon l'interprétation donnée par Marcel Waline dans un article publié en 1959 sur les rapports entre la loi et le règlement dans la nouvelle Constitution[1165]. Waline s'y était en effet exprimé sur la mauvaise rédaction de l'article 34 car, au Comité consultatif constitutionnel, il avait fait voter un amendement qui réservait au législateur « *l'établissement et la compétence des juridictions* »[1166]. Marcel Waline poursuivait dans son article qu' « *au conseil des ministres, quelqu'un a dû faire remarquer qu'il serait excessif d'exiger le vote d'une loi pour créer, par exemple, un nouveau tribunal de commerce ; et l'on a pensé qu'il suffisait de réserver au législateur le pouvoir de créer une nouvelle catégorie de juridictions ; mais quelque ignorant aura inscrit dans le texte le mot "ordre de juridiction", sans se rendre compte que ce terme désigne tout autre chose qu'une "catégorie de juridiction"* »[1167]. Waline avait en effet fait voter un amendement visant à ce que le législateur fixe les règles relatives au statut de la magistrature, à l'établissement et à la compétence des juridictions[1168]. Mais, au moment de l'adoption définitive du projet de Constitution, la formule fut remplacée par celle de « *création d'ordres de juridiction* ». La notion d'ordre de juridiction doit donc être interprétée dans le sens de catégorie de juridiction, renvoyant ainsi aux règles de création et à la compétence *rationae materiae* de ces juridictions. Se fondant sur l'interprétation donnée par Marcel Waline de la notion d'ordre de juridiction et de sa réception par le Conseil constitutionnel[1169], le rapporteur en déduisit que les dispositions en cause n'entraient pas dans le domaine de la loi.

[1165] M. Waline, « Les rapports entre la loi et le règlement avant et après la Constitution de 1958 », *R.D.P.*, 1959, pp. 699-717.

[1166] *Idem*, p. 714.

[1167] *Ibidem*.

[1168] *D.P.S.* vol. II, p. 267.

[1169] Voir Décision n° 61-14 L du 18 juillet 1961, *Nature juridique de l'article 5 de l'ordonnance n° 58-1273 du 22 décembre 1958 relative à l'organisation judiciaire*, J.O.R.F. du 13 octobre 1961, p. 9358 ; Décision n° 64-31 L du 21 décembre 1964, *Nature juridique de l'article 5 (2ème alinéa, première phrase) de l'ordonnance n° 58-1274 du 22 décembre 1958 relative à l'organisation des juridictions pour enfants*, Rec. p. 43 ; Décision n° 65-33 L du 09 février 1965, *Nature juridique de certaines dispositions de l'ordonnance n° 58-997 du 23 octobre 1958 portant réforme des règles relatives à l'expropriation pour cause d'utilité publique*, Rec. p. 73. Sur l'influence de Marcel Waline dans l'interprétation donnée par le Conseil constitutionnel de la répartition des domaines de la loi et du règlement, voir *infra* § 529 et s.

493. C'est encore le cas de la caducité des ordonnances de l'article 38 de la Constitution du 4 octobre 1958. Le 29 février 1972[1170], à l'occasion d'une saisine sur la nature juridique de disposition d'une ordonnance de l'article 38, le Conseil constitutionnel est confronté à la difficile question de sa compétence en matière d'ordonnance et de la nature de la ratification. Pour Paul Coste-Floret, rapporteur, c'est la thèse de la ratification implicite élaborée par le Conseil d'Etat que doit suivre le Conseil, la modification par le Parlement des dispositions d'une ordonnance après l'entrée en vigueur de la Constitution de 1958 valant ratification. Après avoir entendu le rapport, Chatenet rappelle qu'il y a deux façons de déterminer le caractère législatif d'une ordonnance : la ratification implicite ou bien la thèse selon laquelle le simple dépôt du projet de loi de ratification octroie valeur de loi à l'ordonnance. C'est alors que François Luchaire en appelle aux écrits de Raymond Odent[1171] et d'André de Laubadère[1172] sur la caducité des ordonnances[1173]. Il rappelle en effet que pour les deux auteurs, les ordonnances ne sont pas caduques dès lors que le projet de loi de ratification a été déposé dans les délais. Cependant, tant que la loi de ratification n'a pas été adoptée par le Parlement, elles conservent leur valeur règlementaire. En conséquence il « *souhaiterait que cette doctrine soit réaffirmée dans la décision du Conseil* ». Bien que le Conseil constitutionnel ait finalement retenu dans sa décision la thèse de la ratification implicite, la volonté de Luchaire de retenir l'interprétation donnée par Odent et de Laubadère démontre, de nouveau, que la doctrine peut servir de fondement à une question non encore traitée par le Conseil sur laquelle certains auteurs se sont déjà prononcés.

[1170] Séance du 29 février 1972, *Nature juridique de certaines dispositions des articles 5 et 16 de l'ordonnance, modifiée, du 17 août 1967 relative à la participation des salariés aux fruits de l'expansion des entreprises*, A.N. n° 20040168/6.

[1171] R. Odent, *Contentieux administratif*, Fascicule I, *Les Cours de droit*, Paris, 1961, 356 p., spéc. pp. 129-136.

[1172] A. de Laubadère, *Traité élémentaire de droit administratif*, 4ème éd., L.G.D.J., Paris, 1967, 697 p., spéc. pp. 78-81.

[1173] La référence à Raymond Odent pourrait paraître ne pas entrer dans les références propres à la doctrine, dans la mesure où l'auteur lui-même, dans l'introduction à son cours de contentieux administratif, admet ne pas concevoir là une œuvre doctrinale : « *Ce cours ne constitue pas une étude philosophique ou doctrinale : il est purement descriptif* » (R. Odent, *Contentieux administratif*, tome I, rééd, Dalloz, Paris, 2007, 1051 p., spéc. p. 8). Pourtant, Raymond Odent constitue bien, dans l'étude du droit administratif, une référence conçue comme doctrinale. Dès la publication de la première édition de son traité en 1950, Marcel Waline lui reconnut dans, une chronique à la *Revue de droit public*, le caractère d'une œuvre de doctrine : « *Il se rattache à la tradition du célèbre Traité de la juridiction administrative de Laferrière et du recours pour excès de pouvoir de M. Alibert. On sait que les membres du Conseil d'Etat écrivent peu de traités doctrinaux, parce qu'ils sont surchargés de travail au Conseil, pour en avoir le loisir, et peut-être aussi par une sorte d'aversion pour les ouvrages de doctrine. Il faut donc se féliciter lorsque l'un d'entre eux sort de cette réserve et veut bien nous présenter l'exposé des solutions jurisprudentielles admises* » (M. Waline, « Comptes rendus. Droit administratif. Odent (Raymond), Contentieux administratif », *R.D.P.*, 1950, pp. 472-473, spéc. p. 472).

494. Dans le même ordre d'idées, la séance du 20 juillet 1977 invite encore le Conseil constitutionnel, dans un contentieux de déclassement, à se poser la question de la notion « *d'ordre de juridiction* » telle que prévue par l'article 34 de la Constitution[1174]. Paul Coste-Floret, rapporteur de la décision, souhaite conserver l'interprétation qui lui en a été donnée depuis 1961 par la jurisprudence constitutionnelle[1175]. Pour justifier la nécessité de préserver l'interprétation consistant à analyser la notion d'ordre de juridiction dans le sens de catégorie de juridiction, le professeur de droit préfère « *se reporter aux indications données sur l'ensemble de cette question par MM. Favoreu et Philip* ». Ce faisant, il intègre à son rapport un long extrait du commentaire de la décision de principe du 18 juillet 1961 publié dans la première édition des *Grandes décisions du Conseil constitutionnel*[1176]. Après lecture du commentaire, Coste-Floret conclut que « *la solution ne semblant pas faire de doute, puisqu'il paraît même résulter de ces explications* […] *qu'il y a bien lieu de continuer à appliquer aux "ordres de juridiction" la jurisprudence sur les règles constitutives, en lui donnant une formulation claire* ». A nouveau, peut-être de façon plus limpide encore, la référence aux écrits doctrinaux a pour objectif non seulement d'appuyer l'argumentation mais surtout de fonder les choix de la juridiction constitutionnelle, qui plus est lorsqu'il s'agit de citer un commentaire publié d'une décision constitutionnelle.

495. C'est parfois encore aux écrits des professeurs de droit membres du Conseil constitutionnel auxquels il est fait référence. Lorsque le Conseil, au cours de la séance du 1er juillet 1980[1177], s'interroge sur l'opportunité de soulever pour la première fois des moyens de constitutionnalité d'office, le rapporteur Louis Gros se questionne sur les possibilités pour le Conseil de se saisir d'office, et donc sur l'étendue du contrôle de la loi. Plus précisément, le Conseil constitutionnel doit-il examiner l'ensemble de la loi ? Pour y répondre, il s'en remet à l'analyse menée par François Luchaire dans son ouvrage portant sur le Conseil constitutionnel, rappelant que le professeur de droit « *traite de la même question dans son livre "le Conseil constitutionnel"* ». En effet, François Luchaire y estime que « *le Conseil ne peut être saisi que d'une loi toute entière et non seulement de quelques dispositions de la loi*

[1174] Séance du 20 juillet 1977, *Nature juridique de dispositions contenues dans divers textes relatifs à la Cour de cassation, à l'organisation judiciaire et aux juridictions pour enfants*, A.N n° 20040168/8.

[1175] Décision n° 61-14 L du 18 juillet 1961, *Nature juridique de l'article 5 de l'ordonnance n° 58-1273 du 22 décembre 1958 relative à l'organisation judiciaire*, précité.

[1176] L. Favoreu, L. Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Sirey, Paris, 1975, pp. 135-148.

[1177] Séance du 1er juillet 1980, *Loi d'orientation agricole*, précité.

[…] *Le Conseil a considéré qu'il pouvait porter son examen sur toute la loi mais qu'il n'y était pas obligé* »[1178]. Le rapporteur s'en remet à l'autorité d'un professeur de droit ancien membre de la juridiction constitutionnelle pour mener son rapport et définir l'étendue du contrôle de la loi.

496. Il arrive enfin que la doctrine soit évoquée par un professeur de droit à titre préliminaire d'un rapport. Le but est de façonner une analyse en prise avec l'autorité des auteurs dont il invoque les travaux nécessaires à son argumentation[1179]. Un exemple en ce sens est le rapport de Maurice-René Simonnet sur la décision du 17 mars 1987[1180]. Fait inédit, en introduisant son rapport, le professeur de droit rend hommage à la doctrine qui lui a permis de rédiger ce dernier. Ainsi, il « *remercie tout d'abord la doctrine* » à laquelle il a « *beaucoup emprunté* ». Il précise : « *La doctrine, c'est-à-dire le Thémis de droit administratif de Monsieur Vedel, un article de Monsieur Bruno Genevois, Maître des requêtes au Conseil d'Etat sur la nature juridique des établissements publics "à double visage" et l'étude de Monsieur François Gazier sur les établissements publics, étude à laquelle a participé Monsieur Lucien Paoli. Sous les auspices de ces auteurs, je me sens plus assuré pour présenter mon rapport* ». Ici, non seulement Simonnet admet s'être inspiré de la doctrine mais encore il cite ses sources, établissant de nouveau un pont entre doctrine et jurisprudence au Conseil constitutionnel. L'attitude de ce professeur de droit peut d'autant mieux se comprendre que dans son cas, sa carrière politique a largement prédominé sa carrière universitaire. L'accès en 1968 au corps professoral de cet internationaliste est tardif et Maurice-René Simonnet est déjà bien plus homme politique que professeur de droit[1181]. Ces raisons expliquent probablement la référence si appuyée aux écrits doctrinaux. Cependant, elle est symptomatique de l'utilisation de la « *doctrine universitaire* » et non universitaire par les professeurs de droit, non seulement à titre illustratif, mais bien plus en tant que source de l'argumentation du juge. Lors du contrôle en 1986 de la loi de privatisation, Georges Vedel,

[1178] F. Luchaire, *Le Conseil constitutionnel*, Economica, Paris, 1980, 435 p., spéc. p. 122.

[1179] C'est parfois aussi pour critiquer une analyse doctrinale qu'elle est mobilisée. Le seul exemple en ce sens provenant de la séance du 16 avril 1982, au cours de laquelle Georges Vedel critique les interprétations qui ont été données en doctrine de la décision Delmas de 1981, dont il fut d'ailleurs le rapporteur (voir *infra* § 564 et s.), il évoque une doctrine qui serait « *le miroir de la jurisprudence mais un miroir très déformant* », prenant ses distances avec les commentateurs de la jurisprudence constitutionnelle (Séance du 16 avril 1982, *Divers élections (observation, modification du règlement*), A.N. n° 20040168/10).

[1180] Séance du 17 mars 1987, *Nature juridique des dispositions de l'article 77 de la loi n° 83-663 du 22 juillet 1983 concernant les caisses de crédit municipal*, A.N. n° 20040168/13.

[1181] Voir *supra* § 310 et s.

au cours de son rapport, ira jusqu'à faire référence à l'une de ses propres études publiées en collaboration avec Jean Rivero dans la revue *Droit social* en 1947[1182]. Georges Vedel souhaitait insister auprès des conseillers sur la difficulté que recèle la notion de monopole de fait. Il explique ainsi qu'« *au lendemain de la Constitution de 1946, son collègue, Monsieur le Professeur Rivero, et lui-même* » ont publié dans la revue évoquée une étude relative au préambule de la Constitution de 1946 ; et « *déjà à cette époque le concept de monopole de fait était l'objet de controverses* ». La référence à cet article rédigé en commun avec Jean Rivero n'a rien d'étonnant, car Georges Vedel a tout à fait conscience que leurs analyses ont profondément marqué toutes les études suivantes portant sur le préambule de la Constitution de 1946[1183]. L'évocation de cet article témoigne, une fois de plus, des liens maintenus par les professeurs avec leur corps d'origine, particulièrement lorsque leur carrière s'est essentiellement construite au sein de l'Université.

497. Finalement, pour les professeurs de droit, l'argument doctrinal a consisté à employer la référence à la doctrine tantôt en l'évoquant en cours de séance de façon à étayer, confirmer ou infirmer une argumentation ; tantôt en l'invoquant comme élément fondant l'argumentation du juge, généralement dès le stade du rapport sur la décision. Dans les deux cas, la mobilisation de la doctrine est constante chez les professeurs et a pour objectif de consolider le raisonnement du juge en participant à l'élargissement des sources de la jurisprudence du Conseil constitutionnel. La doctrine ainsi employée par les professeurs a un but « *opératoire (pour juger, enseigner, ordonner, critiquer ou orienter en droit…)* »[1184]. La lecture des délibérations valide ainsi la conception matérielle retenue de la doctrine qui la différencie de la jurisprudence : « *L'une parle en vertu d'une compétence légale, l'autre s'investit elle-même ; d'un côté, c'est l'autorité qui décide, de l'autre c'est un simple Ministère d'influence* »[1185]. Cependant, comme l'explique Jacques Chevallier, « *parce qu'elle s'appuie sur la science, l'interprétation doctrinale est dotée d'une autorité particulière, qui lui permettra de peser sur les mécanismes de production du droit* »[1186].

[1182] Séance du 26 juin 1986, *Loi autorisant le gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social*, A.N. n° 20040168/12.

[1183] J. Rivero, G. Vedel, « Les principes économiques et sociaux de la Constitution : le préambule », *Droit social*, vol. 31, 1947, pp. 13-35, *Pages de doctrine*, pp. 93-145.

[1184] E. Picard, « "Science du droit" ou "doctrine juridique" », précité, p. 139.

[1185] J. Rivero, « Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit administratif », précité, pp. 27-28.

[1186] J. Chevallier, « Les interprètes du droit », précité, p. 268.

498. Les travaux constituants ont aussi été largement employés par les professeurs de droit. Ils ont, jusque dans les années quatre-vingt, constitué une référence utile à l'interprétation du texte constitutionnel, particulièrement, et cela relève presque de l'évidence, chez les professeurs de droit ayant été associés à l'écriture de la Constitution de 1958.

Section 2. Les travaux constituants

499. Parmi les professeurs de droit nommés, René Cassin, Marcel Waline, François Luchaire et Paul Coste-Floret ont participé aux travaux constituants de la V^{ème} République. Pour arbitrer entre plusieurs interprétations du texte constitutionnel, ils sont alors souvent intervenus pour préciser l'intention des constituants, usant de l'argument d'autorité (§ 1). Cependant, peu de temps après l'entrée en fonction de Georges Vedel, les travaux constituants ne sont plus considérés comme une source valable d'interprétation du texte constitutionnel. Le professeur de droit y voyait en effet un détournement de la parole du véritable constituant. Il va alors convaincre les autres conseillers d'abandonner l'utilisation des travaux préparatoires de la Constitution de 1958 pour éclairer le sens du texte constitutionnel au cours des délibérations (§ 2).

§ 1. René Cassin, Marcel Waline, François Luchaire, Paul Coste-Floret, rédacteurs de la Constitution

500. Entre 1960 et 1979, les quatre professeurs de droit nommés au Conseil ont été associés, au cours de l'été 1958, à la rédaction de la Constitution[1187]. Cette participation au processus constituant leur offre indubitablement une position d'interprète authentique de la volonté des constituants, utile à la clarification des débats. Lorsque les textes constitutionnels sont difficiles à interpréter, les travaux préparatoires deviennent une source indiscutable et indispensable à une institution récemment créée. Il faut distinguer deux usages différents des travaux constituants par les professeurs. Tantôt ils sont utilisés en tant que source de

[1187] Voir *supra* § 252 et s.

l'argumentation, les professeurs de droit devenant alors les interprètes authentiques de l'intention des constituants (A), tantôt ils sont utilisés comme argument d'autorité à l'appui d'une argumentation n'emportant pas l'adhésion des autres membres (B).

A. Les interprètes authentiques de l'intention des constituants

501. Les travaux constituants sont une source d'interprétation des normes constitutionnelles. En tant que telle, ils permettent notamment aux professeurs de droit de se placer en interprète authentique de l'intention des constituants.

502. Lors de la séance du 2 octobre 1962, relative au recours par le Président le République à l'article 11 pour réviser la Constitution[1188], l'utilisation des travaux constituants par les professeurs de droit vient clairement au service de leur argumentation. Elle contribue à ménager dans la décision une source claire et objective en regard de laquelle un texte, dont l'interprétation est confuse, peut être interprété. L'interprétation des limites du champ d'application de l'article 11 conduit ainsi les membres du Conseil à un débat très animé, au cours duquel les passions politiques le disputent aux arguments proprement juridiques. René Cassin est le premier à intervenir pour préciser, références à l'appui, les limites dans lesquelles les constituants ont enfermé l'article 11 et donc les limites de la procédure de révision de la Constitution. L'un des arguments employés par les thuriféraires de l'utilisation de l'article 11 pour la révision de la Constitution consistait à préciser que, si l'article 11 n'était pas applicable aux lois constitutionnelles, il ne le serait pas non plus aux lois organiques, leur adoption étant prévue par l'article 46 de la Constitution. Cassin débute son intervention en répondant à cet argument. Pour cela, il s'en remet immédiatement aux travaux constituants précisant : « *Ceci est corroboré par les débats de la Commission Constitutionnelle du Conseil d'Etat* », dont il lit aux membres du Conseil le procès-verbal et en distribue même l'extrait correspondant à la validité de son argumentation. Aussi, il évoque la proposition de Marcel Martin, faite devant la commission constitutionnelle du Conseil d'Etat, de réserver l'utilisation de l'article 11 à tout projet de loi organique. Or, il lui est répondu que de nombreux projets de lois ordinaires importants devront aussi être soumis au

[1188] Séance du 2 octobre 1962, précité.

référendum, rejetant donc sa proposition. René Cassin rappelle que le Conseil d'Etat a considéré « *en toute connaissance de cause, que pouvaient être soumis au référendum en application de l'article 11, des projets de lois organiques et des projets de lois ordinaires importantes. Il n'a jamais été question des lois constitutionnelles* ». Plus avant, il prolonge la réflexion, évoquant le fait que le Conseil d'Etat avait lui-même proposé la rédaction de la disposition de l'article 11 visant les projets de loi de ratification de certains traités qui, sans être contraire à la Constitution, aurait des incidences sur le fonctionnement des institutions[1189]. En conséquence, pour René Cassin, en insérant la formule « *traité qui, sans être contraire à la Constitution* » les constituants « *ont pris bien soin d'exclure toute possibilité de modification de la Constitution par le seul référendum, même de manière indirecte* ». L'autre argument employé en faveur de la constitutionnalité du projet de de Gaulle est de se référer à l'article 3 de la Constitution. Cependant, là encore, René Cassin rappelle que l'article 3 est un principe dont les articles 11 et 89 ne sont que des applications. Dès lors, il estime que le droit écrit est ici formel. Comme il l'explique : le « *souverain lui-même doit obéir aux lois qu'il s'est données. Ce que je dis du souverain, le Peuple, je le dis de toutes les autorités* ». Il déploie ici une autorité juridique indéniable en rappelant son rôle dans l'écriture de la Constitution, dont il se fait l'interprète authentique. L'expérience du professeur de droit est ainsi mise au service de son argumentation juridique de façon à créer les conditions de son objectivité et de sa force[1190]. D'ailleurs, le 2 avril 1969, lorsque le Conseil constitutionnel eut à connaître pour la seconde fois d'un projet de décret décidant de soumettre un projet de loi constitutionnelle au référendum par la procédure de l'article 11, René Cassin, « *pour avoir participé à l'élaboration de la Constitution depuis le tout début jusqu'à la rédaction finale* », rappelle de nouveau que l'article 11 n'avait pas été rédigé pour permettre l'adoption de lois constitutionnelles, mais qu'il visait essentiellement à permettre l'adoption des lois organiques. C'est en ce sens, poursuit-il, que les mots « *organisation des pouvoirs publics* » contenus dans l'article 11 ont été conçus.

[1189] La version de l'article 11, avant les modifications instituées par la loi constitutionnelle du 4 août 1995 et du 23 juillet 2008, était ainsi rédigée : « *Le Président de la République, sur proposition du gouvernement pendant la durée des sessions ou sur proposition conjointe des deux assemblées, publiées au Journal officiel, peut soumettre au référendum tout projet de loi portant sur l'organisation des pouvoirs publics, comportant approbation d'un accord de Communauté ou tendant à autoriser la ratification d'un traité qui, sans être contraire à la Constitution, aurait des incidences sur le fonctionnement des institutions*».

[1190] Il faut cependant préciser que René Cassin n'est pas le seul à se servir de son expérience de rédacteur de la Constitution. Jean-Gilbert Jules, notamment, qui fut membre du Comité consultatif constitutionnel rappelle aussi les positions qui y furent prises en évoquant d'ailleurs la présence de Marcel Waline et Léon Noël.

503. La séance du 23 novembre 1971 offre encore un exemple du recours par les professeurs de droit aux travaux constituants pour valider une argumentation. Leur utilisation est d'autant plus indispensable que l'étendue des compétences du Conseil est discutée. En effet, au cours de cette séance, le Conseil s'interrogea sur sa compétence quant aux demandes de remboursement de frais de campagne. Le rapporteur souhaitait rédiger un considérant spécial visant à préciser l'incompétence du Conseil. Or, pour François Luchaire, l'absence de remboursement du cautionnement pour les candidats ayant obtenu moins de 10 % des suffrages n'est justiciable d'aucune juridiction. De plus, il rappelle qu'il a rédigé le projet d'ordonnance sur le Conseil constitutionnel[1191] avec Jean Foyer et qu'aucun d'eux « *n'avaient pensé que le Conseil interprèterait la disposition de ladite ordonnance comme limitant sa compétence au seul examen de la régularité de la proclamation elle-même* ». Dès lors, il propose que le Conseil ne se prononce pas sur sa compétence dans la décision, se réservant une autre occasion de revoir sa jurisprudence, entraînant l'accord de la majorité des membres du Conseil.

504. C'est de nouveau comme source de l'argumentation que Paul Coste-Floret fait référence aux travaux constituants le 15 juillet 1976[1192]. Une loi organique fixant le nombre de sénateurs élus par département et organisant la répartition des sièges supplémentaires ainsi créés, est contestée devant le Conseil constitutionnel. Les membres du Conseil s'interrogent alors sur les méthodes de calcul ayant conduit à augmenter le nombre de sénateurs élus dans certains départements. François Goguel estime notamment que cette nouvelle répartition, du fait d'un mode de calcul illégal, est contraire au principe d'égalité des suffrages contenu dans l'article 3 de la Constitution. Or, en réponse, Coste-Floret lui rappelle que « *lors de la discussion qui a abouti à l'article 3 de la Constitution, il n'a pas été question en énonçant le principe d'égalité des suffrages de viser une règle numérique de répartition des sièges au Parlement. Cette règle avait seulement pour objet de condamner les votes pluraux* ». Il reconnaît cependant que si François Goguel a raison sur le plan de l'opportunité, du point de vue de la constitutionnalité aucune règle ne permet de contester la loi organique dont ils sont saisis. L'argument convainc les membres du Conseil et Coste-Floret obtient le soutien du

[1191] Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 *portant loi organique sur le Conseil constitutionnel*, J.O.R.F. du 9 novembre 1958, p. 10129.

[1192] Séance du 15 juillet 1976, *Loi relative à l'élection des sénateurs*, A.N. n° 20040168/8.

président, qui « *ne voit pas comment annuler la loi organique si on accepte l'interprétation de l'article 3 donnée par M. Coste-Floret et qui paraît l'interprétation exacte* ».

505. L'argument des travaux constituants peut encore être utilisé dans le but bien précis d'être instrumentalisé pour valider une argumentation minoritaire, argumentation qui n'a donc pas la faveur des autres membres du Conseil constitutionnel.

B. L'instrumentalisation de l'argument d'autorité

506. Le recours aux travaux constituants se trouve parfois instrumentalisé par les professeurs dans le but de justifier une argumentation minoritaire. Les professeurs de droit ont ainsi pu intervenir à la suite du rapporteur pour appuyer le contenu du rapport. C'est en ce sens que les travaux préparatoires furent mobilisés par René Cassin au cours de la séance du 20 janvier 1961[1193]. Le rapporteur concluait à l'irrecevabilité de certaines dispositions de la loi en ce qu'elles entraînaient une aggravation des charges publiques dont il retenait une définition large, conforme à l'article 40 de la Constitution. René Cassin le soutint, précisant que le Conseil d'Etat, lors de la discussion du projet de Constitution, avait eu une « *conception semblable à celle de M. le Rapporteur* ». La même ressource a pu être employée pour valider une proposition. Il en est ainsi lors de la séance du 6 novembre 1962[1194] sur la compétence du Conseil en matière de contrôle des lois référendaires. Alors que la majorité des membres est favorable à l'incompétence du Conseil, Cassin prend parti pour leur contrôle, en se fondant sur le manque de précision de l'article 61 de la Constitution. En effet, pour lui, la loi référendaire prise selon la procédure de l'article 11 est « *constitutionnelle dans ses fins, ordinaire par sa forme, organique par son objet* ». Comme le Président Noël a fait référence en ce domaine aux travaux constituants, Cassin instrumentalise l'utilisation de l'argument d'autorité uniquement pour valoriser son raisonnement en précisant : « *Vous vous référez aux travaux préparatoires. Mais on ne fait appel aux travaux préparatoire que si le texte n'est pas clair* ». De cette manière, Cassin s'empare des travaux constituants, précisant dans quel sens il

[1193] Séance du 20 janvier 1961, *Loi relative aux assurances maladie, invalidité et maternité des exploitants agricoles et des membres non-salariés de leur famille*, A.N. n° 20040168/2.

[1194] Séance du 6 novembre 1962, précité.

peut ou non y être fait référence, car il estime qu'il n'y a, en l'espèce, aucune difficulté à interpréter l'article 61 de la Constitution. Il rappelle les méthodes d'interprétation et les hypothèses dans lesquelles il peut être fait recours aux travaux préparatoires. Finalement ce qui importe à Cassin au cours de cette délibération c'est d'éviter, par tous les moyens, de permettre la révision par l'article 11 des règles fondamentales contenues dans la Constitution[1195].

507. C'est aussi ce que fit Marcel Waline au cours de la séance du 21 décembre 1964, lorsqu'il tenta d'orienter ses collègues au soutien de sa position en s'appuyant sur les travaux constituants. Le Conseil devait trancher la question de la nature règlementaire ou législative d'une disposition fixant la durée des fonctions d'assesseurs des tribunaux pour enfants[1196]. Le rapporteur souhaitait conclure au caractère règlementaire, la fonction d'assesseur ne relevant pas, pour lui, du statut de la magistrature. Cependant Marcel Waline s'interroge sur la définition du magistrat, dont il ne trouve aucune définition précise ni dans l'article 34 de la Constitution ni dans aucune jurisprudence. De ce fait, il estime qu'il faut rechercher si l'article 34 fait mention seulement des magistrats de carrière ou bien fait appel à une définition plus large. S'il concède qu'une conception étroite visant la protection législative de l'indépendance des seuls magistrats de carrières est valable, il suppose un « *intérêt à étendre la notion de magistrats qui est visée par l'article 34. Je pencherai à définir le magistrat, dans ce cas, comme "celui qui participe à l'acte de juridiction d'une façon qui n'est pas occasionnelle". Par contre, l'avocat appelé à siéger n'est pas un magistrat* ». Pour Waline, la multiplication des juridictions spécialisées rend nécessaire de lier « *l'indépendance de l'autorité judiciaire et le statut des magistrats* » car, « *par-delà l'indépendance des magistrats, c'est la liberté des citoyens qui est en cause. J'avais fait au Comité consultatif constitutionnel des observations en ce sens. Trop de gens croient que les magistrats sont les hommes liges du pouvoir* »[1197]. En effet, le professeur de droit avait déjà proposé une

[1195] « *L'article 61 se comprend comme une analyse de nos pouvoirs. Le refus d'examiner une loi référendaire créerait une fissure béante dans l'exercice de notre contrôle ; supposez que par référendum, on porte atteinte au principe de non-rétroactivité des lois pénales, à celui de l'égalité politique des femmes, aux garanties contenues dans le préambule. Tout cela peut-être anéanti par référendum* » (Ibidem). L'incompétence du Conseil constitutionnel sera votée par six voix contre quatre, les membres s'étant ralliés à la cause de l'absence de texte donnant explicitement compétence au Conseil pour contrôler les lois référendaires.

[1196] Séance du 21 décembre 1964, *Nature juridique de l'article 5 alinéa 2 de l'ordonnance n° 58-1274 du 22 novembre 1958 relative à l'organisation des juridictions pour enfants*, précité.

[1197] Cette intervention de Marcel Waline est tout à fait conforme à ses positions doctrinales en matière d'indépendance des magistrats, conçue comme une garantie de la liberté des citoyens. Il existe en effet une

définition de la notion de magistrat devant le Comité consultatif constitutionnel, manifestant son attachement à l'indépendance de l'autorité judiciaire dont il participa à déterminer le cadre et les moyens. Devant le Comité, il avait proposé que les magistrats du parquet soient placés sous la protection du Conseil supérieur de la magistrature et sous l'autorité du ministre de la Justice, dont les mesures disciplinaires pourraient faire l'objet de recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'Etat[1198]. Par un amendement, il avait aussi souhaité ajouter au domaine de la loi l'énoncé des règles relatives au statut de la magistrature et de celles portant sur les compétences des juridictions[1199]. C'est à cet amendement qu'il fait référence dans la séance du 21 décembre 1964, amendement qui n'a pu être adopté en 1958 et qui imposerait, dès lors, que le Conseil fasse droit à une interprétation constructive de la référence au statut des magistrats contenue dans l'article 34 de la Constitution. Il s'agit ainsi pour Marcel Waline d'utiliser les travaux constituants, non comme source directe de l'argumentation, mais plutôt comme raisonnement *a fortiori* ; d'autant que ces interventions prolongent très sûrement l'expérience acquise durant ses fonctions au Conseil supérieur de la magistrature entre 1959 et 1962.

508. Cette méthode argumentative, consistant à éclairer le texte constitutionnel de l'analyse des travaux constituants, est une preuve de l'expérience politique et surtout constitutionnelle des professeurs qui en font un usage répété. Les spécificités du parcours de ces universitaires peuvent être retracées à partir de l'étude des sources mobilisée pour l'interprétation du texte constitutionnel. C'est pour cette raison que Georges Vedel, n'ayant pas contribué à l'écriture de la Constitution, redéfinira l'utilisation des arguments permettant la clarification des normes constitutionnelles. Il est, à ce titre, très réservé sur le recours à l'intention des auteurs de la norme constitutionnelle comme technique d'interprétation.

---

continuité frappante entre les positions doctrinales de Marcel Waline en ce domaine et ses interventions devant le Conseil constitutionnel. C'est aussi le cas pour Georges Vedel, dont l'œuvre de doctrine deviendra pour partie l'œuvre du juge constitutionnel (voir *infra* § 569 et s.).

[1198] « *J'avais proposé un amendement rappelant la situation actuelle, disant que les magistrats du parquet sont sous la discipline du ministre de la Justice et que les décisions disciplinaires du ministre de la Justice sont susceptibles de recours en Conseil d'Etat, c'est l'état actuel des choses, et j'ajoute : le Conseil d'Etat qui exercera en cette matière le contrôle du juge de l'excès de pouvoir* » (D.P.S., vol. 2, précité, pp. 169-170). Toutefois, Michel Debré lui demandera de retirer sa proposition (*Idem*, p. 170).

[1199] L'amendement de Marcel Waline adopté en groupe de travail au Comité consultatif constitutionnel le 7 août 1958, consistait précisément à faire entrer dans le domaine de la loi la détermination du statut de la magistrature ainsi que l'établissement et la compétence des juridictions (*D.P.S.*, vol. 2, précité, p. 234).

§ 2. Le refus de Georges Vedel de considérer les travaux constituants comme argument recevable

509. L'évolution des pratiques interprétatives du juge est en grande partie dépendante de la composition de la juridiction, particulièrement pour une institution dont les méthodes de travail nécessaires à l'élaboration des décisions sont le produit empirique de l'expérience acquise au fil des années et transmises entre les juges. Entre 1960 et 1970, période d'émancipation du Conseil constitutionnel, les travaux constituants ont été assez logiquement pour les professeurs de droit des sources nécessaires à la clarification des dispositions de la Constitution. Toutefois, l'entrée de Georges Vedel au Conseil à partir de 1980 contribue à l'abandon de cette référence. En effet, historiquement, il n'a jamais participé à l'écriture de la Constitution de 1958. Juridiquement, le professeur de droit estime que les travaux préparatoires n'ont aucune portée juridique, particulièrement lorsqu'il s'agit de rechercher l'intention des constituants.

510. En 1985, lors du contrôle par le Conseil d'une loi organique portant réforme électorale, Georges Vedel refuse pour la première fois de considérer les travaux constituants comme une source ayant « *valeur constitutionnelle* »[1200]. Comme il l'explique, les travaux préparatoires consistent généralement en débats devant les Assemblées. Donc, ceux qui ont voté « *étaient éclairés par ces débats sur le sens du texte* ». Or, concernant les travaux constituant, « *ils n'ont pas été connus de l'auteur juridique du texte : le peuple français* ». Dès lors pour Georges Vedel, les travaux constituant doivent se situer dans les travaux du Conseil « *en dehors du champ normatif* ». Si l'argument est entendu et accepté par les membres du Conseil, Georges Vedel précisera sa pensée lors d'une autre séance un mois plus tard, le 23 août 1985 dans son rapport relatif à la loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie[1201]. Il avoue en effet éprouver des « *scrupules* » à proposer un argument tiré des travaux constituants. Pour Georges Vedel, ces travaux préparatoires n'existent pas, il ne peut y avoir que « *des travaux administratifs* », d'autant plus qu'ils n'ont jamais été portés « *à la connaissance des Français de 1958 qui, en tant que constituants, ont adopté la Constitution*

[1200] Séance du 10 juillet 1985, *Loi organique relative à l'élection des députés des territoires d'outre-mer, de la collectivité territoriale de Mayotte et de la collectivité territoriale de Saint-Pierre-et-Miquelon*, A.N. n° n° 20040168/11.

[1201] Séance du 23 août 1985, *Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie*, A.N. n° n° 20040168/11.

du 4 octobre 1958 ». Pour le professeur de droit, il faut donc faire une distinction entre les écrivains de la Constitution et le constituant véritable qu'est le peuple.

511. Contrairement à ses prédécesseurs, Georges Vedel n'ayant pas participé à l'écriture de la Constitution de 1958, se place alors dans une posture d'aiguilleur du choix des sources qui peuvent valablement être utilisées par le juge constitutionnel. Son analyse est d'autant plus logique qu'elle se situe dans une période où le Conseil constitutionnel n'a plus autant besoin des travaux constituants que par le passé. Le juge est désormais en mesure d'interpréter le texte constitutionnel à la lumière des précédents ou tout simplement par rapport « *à la grammaire et au bon sens* »[1202]. A la fin de son mandat et peu de temps après la publication des travaux constituants à la Documentation française, il justifiera cette position. Il évoque cette évolution du raisonnement comme une œuvre collective mais qui, à la lecture des délibérations, lui est entièrement due : « *On est actuellement en train de publier les travaux préparatoires de la Constitution. Ces matériaux sont passionnants du point de vue historique et politique. Mais cette publication ouvre une tentation juridique qu'il faut résolument repousser* »[1203]. Le professeur rappelle ainsi, comme il l'avait fait au cours de la séance du 10 juillet 1985, qu'il n'est pas possible de considérer de la même manière l'interprétation d'une loi peu claire à la lumière des travaux préparatoires qui s'y rattachent et celle de la Constitution à la lumière des travaux constituants. Pour lui en effet, « *ce qui fonde la prise en considération des travaux préparatoires d'une loi, c'est le fait que les décideurs, c'est-à-dire les votants, députés ou sénateurs, ont connu les rapports des commissions, les interventions dans le débat, etc., et qu'on peut savoir s'ils y ont ou non adhéré. C'est à partir de là qu'on reconstitue l'intention du législateur. En revanche, dans le système d'élaboration de la Constitution de 1958, les travaux préparatoires ont été conduits dans le secret, qu'il s'agisse des délibérations Gouvernementales, des délibérations du comité interministériel, de celles du groupe de travail, du Comité consultatif constitutionnel ou du Conseil d'État. Or quel était le décideur ? C'était le peuple français. Le peuple français, quand il a voté, n'avait sous les yeux que le texte de la Constitution qu'il s'agit d'interpréter* »[1204]. Il était donc impossible pour Georges Vedel d'imaginer donner aux travaux constituants « *valeur de directives pour*

[1202] Séance du 10 juillet 1985, *Loi organique relative à l'élection des députés des territoires d'outre-mer, de la collectivité territoriale de Mayotte et de la collectivité territoriale de Saint-Pierre-et-Miquelon*, précité.

[1203] G. Vedel, « Neuf ans au Conseil constitutionnel », précité, p. 53.

[1204] *Ibidem*.

l'interprétation de la Constitution »[1205]. La conception très fidèle à la théorie démocratique qu'entreprend de tisser Vedel au cours des délibérations consiste à concevoir la légitimité du juge constitutionnel d'un point de vue négatif. Cette légitimité repose chez Georges Vedel sur « *deux axiomes. Le premier est que la Constitution existe comme texte et non comme prétexte. Le second est que le pouvoir constituant est le seul mode d'expression de l'opinion constituante et que ce pouvoir n'appartient pas au juge* »[1206]. En ce sens, Georges Vedel, au Conseil constitutionnel, considère inadmissible la manipulation des sources du droit constitutionnel par le juge constitutionnel[1207], refusant de conférer une quelconque « *portée juridique* » aux travaux préparatoires[1208].

512. Finalement, les travaux constituants sont, pour les professeurs de droit qui y ont été associés, un outil nécessaire à la clarification du texte constitutionnel. De ce fait, leur autorité indéniable sur le délibéré se détermine en fonction de leur parcours d'universitaires ayant contribués à l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958. Cette double position a assuré à certains des membres du Conseil constitutionnel de bénéficier d'un ensemble de sources claires et nécessaires à la découverte du sens et de la portée du texte constitutionnel. Cependant, il existe des références que seuls certains professeurs de droit ont pu utiliser avec autorité. Georges Vedel, lorsqu'il entre au Conseil n'a pas participé à l'écriture de la Constitution. Son analyse le mène alors à considérer la Constitution comme un texte auquel seul le juge peut donner un sens.

[1205] *Ibid*.

[1206] G. Vedel, « Préface », in D. Rousseau, (dir.), *La démocratie continue*, L.G.D.J., Paris, 1995, 165 p.

[1207] Il pourra préciser en 1984 que le Conseil constitutionnel « *ne s'estime pas maître des sources du droit constitutionnel* » (G. Vedel, « Le précédent judiciaire en droit public français », *R.I.D.C.*, 1984, n° 6, pp. 265-291, spéc. p. 287). Il faudra cependant voir que cette forme de justification du travail interprétatif du juge constitutionnel, que le professeur de droit s'attache à défendre, prête le flanc à la critique si l'on analyse le degrés de construction qui se dégage de certaines décisions dont Georges Vedel a été l'auteur (voir *infra* § 569 et s.).

[1208] G. Vedel, « La place de la Déclaration de 1789 dans le "bloc de constitutionnalité" », in *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, P.U.F., Paris, 1989, pp. 51-52, spéc. pp. 43-44.

Conclusion du chapitre 2

513. En participant à la construction de la jurisprudence constitutionnelle, les professeurs de droit ont été amenés à dégager un ensemble de sources susceptibles de faciliter l'interprétation du texte constitutionnel. Faute de méthodes d'interprétation encore bien formalisées, le Conseil devait s'armer de références au sein desquelles puiser lorsque l'interprétation du texte constitutionnel soulevait des difficultés. Les délibérations démontrent que les professeurs de droit ont su utiliser des ressources argumentatives notamment en lien avec leur fonction d'universitaire. On peut ainsi isoler trois références qui, bien que n'étant pas exclusivement employées par les professeurs, le sont systématiquement et dans une très large mesure par eux.

514. La jurisprudence administrative tout d'abord, qui, bien loin de relever seulement, comme l'a soutenu Georges Vedel, d'une nécessité objective, est clairement le résultat d'un emprunt volontaire, particulièrement chez les professeurs de droit public. Ces professeurs de droit ont largement contribué à la diffusion, au cours des délibérations, de la jurisprudence du Conseil d'Etat. Ils se sont faits les médiateurs logiques d'une jurisprudence qu'ils maîtrisaient, enseignaient et commentaient, participant de cette façon à la construction d'une méthode et de solutions inspirées par la jurisprudence du Conseil d'Etat. La doctrine, ensuite, est conçue par tous les professeurs comme une référence indispensable. Elle constitue à la fois un argument au cours des délibérations mais elle est aussi une source bénéficiant d'un effet performatif sur la décision. La qualité des débats s'en trouve améliorée et les sources utiles à l'interprétation multipliées. Cette référence constitue encore, et peut-être plus que la jurisprudence administrative, une démonstration évidente du lien que les professeurs conservent avec leur corps d'origine. Enfin, les travaux préparatoires de la constitution de 1958 se définissent comme une référence très utile chez les professeurs de droit ayant pris part à l'écriture du texte fondamental. Cette position historique leur a, semble-t-il, offert une place d'interprète authentique de l'intention des constituants. Cependant, lorsque Georges Vedel entre en fonction, il n'a pas connu l'expérience constituante de ses prédécesseurs. Par conséquent, il contribue à éliminer les travaux préparatoires des arguments susceptibles d'être mobilisés. Il développe par ailleurs une conception du pouvoir constituant originaire,

distinguant les « *écrivains* » de la Constitution, dont l'intention ne peut constituer une source de l'interprétation du texte constitutionnel, du peuple, véritable constituant.

Conclusion du titre 1

515. En 1958, l'absence en France d'une expérience juridictionnelle du contrôle de constitutionnalité des lois a forcément induit une absence de méthodes juridictionnelles[1209] nécessaires à l'exercice du contrôle de constitutionnalité. Les professeurs de droit, en entrant au Conseil constitutionnel à partir de 1960 n'avaient pas, mis à part René Cassin, d''expérience juridictionnelle, sinon celle, théorique, enseignée dans les universités. Les professeurs de droit se sont donc trouvés confrontés au travail du juge consistant à dégager une solution à partir d'un cas d'espèce. Cette donnée a rendu nécessaire le développement progressif d'une ou de méthodes constituant des instruments d'élaboration du droit[1210].

516. Par leur formation, leurs compétences techniques et, pour certains, leur autorité scientifique, ils ont dépassé les contraintes de la collégialité en exerçant une autorité juridique sur le délibéré. L'étude des délibérations démontre que le raisonnement mené par les professeurs de droit s'inscrit dans une logique juridique, le raisonnement strictement juridique l'emportant, majoritairement, sur le raisonnement en opportunité. Cette éthique de l'argumentation, qui s'explique par la formation des professeurs de droit, leur ont permis d'être les dépositaires de l'orthodoxie du raisonnement juridique au Conseil constitutionnel. Les professeurs de droit sont « *formé*[s] *à un type de logique* »[1211]. Ils ont donc contribué à défendre l'autonomie du raisonnement juridique en évitant que les juges constitutionnels se laissent aller « *à des préférences étrangères au droit* »[1212].

517. Si les professeurs de droit ont participé indéniablement à l'orientation juridique des débats et à l'élévation du niveau juridique des délibérations, ils ont plus spécifiquement encore permis de dégager les instruments utiles à l'interprétation du texte constitutionnel. Ces sources de l'argumentation utilisées par les professeurs, que l'on découvre à la lecture des

[1209] Y. Gaudemet, *Les méthodes du juge administratif*, L.G.D.J., coll. « Anthologie du droit », Paris, 2013, 326 p., spéc. p. 17.

[1210] F. Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, tome 1, L.G.D.J., Paris, 2ème éd., 1919, 446 p., spéc. p. 7.

[1211] G. Vedel, « Témoignages d'anciens du Conseil constitutionnel », précité, p. 66.

[1212] *Ibidem*.

délibérations, sont précisément liées à leur profil d'universitaire. Il apparaît encore nécessaire de traiter des apports des professeurs de droit, non plus seulement à la méthode du juge constitutionnel mais à l'œuvre du juge constitutionnel.

Titre 2.

Les apports à l’œuvre du juge constitutionnel

518. Définir avec certitude le degré des influences personnelles sur la construction de la jurisprudence n'est pas chose aisée. La question de l'apport de tel ou tel membre à la jurisprudence du Conseil constitutionnel est rarement soumise à une appréciation scientifique, seul l'accès aux procès-verbaux des délibérations permettant d'envisager et de qualifier l'influence des juges sur les décisions du Conseil constitutionnel.

519. Il importe dès lors de comprendre quelle a été l'influence de ces professeurs de droit sur la construction des décisions, sur ce qui constitue la solution jurisprudentielle et définit l'œuvre du juge constitutionnel, autrement dit le travail juridictionnel d'élaboration des décisions en vue de la construction d'une jurisprudence constitutionnelle. Ainsi que l'écrit Bernard Chantebout, « *sur ce point, le Conseil constitutionnel accuse il est vrai une nette sensibilité à la volonté de ses membres* »[1213]. L'autorité juridique des professeurs de droit pèse sur le cours du délibéré. La lecture des délibérations permet de démontrer qu'ils ont contribué de manière caractéristique à l'élaboration des décisions du Conseil constitutionnel. Il conviendra alors de déterminer et de qualifier la nature de la participation des professeurs de droit à l'œuvre jurisprudentielle du Conseil constitutionnel (Chapitre 1). Mais les professeurs de droit ont entrepris plus largement un travail de légitimation d'une œuvre jurisprudentielle qu'ils ont contribué à façonner, usant des ressources que leur confèrent à la fois leur autorité de juge constitutionnel et celle de membre de la doctrine (Chapitre 2).

[1213] B. Chantebout, *Droit constitutionnel*, Armand Colin, Paris, 20ème éd., 2003, spéc. pp. 556-557.

Chapitre 1:

La participation à l'œuvre jurisprudentielle

520. Il est périlleux, lorsqu'on s'attache à l'étude de la formation des décisions d'une juridiction collégiale soumise au secret du délibéré et à l'éthique du consensus, de prétendre découvrir le degré d'influence exercé par tel ou tel de ses membres. Jacques Robert soulignait d'ailleurs combien il était « *toujours malaisé – et infiniment délicat – de vouloir, au travers de décisions juridictionnelles collectives, déceler la part exacte que tel ou tel juge a prise dans la rédaction de tel considérant* »[1214].

521. Le juge constitutionnel français, en entrant dans une formation collégiale sur laquelle pèse le secret des délibérations, sait qu'il devra se conformer à une certaine éthique du consensus. Toutefois, comme il a été démontré, les professeurs de droit ont su, par l'autorité juridique que leur procure leur profil d'universitaire, exercer une influence, parfois considérable, sur le cours du délibéré. L'effort peut être porté par les membres du Conseil constitutionnel sur une argumentation ayant pour finalité de convaincre l'auditoire. La décision ne se conçoit jamais seulement comme un pur objet de consensus. La solution jurisprudentielle, parce qu'elle implique un choix entre plusieurs champs de découverte possibles, est toujours le résultat d'un échange d'arguments. Elle révèle nécessairement des réseaux plus ou moins performants d'influence entre les juges. Certaines décisions peuvent ainsi tout à fait avoir été créées, ou fortement influencées, par l'un des membres composant la formation. Ce constat s'opère particulièrement chez les professeurs de droit qui, en jouissant d'une autorité juridique certaine, ont souvent été à l'origine des solutions finalement dégagées par le juge.

522. L'organisation du processus décisionnel tient alors une place considérable et peut servir de socle à l'influence ainsi exercée. Par exemple, le rapport précédant la discussion, ou plus exactement sur lequel se fonde la discussion, est un vecteur d'influence, particulièrement

[1214] J. Robert, « François Luchaire et le Conseil constitutionnel », in D. Maus, J. Bougrab (dir.), *François Luchaire, un républicain au service de la République*, précité, pp. 159-167, spéc. p. 160.

pour les professeurs de droit. Il permet généralement, comme le démontreront les exemples de la pratique, de proposer une solution jurisprudentielle exposée avec pédagogie, sans trahir la technique juridique. Certains rapports sont ainsi construits sous la forme de véritables leçons de droit, permettant aux professeurs d'habiller une proposition et de régulièrement emporter l'adhésion des autres membres au terme du rapport.

523. Il est essentiel de rappeler que tous les professeurs de droit dont l'apport est envisagé sur la période étudiée n'ont pas eu une égale influence sur le destin des décisions. Certains d'entre eux ont eu une influence plus retentissante du fait de la période au cours de laquelle s'inscrit leur passage. Si entre 1960 et 1974, leur influence est réelle sur la formation de la décision, elle ne se réalise pas souvent dans la consécration de grandes décisions[1215]. Jacques Robert, à propos de l'influence de François Luchaire au Conseil constitutionnel, précise par exemple que son activité au sein de la juridiction doit être mise en perspective avec un contexte dans lequel « *les saisines étaient peu nombreuses, les grands débats doctrinaux assez rares. Les dossiers ne se multiplieront qu'après l'ouverture de la saisine aux parlementaires, et les grandes lois mettant en cause les enjeux ne viendront que plus tard (1981)* »[1216].

524. A l'inverse, après la réforme constitutionnelle de 1974 et surtout après les bouleversements liés à l'alternance politique de 1981, l'influence des professeurs de droit sur les solutions jurisprudentielles se concrétise souvent dans des décisions dont la portée juridique est retentissante. Si les compétences et l'autorité personnelle des professeurs de droit sont déterminantes, les contextes dans lesquels s'inscrit leur passage le sont tout autant pour comprendre la force des influences personnelles. Ainsi, comme on le verra, si Georges Vedel tient au Conseil un rôle prépondérant dans la formation des décisions, c'est aussi parce que ces dernières sont plus nombreuses en raison de la multiplication des saisines, et plus

[1215] Une grande décision, d'après la définition donnée par René Cassin et Marcel Waline, en 1952, dans leur préface à la première édition des Grands arrêts du Conseil d'Etat peut se concevoir comme celle : « *qui* [a] *déterminé un progrès, une évolution ou un revirement de jurisprudence durable sur un point important ou au moins notable* » (R. Cassin, M. Waline, « Préface de la première édition », in M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé, B. Genevois (dir.), *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, Paris, 19ème éd., 2013, 1033 p., spéc. p. VII) ; voir aussi G. Braibant, « "Qu'est-ce qu'un grand arrêt?", *A.J.D.A.*, 2006, n° 26, pp. 1428-1430 ; P. Cossalter, « Les Grands arrêts de la jurisprudence administrative », in J. Caillosse, O. Renaudie, (dir.), *Le Conseil d'Etat et l'université*, Dalloz, Paris, 2015, pp. 163-177.

[1216] J. Robert, « François Luchaire et le Conseil constitutionnel », in D. Maus, J. Bougrab (dir.), *François Luchaire, un républicain au service de la République*, précité, pp. 159-167, spéc. p. 164.

retentissantes parce qu'elles touchent aux libertés ou à l'agencement des pouvoirs. Le Doyen Vedel fut en effet membre du Conseil à une période de grands bouleversements politiques : trois alternances, en 1981, en 1986 puis en 1988. L'ouverture de la saisine réalisée en 1974 redéfinit la place du Conseil constitutionnel dans le système d'énonciation des normes qui a dû se prononcer sur des réformes législatives d'importance[1217]. Il est de plus évident que les professeurs de droit n'ont pas la paternité de l'ensemble des décisions du Conseil. Seulement, entre 1960 et 1988, les délibérations permettent de démontrer que les professeurs de droit ont été des juges à part. Par l'autorité exercée sur le processus décisionnel, ils ont été, à n'en pas douter, les maîtres d'œuvre de la construction de la jurisprudence constitutionnelle.

525. La participation à l'œuvre jurisprudentielle se caractérise alors par deux formes bien spécifiques d'apports. La première révèle des apports ponctuels des professeurs de droit, se trouvant être les auteurs de décisions fondatrices (Section 1). La seconde tend à démontrer les apports systémiques du professeur de droit, seul Georges Vedel pouvant se prévaloir d'une telle influence sur la période considérée (Section 2).

Section 1. Les apports ponctuels des professeurs de droit

526. La lecture des délibérations démontre que certaines des décisions marquant l'évolution de la jurisprudence constitutionnelle ont clairement été pensées et rédigées par les professeurs de droit. Certaines solutions jurisprudentielles sont, à ce titre, le fruit de l'influence directe de ces universitaires. Cette influence décisive permet de caractériser avec plus de précision l'apport des professeurs de droit à la jurisprudence du Conseil. Ils ont bien souvent été les auteurs de certaines décisions, notamment de celles ayant contribué à l'évolution et à l'approfondissement de la jurisprudence constitutionnelle[1218]. En somme, il s'agit des décisions dont il est clair, à la lecture des délibérations, qu'un professeur de droit, ou que

[1217] La plupart des grandes décisions, avant l'avènement de la Question prioritaire de constitutionnalité, ont été prises entre 1980 et 1989 : sur le fondement de l'article 61 de la Constitution du 4 octobre 1958, on compte dix-sept grandes décisions de 1980 à 1989 contre onze de 1959 à 1979 et six de 1991 à 1998 (voir à ce propos P. Esplugas, « Les professeurs de droit au Conseil constitutionnel, l'exemple de Georges Vedel », in *Les Facultés de Droit inspiratrices du droit ?*, précité, pp. 217-225, spéc. pp. 217-218).

[1218] On entend par la qualité d'auteur, celui ou celle qui est la cause première ou principale d'une chose (*Le Petit Larousse*, Larousse, Paris, 1999, 1870 p., spéc. p. 99).

plusieurs d'entre eux collectivement, en sont les inspirateurs. Entre 1960 et 1988, l'influence des professeurs de droit s'est notamment portée sur la jurisprudence relative à la répartition des compétences normatives (§ 1) et sur l'évolution des prérogatives du Conseil constitutionnel (§ 2).

§ 1. L'influence des professeurs de droit sur la répartition constitutionnelle des compétences

527. Les professeurs de droit se sont attachés à préserver un traitement exclusivement juridique des questions de constitutionnalité en prenant soin de préserver l'autonomie du raisonnement juridique[1219]. De plus, si comme l'exprimait Vedel, « *le juge a droit à la gomme et non au stylo* »[1220], il est des décisions où les professeurs de droit ont véritablement pesé sur l'évolution du contrôle de constitutionnalité par une interprétation constructive des règles constitutionnelles. C'est le cas en ce qui concerne la jurisprudence relative à la répartition des compétences normatives, domaine ayant fortement animé la doctrine universitaire. Les professeurs de droit ont été des acteurs essentiels dans la redéfinition du domaine de la loi (A). De plus, à mesure que le contrôle de constitutionnalité s'est affiné et précisé, ils ont participé de manière déterminante à la clarification des normes constitutionnelles applicables (B).

A. L'influence sur la définition du domaine de la loi

528. L'évolution vers une extension du domaine législatif porte l'empreinte des universitaires composant le Conseil à partir des années soixante (1) comme la délimitation du recours aux ordonnances (2), démontrant l'apport de l'expertise technique et doctrinale des professeurs de droit.

[1219] Voir *supra* § 416 et s.

[1220] R. Badinter, « Du côté du Conseil constitutionnel », *R.F.D.A.*, 2002, n° 2, pp. 207-210, spéc. p. 208.

1. L'extension du domaine de la loi

529. La question relative à la répartition des compétences normatives a largement nourri le débat juridique et doctrinal, dès l'adoption de la Constitution du 4 octobre 1958[1221]. En faisant du Conseil constitutionnel le garant de la répartition constitutionnelle des domaines réservés au législateur et au pouvoir règlementaire, les constituants n'avaient probablement pas anticipé que le pouvoir d'interprétation du juge lui permettrait d'être à l'origine de constructions jurisprudentielles audacieuses autant que fondatrices. Certaines d'entre elles sont l'œuvre directe des professeurs de droit, notamment l'élargissement de la compétence législative au-delà de la lettre de la Constitution à la fin des années soixante. Louis Favoreu avait remarqué que le Conseil constitutionnel n'avait jamais cherché systématiquement à restreindre la compétence du Parlement au profit de celle du Gouvernement[1222]. Au contraire, sa jurisprudence démontre qu'il a su tout à la fois révéler les difficultés induites par une séparation trop stricte des domaines législatif et règlementaire et dépasser les cadres fixés par la Constitution. Les professeurs de droit membres du Conseil ont été, en grande partie, les inspirateurs et souvent les auteurs de l'interprétation constructive de la répartition constitutionnelle des domaines législatifs et règlementaires. C'est précisément la recherche de sources de compétences législatives ailleurs que dans l'article 34 de la Constitution qui a constitué l'effort le plus marquant des professeurs de droit au cours des délibérations. Cette volonté d'élargir les exigences constitutionnelles de répartition des compétences normatives, en étendant parfois le domaine législatif au détriment du pouvoir règlementaire, n'est que la continuité, au moins pour René Cassin, Marcel Waline et François Luchaire, de positions prises en ce sens avant leur entrée au Conseil constitutionnel et justifiées dès leur sortie de la juridiction.

530. Au cours des travaux constituants, Marcel Waline s'était montré très rétif à la nouvelle répartition des domaines de la loi et du règlement organisée dans la future Constitution. Fidèle à une conception hiérarchique de l'agencement normatif et à la conception de la loi en tant

[1221] C'est d'ailleurs sous la plume de Marcel Waline que l'on retrouve la première étude de fond menée sur le bouleversement établi par la nouvelle répartition des articles 34 et 37 de la Constitution (M. Waline, « Les rapports entre la loi et le règlement avant et après la Constitution de 1958 », *R.D.P.*, 1959, pp. 699-717).

[1222] L. Favoreu, « La délégalisation des textes de forme législative par le Conseil constitutionnel », in *Le juge et le droit public. Mélanges offerts à Marcel Waline,* tome 2, L.G.D.J., Paris, 1974, pp. 429-450.

qu'expression de la volonté générale, il considérait cette nouvelle répartition comme une « *innovation tout à fait révolutionnaire* »[1223]. Si, en 1958, Marcel Waline ne contestait pas le principe des domaines réservés, le recul des compétences du législateur devant celles réservées au pouvoir règlementaire constituait pour lui un renversement de la hiérarchie des normes. Au cours d'une séance de travail devant le Comité consultatif constitutionnel, il s'étonnait que toutes les matières non réservées au législateur puissent être réservées au pouvoir règlementaire. Il estimait que « *sans renier ce que tous mes collègues et moi-même enseignons depuis des dizaines d'années dans les facultés de droit, il m'est difficile de dire qu'il n'y a pas là un principe* […] *qui serait presque le principe de supériorité du règlement sur la loi.* […] *Je crois qu'il y a là quelque chose de fondamentalement opposé au principe traditionnel de la supériorité de la loi sur tous les règlements, principe sur lequel la Haute Assemblée* […] *a fondé depuis cent cinquante ans un corps de juristes qui fait l'admiration du monde entier* »[1224]. C'est donc la peur d'un dédoublement normatif qui animait Marcel Waline. L'existence, dans les domaines non réservés au législateur, d'un règlement autonome, donc d'un pouvoir initial confié au pouvoir règlementaire, serait parfaitement contraire à la théorie de Carré de Malberg de la « *loi expression de la volonté générale* ». Ce recul de la compétence du législateur est largement combattu par le professeur de droit au cours des travaux constituants. Il proposera d'élargir le champ de la compétence législative dans des domaines qui, d'ailleurs, serviront de référence à certaines interprétations du juge constitutionnel[1225]. Marcel Waline, dans sa volonté de faire figurer dans le domaine de la loi quelques matières fondamentales, avait ainsi déposé un amendement à l'avant-projet de Constitution, ajoutant au champ de compétence législative le régime de la jouissance des droits civils et civiques[1226]. Après quelques modifications, sa proposition d'amendement sera acceptée. Mais, après l'adoption de la Constitution, les tentatives gouvernementales d'entamer les prérogatives du législateur en cette matière ont conduit le professeur de droit à poursuivre, avec moins de réussite, son entreprise au Conseil constitutionnel.

[1223] *D.P.S.*, vol. 2, précité, p. 87.

[1224] *Ibidem*.

[1225] Voir notamment la compétence législative en matière de « *création d'ordres de juridiction* », résultant d'une erreur de rédaction d'un amendement proposé par Marcel Waline. Le Conseil constitutionnel rétablira une interprétation conforme à celle de Marcel Waline, notamment par l'intermédiaire de Paul Coste-Floret lors de la séance du 1er avril 1971 (voir *supra* § 492).

[1226] Exactement, l'amendement ajoutait à la compétence législative : « *la jouissance et l'exercice des droits civils et civiques, et notamment à la nationalité, à l'état et à la sûreté des personnes, au statut de la famille, au régime des biens, au droit des obligations et au droit des sociétés, au régime des successions et aux régimes matrimoniaux* » (*Idem*, p. 259).

531. C'est le cas lors de la séance du 17 septembre 1964 qui aurait pu préfigurer un changement de politique jurisprudentielle en matière de répartition des domaines de la loi et du règlement, séance dont Marcel Waline était le rapporteur. Saisi en vertu de l'article 37 de la Constitution, Waline propose, aux termes d'un rapport très didactique, d'opérer un changement de politique jurisprudentielle en matière de déclassement conduisant, dans les « *matières fondamentales* » ou les « *grands principes* » - en l'occurrence l'état et la capacité des personnes - énumérés par l'article 34 de la Constitution, à ne pas ménager en ces matières de compétences, même subsidiaires, au pouvoir règlementaire[1227]. Cette solution induisait une évolution de la jurisprudence, sans qu'une décision « *déclarant le caractère législatif de l'ensemble du texte soit de nature à gêner le Gouvernement* ». Son rapport est soutenu par Cassin qui, en interprète authentique de la Constitution, évoque les difficultés qu'il avait eues lors de l'élaboration de la Constitution à délimiter le domaine de la loi dans l'article 34 et les « *absurdités* » auxquelles cette répartition aboutissait. Il rappelle sèchement qu'il n'appartient pas au Conseil de séparer du domaine législatif des matières confiées « *en bloc* » au législateur du fait de leur importance. Face à l'hypothèse d'un revirement de jurisprudence, et malgré l'effort argumentatif et l'alliance des deux professeurs de droit, ils sont mis en minorité par cinq voix contre deux[1228], cette tentative illustrant l'effort mené par les professeurs de droit pour élargir le champ de compétence du législateur.

532. Dès 1959, le jugement porté par Marcel Waline lors des débats constituants s'était cependant légèrement adouci, particulièrement en ce qui concerne le bouleversement de la hiérarchie des normes et la conception qu'il estimait révolutionnaire du nouveau mécanisme. Waline s'interrogeait principalement sur la difficulté qui résulterait d'une délimitation des

[1227] En l'espèce, le gouvernement souhaitait que soit déclaré règlementaire le régime de la publicité en matière d'adoption. Waline conclut en estimant que : « *si, dans les matières déclarées en bloc législatives par le Constituant, nous nous permettions de reconnaître à certains textes de forme législative le caractère règlementaire, nous nous exposerions au même reproche que la Cour de Cassation fait quelquefois aux Cours d'appel lorsqu'elle casse leurs décisions en disant qu'en statuant ainsi, la Cour a introduit dans la loi une distinction que le texte de celle-ci ne comportait pas* » (Séance du 17 septembre 1964, *Nature juridique des dispositions de l'article 357 du Code Civil résultant de l'article 1er de l'ordonnance du 23 décembre 1958 portant modification du régime de l'adoption et de la légitimation adoptive*, A.N. n° 20040168/3).

[1228] Séance du 17 septembre 1964, *Nature juridique des dispositions de l'article 357 du Code Civil résultant de l'article 1er de l'ordonnance du 23 décembre 1958 portant modification du régime de l'adoption et de la légitimation adoptive*, précité.

domaines de la loi et du règlement laissant une assez grande marge d'appréciation au juge[1229]. Cependant, dès cette époque, il avait reconnu que le système avait « *l'avantage d'être logique et cohérent* »[1230]. Pour le professeur, la Constitution n'avait finalement pas créé la supériorité du règlement sur la loi. En revanche, il n'existait plus de supériorité absolue de la loi sur le règlement. Comme il l'explique : « *La vérité est plutôt que la loi et le règlement sont souverains chacun dans le domaine qui lui est assigné par la Constitution* »[1231]. Mais, dans la mesure où ces dispositions manquent de clarté, les juridictions appelées à les interpréter assurent la cohérence du système. Ce qu'il estimait être un bouleversement de la hiérarchie des normes se révèlera, notamment par l'intermédiaire de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, être une révolution maîtrisée. Cette maîtrise tient pour beaucoup à l'effort des professeurs de droit membres du Conseil.

533. Lors de l'élaboration de la Constitution, François Luchaire, lui aussi, avait déjà émis des réserves quant à la répartition ainsi opérée des domaines de la loi et du règlement. Au cours de la réunion du groupe de travail du 2 juillet 1958, il avait notamment pointé du doigt les limites du partage entre domaines législatif et règlementaire en précisant que le futur article 34 déterminait un « *domaine minimum de la loi, mais il est évident que le législateur peut statuer sur toutes les autres matières* »[1232]. Pour le professeur, ce n'est pas le principe d'une répartition qui pose problème mais bien la difficulté de déterminer avec précision ce qui relève de chacun de ces domaines dans la mesure où, selon lui, l'article 34 a perdu le monopole de la définition de la compétence du législateur[1233]. En 1979, dans un article portant sur les sources des compétences législative et règlementaire, il explique que « *pour le juriste la distinction des compétences législative et règlementaire est primordiale* »[1234]. Il revient ainsi sur la décision du Conseil constitutionnel, apportant les explications à une jurisprudence qu'il a lui-même contribuée à façonner. Ainsi, il rappelle que la répartition des domaines de la loi et du règlement, faute de limites précises, doit faire l'objet d'une interprétation constructive. La conception qu'avaient les constituants d'un antagonisme du règlement et de

[1229] M. Waline, « Les rapports entre la loi et le règlement avant et après la Constitution de 1958 », *R.D.P.*, 1959, pp. 699-717.

[1230] *Idem*, p. 706.

[1231] M. Waline, *Droit administratif*, Sirey, Paris, 9ème éd., 1963, 934 p., spéc. p. 134.

[1232] *D.P.S.*, vol. 1, précité, p. 327.

[1233] F. Luchaire, « Les sources des compétences législatives et règlementaires », *A.J.D.A.*, 1979, n° 6, pp. 3-16.

[1234] *Idem*, p. 16.

la loi n'était pas conforme à la nécessité d'assurer une correcte application juridique de la Constitution. Comme il l'explique, le texte de l'avant-projet constitutionnel a été modifié de façon à ce que les matières qui ont le caractère règlementaire soient les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi. Pour François Luchaire, l'article 34 fait donc « *présumer que l'énumération de l'article 34 n'est plus limitative ; et cela a amené le Conseil constitutionnel à trouver des sources de compétences législatives ailleurs que dans cet article* »[1235]. C'est ainsi que dès son entrée au Conseil, François Luchaire a participé à cette redéfinition de la compétence législative. Lors de la séance du 2 juillet 1965, dont la décision marquera l'élargissement des sources des compétences législatives au-delà de l'article 34, il défend l'idée, dans son rapport, que la détermination du domaine de la loi ne peut être limitée par l'article 34. Il précise que d'autres articles de la Constitution déterminent l'intervention du législateur : « *il y a par exemple l'article 66, l'article 72, l'article 74... Il y a le domaine réservé à la loi organique par toute une série de dispositions constitutionnelles* […]. *Il convient d'examiner le caractère législatif ou règlementaire au regard de toute la Constitution* ». Ce postulat a eu pour effet d'emporter l'adhésion des membres du Conseil et de permettre l'extension des sources législatives.

534. La décision du 26 juin 1969 relative à la protection des sites[1236] illustre encore l'influence exercée par les professeurs sur la protection du domaine de la loi, au détriment de celui du règlement, car elle contribue, de manière essentielle, à la redéfinition du mécanisme de répartition des compétences normatives. En reconnaissant un principe général du droit aux termes duquel le silence gardé par l'administration vaut décision de rejet, cette décision élargit le domaine réservé au législateur de façon à limiter, en l'espèce, le régime des autorisations implicites délivrées par le pouvoir règlementaire en matière de construction. Seul le législateur est désormais compétent pour porter atteinte à un principe général du droit, même dans un domaine réservé au pouvoir règlementaire. François Luchaire, commentant cette jurisprudence, rappelle qu'elle constitue une extension de la compétence législative en

[1235] *Idem*, p. 3.

[1236] Décision n° 69-55 L du 26 juin 1969, *Nature juridique de certaines dispositions modifiées, des articles 4, 9 et 12 de la loi du 2 mai 1930 relative à la protection des monuments naturels et des sites de caractère historique, scientifique, légendaire ou pittoresque, des articles 2 et 13 bis de la loi du 31 décembre 1913 sur les monuments historiques et de l'article 98-1 du code de l'urbanisme et de l'habitation*, J.O.R.F. du 13 juillet 1969, p. 7161.

dehors de tout texte constitutionnel ou organique[1237]. A lire la délibération ayant précédé la décision, l'influence des trois professeurs de droit présents ce jour-là ne peut être niée[1238].

535. Marcel Waline en est le rapporteur. Les mots introduisant son rapport méritent d'être cités : « *Pendant tout le XIX*^{ème} *siècle, l'Etat ne s'est pas préoccupé de la sauvegarde de nos monuments, ce qui a fait que beaucoup ont disparu non pas tant à cause de la passion révolutionnaire mais par appétit de lucre car les pierres étaient récupérées pour d'autres constructions. Aujourd'hui, le danger est d'une autre nature puisque nos sites sont menacés par le désir de récupérer des terrains pour y élever des constructions* ». Il note que les dispositions soumises au Conseil en vue de leurs délégalisations portent sur des délais que les propriétaires de terrains ont l'obligation de respecter pour demander l'autorisation de réaliser des travaux, lorsque ces terrains sont compris dans le périmètre de sites classés ou qu'ils sont proches de monuments historiques. Finalement, il s'agissait pour le Gouvernement de libéraliser, en recourant au pouvoir règlementaire, le régime d'autorisation des travaux sur ces sites ou monuments classés. Il s'agissait encore de substituer à un régime d'autorisation explicite, un régime implicite d'autorisation lorsque, à l'extinction du délai légal pour obtenir ladite autorisation, le silence de l'administration pourrait être interprété comme autorisant les travaux. Waline, se posant la question de la nature législative ou règlementaire du caractère explicite de l'autorisation, précise ainsi que « *le danger de l'autorisation implicite est grand pour les sites car une administration peut ne pas oser donner une autorisation expresse mais la donner implicitement* ». Tempérant toutefois son propos, il estime que « *le rôle du Conseil n'est pas de protéger les sites* ». Marcel Waline avait cependant confirmé à la Revue de Droit Public l'interdiction, qu'il estimait nécessaire à la protection des sites, de toute autorisation de dérogation tacite : « *En matière de protection de la nature et de l'environnement, il faudrait proscrire absolument toute autorisation ou dérogation tacite. Et c'est ce qui fait la valeur de la règle qu'avait cru pouvoir affirmer le Conseil constitutionnel* »[1239]. François Luchaire propose alors au rapporteur de considérer qu'il existe un délai de droit commun de quatre mois au-delà duquel le silence gardé par l'administration vaut décision de rejet. En

[1237] F. Luchaire, *Le Conseil constitutionnel*, tome 1, précité, p. 277.

[1238] Séance du 26 juin 1969, *Nature juridique de certaines dispositions de la loi du 2 mai 1930 relative à la protection des monuments naturels et des sites de caractère, historique, scientifique, légendaire ou pittoresque et de la loi du 31 décembre 1913 sur les monuments historiques du code de l'urbanisme et de l'habitation*, précité.

[1239] M. Waline, « Note bibliographique », *R.D.P.*, 1974, pp. 1201-1206, spéc. p. 1205.

conséquence, « *un décret ne saurait aller à l'encontre de ce principe général écrit dans la loi car dans l'interprétation du Gouvernement cette fois le silence de l'administration vaudrait acceptation et non rejet* ». Si la proposition de François Luchaire ne retient pas tout de suite l'attention de l'ensemble des membres du Conseil, elle ne manquera pas de faire l'objet d'un consensus, notamment des trois professeurs de droit, et sera reprise dans le projet de décision puis dans la décision finale[1240]. Le professeur de droit a justifié plus tard cette position prise par le Conseil constitutionnel. L'appel aux principes généraux du droit, en tant qu'ils constituent une source d'extension du domaine législatif, relevait d'une « *nécessité* »[1241]. Le Conseil constitutionnel est en effet obligé de faire une distinction entre les principes liant le législateur et ceux qui ne le lient pas. Les premiers ont valeur constitutionnelle, les seconds « *n'ont leur source dans aucun texte de valeur constitutionnelle (non rétroactivité de la loi non pénale, liberté du commerce et de l'industrie, règle d'après laquelle le silence de l'administration vaut décision…etc.) et ce sont les seuls que le Conseil constitutionnel range parmi les principes généraux du droit* »[1242]. Pour François Luchaire, c'est donc pour limiter uniquement le pouvoir règlementaire qu'il était nécessaire de dégager ces principes, ces derniers n'ayant comme finalité que de réserver au législateur la possibilité d'y déroger. Comme il l'explique : « *Puisqu'il fallait ajouter à la Constitution* », le Conseil a donc fait le choix de « *placer les principes généraux du droit (qui par définition sont distincts des principes à valeur constitutionnelle) à leur véritable rang, c'est-à-dire au niveau des règles de valeur législative* »[1243]. C'est ainsi pour lui une façon de rétablir une répartition des compétences plus souple en étendant les prérogatives du législateur. On retrouve un commentaire de François Luchaire de cette extension du domaine de la loi au-delà de tout texte écrit dans un article publié dans les Mélanges offerts à Marcel Waline. Il y justifie finalement le recours aux principes généraux du droit comme moyen de protection des droits et libertés[1244].

[1240] « *Considérant que d'après un principe général de notre droit le silence gardé par l'administration vaut décision de rejet et, qu'en l'espèce, il ne peut y être dérogé que par une décision législative* » (Décision n° 69-55 L du 26 juin 1969, précité, cons. 5).

[1241] F. Luchaire, « Les sources des compétences législatives et règlementaires », précité, p. 8.

[1242] *Ibidem*.

[1243] *Idem*, pp. 8-9.

[1244] F. Luchaire, « Le Conseil constitutionnel et la protection des droits et libertés du citoyen », in *Le juge et le droit public. Mélanges offerts à Marcel Waline*, tome 2, L.G.D.J., Paris, 1974, pp. 563-574, spéc. p. 566.

536. L'extension du domaine législatif fait bien partie des préoccupations communes des professeurs de droit. C'est notamment à Paul Coste-Floret que l'on doit son approfondissement lors de la séance du 28 novembre 1973[1245]. Le Conseil devait déterminer la nature juridique de plusieurs dispositions du Code rural en vue de leur recodification et de leur classement dans la partie règlementaire. L'une des difficultés résidait dans la détermination de la nature juridique de dispositions du code rural édictant des peines contraventionnelles, certaines d'entre elles pouvant être punies de peines pouvant aller jusqu'à deux mois d'emprisonnement. Pour François Luchaire, désigné comme rapporteur, « *ces peines sont des peines de police réprimant une contravention et le Conseil constitutionnel a toujours admis, ainsi que toutes les juridictions, que la Constitution n'avait réservé au législateur que le soin de définir les crimes et les délits ainsi que les peines qui leur sont applicables, à l'exclusion des contraventions* ». Il s'en remet donc à la jurisprudence constante du Conseil depuis 1958 donnant compétence au pouvoir règlementaire pour définir les contraventions et les peines s'y rapportant. A l'issue de la lecture du rapport, Paul Coste-Floret s'oppose à l'interprétation proposée par François Luchaire. Mais il rappelle que le Conseil constitutionnel a, de jurisprudence constante, reconnu un caractère règlementaire aux dispositions instituant des contraventions. Dans une interprétation restrictive de l'article 34 alinéa 3 de la Constitution[1246], le législateur n'est compétent que pour la détermination des « *crimes et délits* », l'article 34 n'évoquant pas les contraventions. Si la matière des contraventions ne relève pas du domaine du pouvoir législatif, selon l'article 37 de la Constitution, elle relève forcément de celui du pouvoir règlementaire. Au contraire, Paul Coste-Floret estime nécessaire un revirement de jurisprudence. Pour le professeur de droit, cette interprétation est contraire aux articles 7 et 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen « *à laquelle fait référence le préambule de la Constitution et dont le Conseil a reconnu, à deux reprises, le caractère d'applicabilité* ». Pour lui, les dispositions de l'article 34 désignent toutes les infractions et la détermination par la loi des « *crimes et délits* » n'est que la transcription de la règle *nulla poena, nullum crimen sine lege* contenue dans la Déclaration de 1789. De plus, il rappelle qu'aux termes de l'article 66 de la Constitution, « *nul ne peut être arbitrairement détenu* » et c'est à l'autorité judiciaire d'assurer le respect de

[1245] Séance du 28 novembre 1973, *Nature juridique de certaines dispositions du Code rural, de la loi du 5 août 1960 d'orientation agricole, de la loi du 8 août 1962 relative aux groupements agricoles d'exploitation en commun et de la loi du 17 décembre 1963 relative au bail à ferme dans les départements de la Guadeloupe, de la Guyane, de la Martinique et de la Réunion*, A.N. n° 20040168/7.

[1246] « *La loi fixe les règles concernant la détermination des crimes et délits ainsi que les peines qui leur sont applicables* » (Article 34 alinéa 3 de la Constitution du 4 octobre 1958).

ces prescriptions dans les conditions prévues par la loi. A l'issue de cet exposé très précis, Coste-Floret estime nécessaire d'affirmer désormais le caractère législatif des textes relatifs aux contraventions. Pour les membres du Conseil souscrivant à l'analyse de Coste-Floret, l'argument le plus fort tient à l'application du principe de légalité des délits et peines. Changeant sa position initiale, Luchaire s'accorde lui aussi avec une solution qui serait plus protectrice des libertés individuelles. En rapprochant habilement les dispositions de l'article 34 du préambule de la Constitution, l'intervention de Coste-Floret permet ainsi la rédaction d'un considérant contribuant à redéfinir la répartition des domaines de la loi et du règlement dans le sens d'un élargissement des compétences du législateur[1247]. Cette opinion de Coste-Floret avait d'ailleurs déjà été évoquée par lui lors de la séance du 21 décembre 1972[1248]. De plus, la position prise par Coste-Floret est tout à fait identique à celle qu'il avait déjà exprimée devant l'Assemblée nationale en 1965[1249]. Il y défendait la compétence du législateur par l'application combinée de la Déclaration de 1789 et de l'article 66 de la Constitution dans lequel « *il est écrit "dans les conditions prévues par la loi" et non dans les conditions prévues par le règlement, ce qui suffit à exclure les contraventions nouvelles, au moins lorsqu'elles sont assorties de peines privatives de liberté* »[1250].

537. En 1977, Marcel Waline ne contestait plus la cohérence du système de répartition des compétences législatives et règlementaires. Par l'effet de la jurisprudence constitutionnelle, « *la supériorité de la loi, dans le domaine où elle est légitime, se trouve sauvegardée* »[1251]. Les professeurs de droit auront ainsi largement participé à infléchir la jurisprudence du

[1247] « *Considérant qu'il résulte des dispositions combinées du préambule, des alinéas 3 et 5 de l'article 34 et de l'article 66 de la Constitution, que la détermination des contraventions et des peines qui leur sont applicables est du domaine réglementaire lorsque lesdites peines ne comportent pas de mesure privative de liberté* » (Décision n° 73-80 L du 28 novembre 1973, *Nature juridique de certaines dispositions du Code rural, de la loi du 5 août 1960 d'orientation agricole, de la loi du 8 août 1962 relative aux groupements agricoles d'exploitation en commun et de la loi du 17 décembre 1963 relative au bail à ferme dans les départements de la Guadeloupe, de la Guyane, de la Martinique et de la Réunion*, J.O.R.F. du 6 décembre 1973, p. 12949, cons. 11).

[1248] Séance du 21 décembre 1972, *Nature juridique des dispositions de l'article 48, alinéa 2, modifié, de la loi du 22 juillet 1889 sur la procédure à suivre devant les tribunaux administratifs et article 13, paragraphes 1 et 2, de la loi du 27 décembre 1963 portant unification ou harmonisation des procédures, délais et pénalités en matière fiscale*, A.N. n° 20040168/6.

[1249] Voir en ce sens J. Meunier, *Le pouvoir du Conseil constitutionnel. Essai d'analyse stratégique*, précité, pp. 160-166.

[1250] Voir L. Favoreu, L. Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Sirey, Paris, 1984, 3ème éd., pp. 679 p., spéc. p. 269 ; voir aussi Ass. Nat., Débats, séance du 13 mai 1965, J.O.R.F. du 14 mai 1965, p. 1324.

[1251] M. Waline, « Débat », in L. Favoreu (dir.), *Le domaine de la loi et du règlement*, Economica/P.U.A.M., Paris, 2ème éd., 1981, p. 238.

Conseil relative à la répartition des compétences normatives en n'hésitant pas à étendre les exigences constitutionnelles, parfois au-delà du texte constitutionnel. Comme l'exprimait Louis Favoreu, « *il ne me semble pas qu'il y ait eu, en 1958, la rupture et le bouleversement que l'on s'accordait à déceler dans notre ordre juridique. Mais cela est-il dû à notre système constitutionnel ou bien à la sagesse et à la science de ceux qui ont eu à appliquer les articles 34 et 37 ?* »[1252]. Assurément, la science des professeurs de droit a compté dans la redéfinition des rapports entre la loi et le règlement obligeant Jean Rivero à reconnaître que « *la révolution n'a pas eu lieu* »[1253]. Parallèlement, les compétences des professeurs de droit ont aussi permis d'encadrer, en jurisprudence, le recours aux ordonnances.

2. La délimitation du recours aux ordonnances

538. Le 25 juin 1986[1254], Georges Vedel est à l'origine du rapport sur la décision du 26 juin 1986 qui marquera la jurisprudence du Conseil constitutionnel relative au recours aux ordonnances de l'article 38 de la Constitution[1255]. Sur le fond, le rapport du professeur sur le régime juridique de l'article 38 dispose de tous les attributs d'une leçon de contentieux constitutionnel ou d'un cours de droit administratif sur l'extension des prérogatives Gouvernementales. Les propositions, à la suite des clarifications apportées par Georges Vedel à la question des ordonnances, seront reprises dans la décision finale, faisant du professeur de droit l'auteur véritable de cette décision fondatrice de la répartition des compétences normatives dans le cadre de la Constitution de 1958.

539. Le Président Robert Badinter ouvre le débat après que Georges Vedel ait présenté son rapport : « *Monsieur le Président remercie Monsieur Vedel pour l'excellence de son rapport. Il regrette pour sa part que, contrairement à ce qui se passe pour le Conseil d'Etat, le rapport*

[1252]L. Favoreu, « Rapport introductif » in L. Favoreu, (dir.), *Le domaine de la loi et du règlement*, précité, pp. 25-37, spéc. p. 37.

[1253]J. Rivero, « Rapport de synthèse » in L. Favoreu, (dir.), *Le domaine de la loi et du règlement*, précité, pp. 261-273, spéc. p. 263.

[1254]Séance du 26 juin 1986, *Loi autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social*, précité.

[1255]Décision n° 86-207 DC du 26 juin 1986, *Loi autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social*, J.O.R.F. du 27 juin 1986, p. 7978.

de Monsieur Vedel ne puisse faire l'objet d'une publication ». Les séances des 25 et 26 juin 1986 sont tout à fait révélatrices de l'importance de l'expertise menée par le Doyen Vedel sur le contrôle des ordonnances. Les questions relatives aux privatisations ou à la notion et au régime des services publics constitutionnels, auxquelles la décision du 26 juin 1986 a apporté une réponse, sont d'un intérêt limité si l'on compare leur traitement, dans la délibération, avec celui de l'article 38 de la Constitution.

540. Sur la base du rapport, puis du projet de décision de Georges Vedel, la décision finale consacre d'abord la nécessité du recours aux ordonnances, en les « *normalisant* »[1256], puis contribue à approfondir le contrôle des lois d'habilitation, qu'il s'agisse de leur procédure ou de leur contenu. Enfin, le Conseil place, par avance, sous surveillance les ordonnances elles-mêmes, de façon à établir un cadre constitutionnel et des limites à leur utilisation. Le projet de Vedel est clair : « *Il convient, d'une part, de veiller à ce que la finalité de la loi d'habilitation soit clairement déterminée, ce qui conduit nécessairement à préciser les domaines dans lesquels les ordonnances peuvent intervenir et, d'autre part, de veiller à la régularité de la procédure suivie.* […] *Il appartient au Conseil constitutionnel d'indiquer et de rappeler que la seule interprétation constitutionnelle est celle qu'il définira. En application de l'article 62 de la Constitution, cette interprétation liera tant le Gouvernement qui prendra les ordonnances que le Président de la République qui les signera et que le Conseil d'Etat qui en connaîtra, le cas échéant, au contentieux. Le Conseil constitutionnel peut ainsi faciliter les contrôles qui suivront le sien. Il s'agit d'une technique de cadrage.* […] *Telle est la philosophie que le Conseil constitutionnel doit faire sienne* »[1257]. Georges Vedel organise dans la décision un programme jurisprudentiel destiné à l'encadrement des ordonnances. Pour cela, il souhaite en définir les limites constitutionnelles. Cette vision d'ensemble le conduit même à anticiper les futures problématiques relatives aux ordonnances que le Conseil doit s'attacher, dès à présent, à prévoir en fixant un « *cadre* » à l'activité gouvernementale. Plus encore, il veut donner les moyens au Conseil d'Etat de pouvoir contrôler les décrets d'application des ordonnances grâce à la fixation des règles constitutionnelles qu'elles

[1256] L. Favoreu, L. Philip, *Les Grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, Paris, 1989, 5ème éd., 808 p., spéc. p. 672.

[1257] Séance du 26 juin 1986, *Loi autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social*, précité.

devront respecter. Cette conception unifiée du droit et cette volonté unificatrice[1258] sont la marque de l'influence de Georges Vedel. Il entreprend ici de construire une politique jurisprudentielle. Cette vision du contentieux constitutionnel, qui lui est propre, s'accompagne ainsi d'explications et de commentaires très didactiques sur la démarche qu'il souhaite voir adoptée par le Conseil.

541. Dès l'introduction de son rapport, le professeur de droit évoque l'importance de la décision : « *La décision que le Conseil constitutionnel prendra aujourd'hui ou demain aura une force particulière et fera indiscutablement jurisprudence pour l'avenir* ». Au fond, par sa pédagogie, son rapport s'organise en une leçon de droit. Georges Vedel y évoque d'abord les origines et le régime des ordonnances de l'article 38 en rappelant les erreurs de la doctrine sur l'interprétation de ce dernier. La pratique des décrets-lois des III^{ème} et IV^{ème} Républiques ainsi que l'échec de leur encadrement est traitée en faisant la lumière sur leur nature juridique. Pour cela, il s'appuie sur la thèse de Jean Delvolvé consacrée aux délégations de matières en droit public[1259], thèse qui démontre que la délégation ne concerne pas la compétence législative mais seulement la matière législative. Cette idée se retrouve dans l'article 38 de la Constitution, dont il rappelle la nécessité, car, dans un souci de réalisme, le constituant a choisi de règlementer ces pratiques, plutôt que de les interdire. Sa présentation historique est en tout point similaire à celle qui figure dans son cours de droit administratif, dans lequel il rappelait déjà les errements de la III^{ème} République et le contournement des interdictions de telles pratiques par l'article 13 de la Constitution de 1946[1260]. Après avoir redit les termes de l'article 38, Vedel établit quelques remarques relatives à celui-ci. Tout d'abord, il évoque les exigences issues de la jurisprudence constitutionnelle relatives à la notion de « *programme* » visé par l'article 38[1261] avec lesquelles il s'accorde. Ensuite, il insiste pour rappeler,

[1258] P. Delvolvé, « L'actualité de la théorie des bases constitutionnelles du droit administratif », *R.F.D.A.*, 2014, n°6, pp. 1211-1218.

[1259] J. Delvolvé, *Les délégations de matières en droit public*, Sirey, Paris, 1930, 355 p. Le rapport est conforme aux souvenirs de Bruno Genevois qui évoque qu'avant que le Conseil ne rende sa décision, Georges Vedel lui a affirmé avoir, pour préparer son rapport, relu la thèse de Jean Delvolvé, ce qui l'aurait conforté dans l'idée qu'une ordonnance non ratifiée est un acte administratif (B. Genevois, « Un universitaire au Conseil constitutionnel : le Doyen Georges Vedel », *R.F.D.A.*, 2004, n° 2, pp. 215-223, spéc. p. 215.)

[1260] G. Vedel, *Cours de droit administratif*, Les Cours de droit, Paris, 1962-1963, 841 p., spéc. pp. 216-218.

[1261] Décision n° 76-72 DC du 12 janvier 1977, *Loi autorisant le Gouvernement à modifier par ordonnances les circonscriptions pour l'élection des membres de la chambre des députés du territoire Français des Afars et des Issas*, J.O.R.F. du 13 janvier 1976, p. 343 : « *Considérant que, s'il est, de la sorte, spécifié à l'alinéa premier de l'article 38 précité de la Constitution, que c'est pour l'exécution de son programme que le Gouvernement se voit attribuer la possibilité de demander au Parlement l'autorisation de légiférer, par voie*

contrairement à ce que semblaient estimer les auteurs de la saisine, que le Gouvernement est totalement libre de décider de recourir aux ordonnances. En effet, « *ajouter des conditions à l'usage par le Gouvernement de l'article 38 de la Constitution consisterait à ajouter au texte de la Constitution. Par ailleurs, le rôle du Conseil constitutionnel est de juger la loi et non pas le législateur* ». Sa troisième remarque vise à préciser le contenu de la demande d'habilitation. Depuis la décision du 12 janvier 1977, le Gouvernement doit indiquer les finalités qu'il poursuit sans avoir à énoncer la nature des mesures qu'il compte prendre. Poursuivant, il mentionne l'obligation qu'il y a pour le Gouvernement de demander l'avis du Conseil d'Etat ainsi que les délais fixant la durée de l'habilitation et celui fixant la date avant laquelle le projet de loi de ratification doit être déposé. Enfin, il évoque le régime juridique des ordonnances et, constatant « *la parfaite harmonie des jurisprudences du Conseil d'Etat et du Conseil constitutionnel* », rappelle qu'en l'absence de ratification elles n'ont qu'une valeur règlementaire comme le rappellent les arrêts du Conseil d'Etat *Canal*[1262] et *Conseil transitoire de la Faculté des lettres et des sciences humaines de Paris* du 28 janvier 1972[1263].

542. Pour élaborer la décision, le professeur de droit se fonde sur les deux décisions du Conseil précédant celle du 26 juin 1986 ayant déjà apporté des clarifications au régime des ordonnances et particulièrement au contrôle des lois d'habilitation. Après en avoir exposé les apports, il en énumère les manques et anticipe « *les lacunes et les trous éventuels du contrôle sur les ordonnances à venir* ». La solution du 12 janvier 1977 venait préciser la notion de « *programme* » prévue par l'article 38 qui ne pouvait se confondre avec celle de l'article 49 de la Constitution[1264]. Une décision du 5 janvier 1982 avait jugé que les ordonnances ne

d'ordonnances, pendant un délai limité, ce texte doit être entendu comme faisant obligation au Gouvernement d'indiquer avec précision au Parlement, lors du dépôt d'un projet de loi d'habilitation et pour la justification de la demande présentée par lui, quelle est la finalité des mesures qu'il se propose de prendre » (cons. 2).

[1262] C.E., Ass., 19 octobre 1962, *Canal, Robin et Godot*, précité. En 1962, dans son cours de droit administratif, Vedel rappelait que contrairement à ce que l'on a cru découvrir avec l'arrêt Canal sur le régime juridique des délégations, le Conseil d'Etat avait depuis longtemps déjà reconnu ces règles : « *Ce n'est que par ignorance du droit que l'on a pu considérer comme révolutionnaire l'arrêt Canal, au moins pour une partie, car depuis longtemps était acquise la solution selon laquelle de tels actes sont des actes administratifs soumis au contrôle du juge administratif* » (G. Vedel, *Cours de droit administratif*, précité, p. 218). Le professeur ne reprend pas l'argument dans son rapport, mais il semble bien conscient de la nécessité et de l'opportunité qu'il a de clarifier encore le régime juridique des ordonnances.

[1263] C.E., Ass., 28 janvier 1972, *Conseil transitoire de la Faculté des lettres et des sciences humaines de Paris*, Rec. p. 86.

[1264] Décision n° 76-72 DC du 12 janvier 1977, *Loi autorisant le Gouvernement à modifier par ordonnances les circonscriptions pour l'élection des membres de la chambre des députés du territoire Français des Afars et des Issas*, précité

dispensaient pas le Gouvernement, dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont confiés par l'article 38, du respect des principes constitutionnels[1265]. Vedel rappelle alors les contrôles que peuvent subir les ordonnances et se propose de clarifier chacun. En fait, Georges Vedel envisage une véritable étude de fond du régime des ordonnances en invoquant souvent des positions qui lui sont propres et qu'il propose au Conseil d'adopter dans la décision.

543. Le premier contrôle réside, pour Vedel, dans l'avis rendu par le Conseil d'Etat, « *obligatoire avant la publication des ordonnances mais* […] *consultatif.* […] » qui, même secret, conduit à un examen en droit et en opportunité du recours à l'ordonnance. Le professeur de droit se penche ensuite sur la garantie de la signature des ordonnances par le Président de la République. Il rappelle alors que la signature des ordonnances par le chef de l'Etat fait l'objet d'une « *vive polémique* ». Toutefois, Vedel propose au Conseil d'être prudent et de ne pas la trancher juridiquement dans la décision. Il énonce les trois thèses en présence : celle de la compétence liée du Président de la République, celle de sa liberté d'appréciation et enfin celle selon laquelle il peut et doit refuser de les signer si elles portent atteinte aux prérogatives de gardien du respect de la Constitution qu'il tient de l'article 5 de la Constitution[1266]. Finalement, le professeur de droit rappelle que la décision que les juges ont à prendre doit pouvoir servir de « *guide aux pouvoirs publics et sera de nature à dénouer bien des conflits potentiels* ». L'un d'entre eux concerne le contrôle juridictionnel du Conseil d'Etat, qui présente un caractère réel et sérieux. Il évoque alors très habilement l'idée selon laquelle la juridiction administrative n'est pas juge de la constitutionnalité des textes qui lui sont soumis en la réfutant immédiatement. « *Cette idée est fausse. La Constitution est une norme juridique de droit positif et le Conseil d'Etat peut et doit en faire application. La seule limite qu'il connaît est celle de la loi écran* […]. *Dans le cas d'espèce, si la loi autorise le Gouvernement à prendre des mesures contraires à la Constitution, le Conseil d'Etat ne pourra pas censurer ces actes sans censurer la loi* ». Toute l'intervention de Vedel consiste à trouver le moyen de faciliter le travail juridictionnel du Conseil d'Etat en lui permettant de trouver des normes de référence ailleurs que dans la loi d'habilitation. C'est pourquoi il

[1265] Décision n° 81-134 DC du 05 janvier 1982, *Loi d'orientation autorisant le Gouvernement par application de l'article 38 de la Constitution, à prendre des mesures d'ordre social*, J.O.R.F. du 7 janvier 1982, p. 215.

[1266] La décision du 26 juin ne tranche pas la question de la signature des ordonnances, et le Président de la République refusera de signer l'ordonnance portant privatisation d'entreprises publiques le 14 juillet, prolongeant la polémique sur la question. Voir notamment F. Luchaire, G. Conac, *Le Droit constitutionnel de la cohabitation. Bilan juridique d'une expérience politique 23 mars 1986 – 8 mai 1988*, Economica, Paris, 1989, 335 p., spéc. pp. 120-125.

proposera aux membres du Conseil constitutionnel de mettre les ordonnances sous surveillance constitutionnelle. C'est aussi pourquoi il propose d'affirmer expressément que le Gouvernement n'est pas dispensé du respect des règles constitutionnelles[1267]. Il suggère surtout de préciser dans la décision les principes ou règles à valeur constitutionnelle que les ordonnances devront respecter. A la suite de cet exposé didactique, les propositions du professeur de droit lors de la discussion de la loi d'habilitation article par article seront intégralement reprises dans la décision finale, après seulement quelques modifications sémantiques.

544. Comme l'explique Bruno Genevois, « *la grande force du Doyen était de rattacher chaque question juridique soumise au juge constitutionnel à une vision d'ensemble du droit. Tout se passait comme si aucune décision du Conseil ne devait s'éloigner des lignes directrices d'une jurisprudence, qui serait elle-même l'objet d'un enseignement* »[1268]. La décision du 26 juin 1986 le démontre par l'exemple. L'influence de Georges Vedel s'est encore portée sur la clarification des normes constitutionnelles.

B. L'influence sur la clarification des normes constitutionnelles

545. En 1985, Georges Vedel va mettre un terme à une controverse doctrinale portant sur la procédure d'adoption des lois organiques relatives au Sénat en rédigeant la décision du 10 juillet 1985 (1). Puis, quelques semaines plus tard, les délibérations démontrent que Georges Vedel est encore l'auteur de la décision relative à la loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie. Ses efforts pour délimiter les prérogatives présidentielles correspondant à la

[1267] Il propose ainsi de reprendre le considérant de principe évoqué par le juge dans la décision du 5 janvier 1982 : « *Considérant que les dispositions d'une loi d'habilitation ne sauraient avoir ni pour objet ni pour effet de dispenser le Gouvernement, dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont conférés en application de l'article 38 de la Constitution, du respect des règles et principes de valeur constitutionnelle ; Considérant qu'il appartient au Conseil constitutionnel, d'une part, de vérifier que la loi d'habilitation ne comporte aucune disposition qui permettrait de méconnaître ces règles et principes, d'autre part, de n'admettre la conformité à la Constitution de la loi d'habilitation que sous l'expresse condition qu'elle soit interprétée et appliquée dans le strict respect de la Constitution* » (Décision n° 86-207 DC du 26 juin 1986, *Loi autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social*, précité, cons. 14 et 15).

[1268] B. Genevois, « Un universitaire au Conseil constitutionnel : le Doyen Georges Vedel », précité, p. 218.

demande de nouvelle délibération des lois ont, en effet, largement contribué à préparer le sens de la solution élaborée le 23 août 1985 (2).

1. La notion de loi organique relative au Sénat

546. Le 10 juillet 1985, le Conseil constitutionnel rend une décision de principe, donnant une définition précise de la notion de loi organique relative au Sénat, qui en vertu de l'article 46 de la Constitution, implique une adoption en termes identiques par les deux assemblées[1269]. Si l'apport au droit constitutionnel de cette décision peut paraître limité, son élaboration est au contraire d'un intérêt tout particulier. Georges Vedel, qui en fut le rapporteur et, *in fine*, le rédacteur, a établi une définition des lois organiques relatives au Sénat en interprétant le texte de l'article 46 « *par rapport à la grammaire et au bon sens* »[1270]. Saisi d'un projet de loi organique relative à l'élection des députés, la question se posait de savoir si ce projet pouvait être considéré, au sens de l'article 46 alinéa 4, comme une loi organique relative au Sénat, nécessitant une adoption en termes identiques par les deux assemblées. Or, au cours de la procédure, le Sénat s'est constamment opposé au projet, qui a finalement été voté par l'Assemblée nationale selon la procédure applicable aux lois organiques ordinaires.

547. Le professeur de droit, ne parvenant pas à trouver dans la doctrine ou la jurisprudence une définition précise de la loi organique relative au Sénat, décide d'en dégager une. Pour cela, il propose au Conseil constitutionnel trois interprétations parmi lesquelles il n'en retiendra qu'une. La première est une interprétation restrictive du texte, au terme de laquelle « *sont lois relatives au Sénat celles qui le concernent seul* », tenant compte du nombre de sénateurs ou de leurs conditions d'éligibilité. Il refuse cependant cette interprétation dans la mesure où elle supposerait d'ajouter à la Constitution l'adverbe « *exclusivement* », non mentionné. Pour le Doyen Vedel, « *l'interprétation restrictive n'est ni conforme à la grammaire, ni à la Constitution* ». Selon une interprétation extensive, tout ce qui intéresse le Sénat, même indirectement, est loi relative au Sénat. Cette interprétation est, elle aussi,

[1269] Décision n° 85-195 DC du 10 juillet 1985, *Loi organique modifiant le code électoral et relative à l'élection des députés*, J.O.R.F. du 11 juillet 1985, p. 7835.

[1270] Séance du 10 juillet 1985, *Loi organique modifiant le code électoral et relative à l'élection des députés*, A.N. n° 20040168/11.

repoussée car « *une loi relative est une loi en rapport et non une loi agissant par ricochets* ». Finalement, c'est une interprétation plus mesurée, une position « *médiane* », qui est retenue par Georges Vedel et qui sera reprise selon la rédaction envisagée par le professeur de droit. De manière très didactique Vedel, dans son projet de décision, en propose la rédaction suivante : « *Considérant que, par les termes "lois organiques relatives au Sénat" employés par l'article 46 de la Constitution, il faut entendre les dispositions législatives qui ont pour objet, dans les domaines réservés aux lois organiques, de poser, de modifier ou d'abroger des règles concernant le Sénat ou qui, sans se donner cet objet à titre principal, n'ont pas moins pour effet de poser, de modifier ou d'abroger des règles le concernant ; qu'en revanche, si une loi organique ne présente pas ces caractères, la seule circonstance que son application affecterait indirectement la situation du Sénat ou de ses membres ne saurait la faire regarder comme relative au Sénat* ». Le projet du professeur de droit sera adopté à l'unanimité et sans modification. La décision rendue sous la plume du Doyen Vedel est d'autant plus importante que, bien qu'il n'en soit pas fait mention dans le rapport, elle vient mettre un terme à une controverse doctrinale qui était née de l'indétermination, dans la jurisprudence constitutionnelle relative aux lois organiques, des règles applicables en fonction de leur destinataire. En 1972, un auteur avait d'ailleurs soulevé les lacunes dans l'interprétation des lois organiques créées par la jurisprudence constitutionnelle estimant que « *la réflexion peut s'exercer à l'égard d'un problème d'une grande importance institutionnelle et qui, au surplus, ne manquera pas d'être soulevé dans l'avenir* »[1271].

548. Quelques semaines plus tard, Georges Vedel sera de nouveau la plume d'une décision qui a longtemps été considérée comme une « *grande décision* » du Conseil constitutionnel en ce qu'elle précise les modalités d'application de l'article 10 alinéa 2 de la Constitution.

2. La notion de nouvelle délibération

549. Le 20 août 1985, le Conseil constitutionnel est saisi pour la seconde fois de la loi relative à la Nouvelle-Calédonie, après qu'elle ait été partiellement jugée non conforme à la

[1271] J. Larché, « Le Conseil constitutionnel organe du pouvoir d'Etat », *A.J.D.A.*, 1972, pp. 132-137, spéc. p. 135. Sur cette question voir aussi A. Delcamp, « La notion de loi organique relative au Sénat : entre affirmation du bicamérisme et parlementarisme "rationalisé" », *R.F.D.C.*, n° 87, 2011, pp. 465-498.

Constitution par une décision du 8 août 1985[1272]. La séance du 23 août 1985 est à nouveau l'occasion pour Georges Vedel, qui avait accepté la charge de rapporteur, de remplir une fonction d'interprète et d'auteur[1273]. Après la décision du 8 août 1985, il appartenait au Président de la République soit de promulguer ladite loi sans la disposition déclarée inconstitutionnelle soit, en application de l'article 10 alinéa 2 de la Constitution et de l'article 23 de l'ordonnance du 7 novembre 1958[1274], de demander une nouvelle délibération au Parlement. C'est ce que fit le Président de la République, réunissant le Parlement en session extraordinaire. Le texte a alors été adopté après une lecture devant chaque chambre et après la réunion infructueuse d'une commission mixte paritaire, par le vote de l'Assemblée nationale statuant définitivement dans les conditions prévues à l'article 45 de la Constitution. Cependant, le Sénat avait estimé que la seconde lecture, telle qu'envisagée dans l'article 23 de l'ordonnance du 7 novembre 1958, imposait un accord entre les deux assemblées et qu'à défaut, le Gouvernement devait reprendre la procédure *ab initio*. Le Gouvernement ne pouvait donc utiliser la procédure de l'article 45 de la Constitution. Pour les sénateurs ayant saisi le Conseil constitutionnel, d'abord, si l'article 23 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel permettait au Président de la République de demander une « *nouvelle lecture* », cette notion ne pouvait être confondue avec une nouvelle délibération, excluant alors l'usage de l'article 45 de la Constitution. En effet, pour les saisissants, « *en l'absence de toute référence dans l'article 23 de l'ordonnance portant loi organique à cet article 45 de la Constitution, la nouvelle lecture prévue par l'article 23 de l'ordonnance ne peut pas être assimilée à celle de l'article 45 de la Constitution* ». Ensuite, les requérants voyaient dans l'utilisation de la procédure de l'article 10 un détournement de procédure. Selon eux, cette prérogative traditionnelle du chef de l'État, « *dans l'esprit de la Constitution* », ne pouvait être utilisée qu'en cas de désaccord du Président avec la loi. Or, pour les requérants, la demande du Président revient à réexaminer une loi ayant son plein

[1272] Décision n° 85-196 DC du 08 août 1985, *Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie*, J.O.R.F. du 8 août 1985, p. 9125.

[1273] Séance du 23 août 1985, *Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie*, A.N. n° 20040168/11 ; Décision n° 85-197 DC du 23 août 1985, *Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie*, J.O.R.F. du 24 août1985, p. 9814.

[1274] « *Dans le cas où le Conseil constitutionnel déclare que la loi dont il est saisi contient une disposition contraire à la Constitution sans constater en même temps qu'elle est inséparable de l'ensemble de cette loi, le Président de la République peut soit promulguer la loi à l'exception de cette disposition, soit demander aux chambres une nouvelle lecture. Dans le cas où le Conseil constitutionnel déclare que le règlement parlementaire qui lui a été transmis contient une disposition contraire à la Constitution, cette disposition ne peut être mise en application par l'assemblée qui l'a votée* » (Article 43 de l'ordonnance du 7 novembre 1958, précité).

agrément mais dont une disposition avait été déclarée par le Conseil constitutionnel contraire à la Constitution. En conséquence, le recours à l'article 10 de la Constitution n'aurait eu d'autre objet que de pallier l'impossibilité, sur le seul fondement de l'article 23 de l'ordonnance du 7 novembre 1958, de faire appel aux dispositions de l'article 45 de la Constitution et aurait constitué alors un détournement de procédure. Enfin, la demande de nouvelle délibération d'un texte précédemment censuré pour partie par le Conseil serait contraire à l'article 62 de la Constitution.

550. Pour Georges Vedel, l'article 23 invoqué ouvre bien au Président la possibilité de demander une nouvelle délibération. Conscient que c'est la première fois qu'un Président demande une nouvelle délibération en ce sens, cette circonstance donnera à la décision « *la valeur d'un précédent pour l'avenir* ». Le rapport est encore très didactique mais résonne surtout par l'incompréhension du professeur de droit face aux moyens invoqués. Tour à tour, il se demande en effet s'il « *jouit lui-même de toute ses facultés mentales* » face au moyen du détournement de procédure qui *« consisterait à invoquer la loi organique pour tenir en échec la Constitution qu'elle est censée mettre en œuvre !!!* ». L'argument de l'article 62 de la Constitution le « *plonge également en plein désarroi* », allant jusqu'à se demander « *comment il est possible de se fourvoyer intellectuellement à ce point ! Il y aurait donc un sacrilège à mettre sur la table du Parlement un texte précédemment censuré par le Conseil constitutionnel, serait-ce même, justement, pour l'amender !* ». La thèse soutenue par les requérants ne lui semble pas sérieuse ; cependant il va y répondre dans son rapport point par point, contribuant à apporter, dans la décision finale une clarification essentielle à l'interprétation des normes constitutionnelles soulevées. Il rappelle d'abord l'histoire et le sens de l'article 10 de la Constitution de 1958. Il y reprend la « *glose* » qu'il a déjà faite dans son *Manuel élémentaire de droit constitutionnel* du droit de promulgation et de seconde délibération sous la IV^{ème} République[1275], mélange de l'ancien droit de veto monarchique et « *prérogative plus républicaine de correction des lois imparfaites* ». Il en rappelle la pratique ainsi que le régime juridique sans jamais cesser de faire le lien avec l'affaire discutée. A la suite d'une censure du Conseil et en application de l'article 62, le Président de la République peut donc décider discrétionnairement, soit de promulguer la loi sans les dispositions

[1275] G. Vedel, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, précité, pp. 487-490, spéc. p. 488 : La nouvelle délibération contribue à corriger « *les erreurs de rédaction* » et « *La demande de nouvelle délibération n'est qu'une invitation à la réflexion. […] Il ne s'agit pas d'un droit de veto. Le résultat de la seconde délibération* […] *s'impose au Président de la République* ».

déclarées inconstitutionnelles, soit de demander une autre délibération. Pour Georges Vedel, en aucun cas l'article 10 ne peut faire l'objet d'une interprétation selon des conditions découlant de l'esprit de la Constitution comme l'estiment les requérants. Dans ce cadre, l'article 23 de l'ordonnance portant loi organique sur le Conseil constitutionnel n'est qu'une modalité d'application de l'article 10 de la Constitution en cas de censure partielle par le Conseil constitutionnel. Le terme « *nouvelle lecture* » ne peut être lu que comme synonyme de « *nouvelle délibération* ». En effet, pour le Doyen Vedel, il s'agit « *d'une règle générale des juridictions qu'il faut toujours interpréter un texte dans le sens qui est conforme à l'ordonnancement juridique* ». L'argument tiré de l'article 62 n'a, pour Vedel, pas plus de consistance. Il précise dans son rapport que la loi une fois censurée n'est pas inexistante, cela lui semble relever « *de la pure métaphysique* […]. *Le Conseil constitutionnel n'est pas le Conseil d'Etat. Le texte existe, il n'est pas promulgable, il doit même être rectifié pour être promulgué mais il existe* ». Ses conclusions relatives à la procédure seront votées à la majorité de sept voix contre deux, dont celle de Maurice-René Simonnet qui estimait, malgré la clarté des arguments développés par Georges Vedel, que le principe du bicamérisme égalitaire avait été bafoué et que l'article 23 de l'ordonnance organique aurait dû faire l'objet d'une interprétation exégétique. Maurice-René Simonnet a certainement préféré laisser parler l'interprétation de l'ancien parlementaire plutôt que celle du professeur de droit.

551. Au final, le rapport de Georges Vedel est riche d'enseignements sur la maîtrise par le professeur de droit des règles de la procédure constitutionnelle. La question de procédure lui paraît en effet relever d'un « *problème de géométrie juridique* » nécessitant néanmoins d'être tranché pour de bon. Il a ainsi permis au Conseil de préciser les conditions d'exécution des décisions d'annulation partielle du Conseil constitutionnel par les pouvoirs publics et notamment par le Président de la République. Il permet ainsi, à la faveur du contrôle préventif de constitutionnalité, d'assurer le respect de l'autorité des décisions du Conseil et, éventuellement, au Parlement de corriger la loi partiellement inconstitutionnelle.

552. Si les professeurs de droit ont contribué à clarifier l'application et le sens des règles constitutionnelles grâce à une influence déterminante exercée à tous les stades de la prise de décision, ils se sont aussi illustrés par leurs apports à l'évolution des prérogatives du Conseil constitutionnel.

§ 2. L'influence des professeurs de droit sur l'évolution des prérogatives du Conseil constitutionnel

553. La période couvrant l'étude de l'influence des professeurs de droit, entre 1960 et 1988, est animée par la montée en puissance du Conseil en matière de protection des droits fondamentaux. Mais, même si jusque dans les années soixante-dix, le rôle du Conseil était bien cantonné à une fonction plus régulatrice, les professeurs de droit ont été les acteurs de l'émergence de nouveaux équilibres (A). De plus, ils ont contribué à l'élargissement des compétences de la juridiction en matière électorale. Sous la plume du Doyen Vedel, la décision du 13 juin 1981 a en effet permis d'élargir le contrôle du Conseil aux actes préparatoires à l'élection présidentielle (B).

A. L'influence des professeurs de droit sur le droit constitutionnel substantiel

554. La protection des droits et libertés tient une part tellement considérable aujourd'hui dans la jurisprudence constitutionnelle[1276] qu'il devient très difficile de déterminer avec précision quelles personnalités ont marqué avec certitude la jurisprudence s'y rapportant. Il est extrêmement délicat de tracer une ligne claire de partage des influences en ce domaine faisant souvent l'objet d'un large consensus au sein du Conseil constitutionnel. A ce stade, il est impossible d'être parfaitement exhaustif, tant il existe de décisions se rapportant aux droits et libertés entre 1960 et 1988[1277]. D'ailleurs, les influences des professeurs de droit ont pu être d'une importance et de nature variables[1278]. Il aura fallu opérer des choix parmi les décisions, fort nombreuses, relatives à la protection des droits et libertés, et seuls certains exemples

[1276] « *La protection par le Conseil constitutionnel des droits et libertés fait aujourd'hui partie de nos institutions* » (F. Luchaire, La protection constitutionnelle des droits et des libertés, Economica, Paris, 1987, 501 p., spéc. p. 476).

[1277] Période au cours de laquelle les délibérations qui ont été étudiées correspondent à la présence des professeurs de droit au Conseil constitutionnel.

[1278] Il a été recensé sur la période étudiée plus de cinquante séances se rapportant directement ou indirectement aux droits et libertés et sur lesquelles les professeurs de droit ont eu une influence particulière en termes de technique juridique pure ou plus simplement de logique.

significatifs feront l'objet d'une analyse précise. Il faudra alors distinguer l'influence des professeurs de droit sur la protection des droits et libertés contenus dans le corps de la Constitution (1) de leur influence sur la découverte et la protection du préambule de la Constitution (2).

1. La protection des libertés contenues dans le corps de la Constitution

555. Bien que le Conseil constitutionnel ait été créé d'abord pour réguler l'activité normative des pouvoirs publics[1279], dans cette « *première tâche, un certain souci de la protection des droits et libertés du Citoyen apparaît à travers certaines décisions* »[1280]. On fait généralement remonter le système de protection des droits par le juge constitutionnel français à la décision du 26 janvier 1967 relative à la loi organique portant sur le statut de la magistrature[1281]. Le rapporteur René Cassin, attaché indéniablement à la protection des droits et libertés, propose pour la première fois aux membres du Conseil constitutionnel de censurer une loi sur la base d'une disposition de fond de la Constitution et de définir la compétence législative minimale. La loi organique prévoyait la nomination auprès de la Cour de cassation de conseillers référendaires pour une durée de dix ans, à l'issue de laquelle il avait été décidé, par dérogation aux règles d'inamovibilité, de les affecter d'office à un emploi de magistrat du siège, mais dans des conditions fixées par un règlement d'administration publique. Le rapport de René Cassin, très détaillé, rappelant notamment les fondements historiques et juridiques de l'inamovibilité, évoque aussi les atteintes nécessaires que doit parfois subir le principe bien « *qu'elles* [soient] *subordonnées à des garanties* ».

556. Tout l'intérêt de sanctionner l'incompétence négative se retrouve ainsi, pour René Cassin, dans la nécessité de préserver des garanties à l'inamovibilité, non dans un règlement d'administration publique mais dans la loi organique. Dans son rapport, il se pose une

[1279] Décision n° 62-20 DC du 06 novembre 1962, *Loi relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel direct, adoptée par le référendum du 28 octobre 1962*, J.O.R.F. du 7 novembre 1962, p. 10778.

[1280] F. Luchaire, « Le Conseil constitutionnel et la protection des droits et libertés du citoyen », in *Le juge et le droit public. Mélanges offerts à Marcel Waline*, L.G.D.J., Paris, 1974, pp. 563-574, spéc. pp. 563-564.

[1281] Séance du 26 janvier 1967, *Loi organique modifiant et complétant l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature*, A.N. n° 20040168/4.

question essentielle : « *Le législateur qui rédige une loi organique faisant échec au principe constitutionnel de l'inamovibilité, peut-il s'en remettre valablement à la discrétion du Gouvernement pour fixer les conditions d'affectation d'un magistrat, en omettant de lui donner des instructions positives en vue des garanties minimales dont doivent bénéficier les magistrats en cause ?* ». Pour Cassin, ce n'est pas le renvoi à un règlement d'administration publique qui pose problème, mais l'absence de précisions législatives quant aux garanties constitutionnelles qu'il appartenait au législateur de préserver pour les magistrats en cause. En cela, pour le professeur de droit, la dérogation au principe de l'inamovibilité ainsi édictée est en contradiction avec l'article 64 de la Constitution. René Cassin rappelle que « *Le contrôle de la parfaite conformité des lois organiques à cette Constitution, ne peut laisser passer des formules législatives qui ne sont pas seulement équivoques, mais véritablement en contradiction avec l'article 64 de la Constitution* ». Même si les rédacteurs du projet de loi ont cherché à concilier les exigences d'une bonne justice avec les garanties minimales dues aux conseillers référendaires, pour le professeur de droit, le Conseil constitutionnel se doit d'adopter une conception exigeante des garanties constitutionnelles.

557. A la fin de son rapport oral, René Cassin semble très conscient de l'impact qu'aura la décision du Conseil si ses membres suivent ses conclusions. C'est pour cela qu'il précise que la solution qu'il propose « *sera très utile car à l'avenir les bureaux du Gouvernement et le Conseil d'Etat prêteront plus d'attention au respect de certains principes inscrits dans la Constitution* ». La discussion qui s'engage par la suite révèle un fort soutien de la majorité des membres du Conseil pour le rapport de Cassin. C'est particulièrement le cas de François Luchaire qui proposera, au moment de la discussion portant sur la rédaction, de préciser dans le premier considérant le caractère indissociable du principe d'inamovibilité et de l'article 4 de l'ordonnance portant loi organique relative au statut de la magistrature du 22 décembre 1958[1282]. Finalement, le raisonnement développé par le professeur de droit dans son rapport sera repris dans la décision du 26 janvier 1967, première véritable annulation d'une loi pour violation d'une règle de fond de la Constitution.

[1282] C'est ce considérant, ainsi modifié par François Luchaire qui figurera dans la décision finale : « *Considérant qu'aux termes de l'article 64 de la Constitution les magistrats du siège sont inamovibles ; que l'ordonnance du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature reprend, dans son article 4, premier alinéa, cette même disposition et, dans son deuxième alinéa, fait du principe ainsi posé une application nécessaire en précisant "qu'en conséquence le magistrat du siège ne peut recevoir sans son consentement une affectation nouvelle, même en avancement"* » (Décision n° 67-31 DC du 26 janvier 1967, *Loi organique modifiant et complétant l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature*, J.O.R.F. du 19 février 1967, p. 1793).

558. La consécration de la liberté individuelle en tant que principe constitutionnel dans la décision du 12 janvier 1977[1283] est un apport que le Conseil constitutionnel doit en grande partie au rapport mené par Coste-Floret lors de la séance du 12 janvier 1977[1284]. L'atteinte aux libertés individuelles par la loi autorisant la fouille des véhicules est immédiatement soulignée par le professeur de droit. La loi soumise à l'appréciation du Conseil autorisait en effet officiers et agents de police judiciaire à procéder, même d'office, à la visite des véhicules et de leur contenu sur les voies ouvertes à la circulation. Seule limitation : la visite des caravanes ou maisons mobiles ou de tout autre véhicule aménagé pour le séjour. Dans ces cas, la visite ne pouvait être effectuée que conformément aux dispositions relatives aux perquisitions et aux visites de domicile, lorsqu'ils étaient au stationnement et utilisés comme résidence effective. Dans son rapport, Coste-Floret s'attache à répondre de manière très didactique à chacun des moyens d'inconstitutionnalité soulevés par les requérants parlementaires[1285]. Il ne retiendra qu'un seul des moyens soulevés, portant sur la séparation des missions de police judiciaire et de police administrative[1286], et proposera au Conseil de fonder la non-conformité de ce texte sur l'atteinte à la liberté individuelle constituant pour le rapporteur un « *principe fondamental de la République* », réaffirmé par l'article 66 de la Constitution qui en confie la garde à l'autorité judiciaire. Le professeur de droit s'est posé la question, au cours de son rapport, de la possibilité de fonder l'inconstitutionnalité de la loi sur la base de l'inviolabilité du domicile. Il remarque que, dans les textes et la jurisprudence de la Cour de cassation, le véhicule peut être assimilé à un domicile. Cependant, la réflexion du professeur de droit le pousse à fonder intégralement son raisonnement sur la liberté individuelle dont le Conseil semble vouloir reconnaître absolument la valeur constitutionnelle. D'ailleurs, dans la veine de Coste-Floret, les mots du Président lors de la discussion sont clairs : « *La mission du Conseil constitutionnel apparaît de plus en plus comme étant de*

[1283] Décision n° 76-75 DC du 12 janvier 1977, *Loi autorisant la visite des véhicules en vue de la recherche et de la prévention des infractions pénales*, J.O.R.F. du 13 janvier 1976, p. 344.

[1284] Séance du 12 janvier 1977, *Loi autorisant la visite des véhicules en vue de la recherche et de la prévention des infractions pénales*, A.N. n° 20040168/8.

[1285] Les moyens soulevés par les parlementaires étaient multiples : article 7 et article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, principe de la séparation des pouvoirs, secret de la correspondance et de la vie privée, secret professionnel, liberté d'aller et venir ainsi que séparation des missions de police judiciaires et administratives.

[1286] Pour démontrer le bien-fondé de son argumentation consistant à rappeler que la distinction ne porte pas sur la nature des agents mais sur le but de la mission de police, il se réfèrera au cours de contentieux de Raymond Odent, constituant de nouveau ici un rapport direct avec la doctrine (R. Odent, *Contentieux administratif*, Les Cours de droit, Paris, 1970-1971, 1728 p., spéc. p. 1354).

protéger les libertés individuelles et les libertés publiques. C'est pour cette raison qu'il paraît bien préférable dans une affaire semblable que la décision du Conseil soit motivée de façon concise et en soulignant ce rôle ». Pour Coste-Floret, l'inviolabilité du domicile est un principe constitutionnel constamment réaffirmé depuis la Constitution de l'an VIII faisant partie « *de la tradition Républicaine* ». Mais il propose une autre motivation, fondée sur l'atteinte à la liberté individuelle. En effet, pour garantir la liberté des individus, les actes de police judiciaire exigent toujours que les agents ne puissent exercer leur pouvoir que pour rechercher des infractions particulières, « *dans les seuls cas où ils ont de raisons d'en soupçonner l'existence* ». Or, le texte « *soumis au Conseil aujourd'hui ne comporte aucun des caractères spéciaux qui justifient et limitent* » l'application des pouvoirs de police judiciaire qui, d'ailleurs, en l'absence de constatation d'infraction, n'en sont pas. Pour le professeur, rompu au droit pénal[1287], « *le texte sur la fouille pose une seule condition de mise en application : le fait que le véhicule soit sur la voie publique et exige simplement la présence du propriétaire pour permettre une perquisition* […] *Il ne suppose l'existence nécessaire d'aucun motif de soupçonner une infraction* […]. *Puisqu'il s'agit de simple prévention en dehors de tout soupçon, ces contrôles ne sont pas soumis à l'appréciation de l'autorité judiciaire même a posteriori* ». Peu discuté, le projet de décision conçu par Coste-Floret sera adopté sans subir de modifications, Coste-Floret concluant la discussion générale en précisant : « *Il n'y a pas lieu de transiger sur les principes de liberté individuelle* ».

559. Parfois, le professeur de droit peut être la plume d'une décision sans en avoir été le rapporteur. Si la situation est assez rare[1288], c'est sur la base d'un contre-rapport du Doyen Vedel que fut censuré, dans la décision relative aux perquisitions fiscales du 29 décembre 1983, l'article 89 de la loi de finances pour l'année 1984 instituant des perquisitions destinées à la recherche d'infractions fiscales[1289]. Le rapport initial, qui avait été confié à Jozeau-

[1287] Bien que spécialiste de droit civil, Paul Coste-Floret a notamment été le directeur de recherche de deux thèses soutenues à l'Université de Montpellier portant sur la matière pénale. Ses connaissances se trouvent alors liées à ses qualités d'universitaire par la direction de thèse (A. Azemayech, *Les mesures de sûreté : étude comparée du droit français et du droit iranien*, thèse dact., Université de Montpellier I, 1970, 210 p. ; M.-J. Metzger, *L'Evolution de la notion de manœuvres frauduleuses dans le délit d'escroquerie et la réforme de l'article 405 du code pénal*, thèse dact., Université de Montpellier I, 1976, 158 p.).

[1288] On peut citer notamment le contre-rapport de Coste-Floret lors de la séance des 29 et 30 décembre 1976, *Décision du Conseil des communautés européennes relative à l'élection de l'Assemblée des Communautés au suffrage universel direct*, A.N. n° 20040168/8 ; voir aussi le contre-rapport de Georges Vedel quant à la publication des saisines lors de la séance du 15 juin 1983, *Loi organique relative à la représentation au Sénat des Français établis hors de France*, A.N. n° 20040168/11.

[1289] Séance du 29 décembre 1983, *Loi de finances pour 1984*, A.N. n° 20040168/11.

Marigné, concluait à la conformité sous réserve du dispositif. Pour le rapporteur, la nécessité de lutter contre la fraude fiscale justifiait des atteintes limitées à la liberté individuelle. Lors de la discussion, Georges Vedel s'oppose aux conclusions du rapporteur, particulièrement sur la question du régime des perquisitions fiscales envisagé dans la loi. Il ne peut se réduire à « *entériner des dispositions beaucoup plus attentatoires aux libertés individuelles* ». Pour le professeur, il est en effet inadmissible qu'un fonctionnaire se voie confier le pouvoir de perquisitionner dans un domicile privé : « *Seule l'autorité judiciaire peut être habilitée à exécuter une mesure aussi extrême* ». Le texte est pour lui « *un bloc enfariné* ». La seule lutte contre la fraude fiscale ne peut justifier la régularité du texte : « *le fisc doit avoir, en ce qui concerne la liberté individuelle, les mêmes obligations que toute autre personne physique ou morale* ». Il faut dire que le professeur de droit public dispose de solides compétences en matière de droit fiscal public ou privé[1290], avouant même avoir occupé dans sa jeunesse un poste de fonctionnaire dans l'administration des impôts. L'image qu'il en a gardée est que cette administration « *avait tendance à considérer que tout ce qui était fiscal était sacré* ». Pour ces raisons, Georges Vedel propose alors un projet d'annulation de l'article litigieux. Son intervention partage les membres du Conseil, les uns estimant nécessaire de ne pas censurer la loi pour préserver le but poursuivi, les autres se ralliant à la solution plus libérale du professeur de droit. Pourtant, sensible aux arguments portant sur l'importance de lutter contre la fraude fiscale, Vedel ne souhaite pas censurer brutalement l'article 89. Une telle décision « *risquerait d'être interprétée comme favorable au laxisme fiscal* ». Pour cette raison, il rédige un considérant marquant « *nettement la réprobation du Conseil envers la fraude fiscale* », qui sera repris dans la décision donnant une consistance juridique à la nécessité de l'impôt[1291]. Comme le consacrera la décision du Conseil constitutionnel, pour

[1290] Voir notamment, G. Vedel, « Les finances publiques », *Cahiers chrétiens de la fonction publique*, n° 45, 1960, pp. 7-20 ; G. Vedel, *Histoire comparée des finances publiques européennes aux XVIIe et XVIIIe siècles*, Les Cours de droit, Paris, 1960, 284 p. ; G. Vedel (dir.), *La fiscalité des collectivités locales*, Armand Colin, Paris, 1971, 96 p. ; G. Vedel, « Avant-propos », in *Cinq ans de finances publiques en France*, Revue française de finances publiques, n° 22, 1988, p. 1 ; G. Vedel, « Préface », in P. Delvolvé, *Le principe d'égalité devant les charges* publiques, L.G.D.J., Paris, 1969, pp. XIII-XVII ; G. Vedel, « Préface », in *Etude de finances publiques. Mélanges en l'honneur de Monsieur le Professeur Paul Marie Gaudemet*, Economica, Paris, 1984, pp. V-IX. Georges Vedel fut aussi membre du Conseil scientifique de la Revue française de finances publique dans laquelle il rédigea de nombreux articles, voir notamment G. Vedel, « Présentation », *R.F.F.P.*, n° 1, 1983, pp. 1-6. Il avait déjà rapporté en 1982 sur un contentieux fiscal au cours duquel il avait fait inscrire dans la décision la distinction entre les pénalités fiscales qui ne peuvent être validées rétroactivement par le législateur, et les réparations civiles dues au Trésor public par le contribuable qui, elles, peuvent l'être (Séance du 30 décembre 1982, *Loi de finances rectificative pour 1982*, A.N. n° 20040168/10).

[1291] « *Considérant que l'article 13 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen proclame : "Pour l'entretien de la force publique et pour les dépenses d'administration une contribution commune est indispensable : elle doit être également répartie entre tous les citoyens, en raison de leurs facultés" ; Considérant qu'il découle nécessairement de ces dispositions ayant force constitutionnelle que l'exercice des*

Vedel l'inconstitutionnalité du texte porte sur quatre points : l'imprécision du terme infraction, le rôle trop incertain attribué au juge, l'absence d'indication sur le contrôle du juge des opérations de perquisitions et l'absence de régime juridique particulier pour les perquisitions domiciliaires. Ce contre-projet, qui constitue l'un des apports essentiels de la décision, sera finalement accepté à l'unanimité par les membres du Conseil.

2. La découverte et la protection du préambule de la Constitution

560. Dès 1969, les professeurs de droit ont tenté de faire une application directe de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Marcel Waline en particulier. Le 27 février 1969[1292], au cours d'un contentieux de déclassement d'une loi relative à l'expropriation, alors rapporteur, Waline fait expressément référence à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Il rappelle en effet que le principe d'une juste et préalable indemnité est « *consacré par l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme à laquelle se réfère le préambule de la Constitution* ». Trouvant finalement un accord sur le caractère règlementaire de la disposition, Marcel Waline propose cependant d'adopter « *une rédaction qui ne puisse permettre de porter atteinte aux intérêts de la propriété* ». La référence à la Déclaration de 1789 n'apparaîtra pas dans la décision publiée mais elle est sous-jacente, démontrant son attachement à un texte auquel il donne valeur de droit positif. Le professeur de droit était d'ailleurs depuis longtemps convaincu de la valeur de droit positif des déclarations de droit. En effet, il défendait déjà, en 1951, la valeur juridique du préambule de 1946 et de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen auxquels faisait référence le préambule de la Constitution de 1946. Il pouvait ainsi affirmer qu'un « *un texte a valeur de droit positif, ou ne l'a pas. Il ne saurait y avoir de demi-mesure* »[1293]. Même en l'absence de contrôle effectif par la juridiction constitutionnelle, Marcel Waline reconnaissait aux déclarations valeur de droit positif : « *Jamais l'imperfection des sanctions d'une disposition de droit positif n'a suffi pour*

---

libertés et droits individuels ne saurait en rien excuser la fraude fiscale ni en entraver la légitime répression ; qu'ainsi, dans leur principe, les dispositions de l'article 89 ne peuvent être critiquées » (Décision n° 83-164 DC du 29 décembre 1983, *Loi de finances pour 1984*, cons. 26 et 27, J.O.R.F. du 30 décembre 1983, p. 3871).

[1292] Séance du 27 février 1969, *Nature juridique de certaines dispositions modifiées, du premier alinéa de l'article 21-IV de l'ordonnance du 23 octobre 1958 relative à l'expropriation et des articles 12 et 17 de la loi du 2 Mai 1930 ayant pour objet de réorganiser la protection des monuments naturels et des sites de caractère artistique, scientifique, légendaire ou pittoresque*, A.N. n° 20040168/6.

[1293] M Waline, *Cours de droit constitutionnel*, Les Cours de droit, Paris, 1951-1952, 501 p., spéc. p. 294.

dénaturer une telle disposition »[1294]. Comme affirmé en 1951, ce n'est pas parce que les principes de la Déclaration de 1789 sont « *réaffirmés* » seulement dans le préambule et « *non dans les articles numérotés de la Constitution, qu'il faudrait leur dénier valeur de droit positif* »[1295]. La première référence explicite au préambule de la Constitution de 1958 apparaît dans la décision du 19 juin 1970[1296]. Plus exactement, la référence est inscrite uniquement dans les visas de la décision. Cette inscription doit d'ailleurs être mise au crédit de François Luchaire, qui avait estimé au cours des débats qu'il n'existait pas de contrariété entre le traité de Luxembourg et l'obligation découlant de la Constitution de réserver à la loi la fixation de l'impôt. En effet, pour le professeur de droit, le préambule de la Constitution de 1958, en faisant référence à celui de 1946, donne valeur juridique à son article 15 : « *Sous réserve de réciprocité, la France consent aux limitations de souveraineté nécessaires à l'organisation et à la défense de la paix* »[1297]. De ce point de vue, pour François Luchaire, toutes les décisions prises dans le cadre communautaire pouvaient, sans être contraires à la Constitution, comporter des limitations de souveraineté, sous réserve de réciprocité[1298]. Par la suite, François Luchaire a œuvré pour la démythification des grands principes substantiels de l'Etat conçus comme des obstacles à l'intégration constitutionnelle du droit communautaire, au premier rang desquels figure le concept de souveraineté[1299]. Il a contribué à déconstruire le

[1294] *Ibidem*.

[1295] *Ibid*.

[1296] Décision n° 70-39 DC du 19 juin 1970, *Traité signé à Luxembourg le 22 avril 1970 portant modification de certaines dispositions budgétaires des traités instituant les communautés européennes et du traité instituant un conseil unique et une commission unique des Communautés européennes et décision du Conseil des Communautés européennes en date du 21 avril 1970, relative au remplacement des contributions des Etats membres par des ressources propres aux Communautés*, J.O.R.F. du 21 juin 1970, p. 5806.

[1297] Séance du 19 juin 1970, *Traité signé à Luxembourg le 22 avril 1970 portant modification de certaines dispositions budgétaires des traités instituant les communautés européennes et du traité instituant un conseil unique et une commission unique des Communautés européennes et décision du Conseil des Communautés européennes en date du 21 avril 1970, relative au remplacement des contributions des Etats membres par des ressources propres aux Communautés*, A.N. n° 20040168/6.

[1298] F. Luchaire, « Le Conseil constitutionnel et la protection des droits et libertés du citoyen », précité, p. 570.

[1299]Ce qui compte pour François Luchaire, ce n'est pas la souveraineté, en elle-même trop conçue comme un concept dogmatique, mais les conditions de son exercice qui, loin de se concevoir comme illimitées, peuvent subir des limitations. Il a alors contribué à distinguer le permis de l'interdit, notamment dans les transferts de compétences. Il a ainsi démontré le caractère quelque peu superflu du concept de souveraineté en droit interne qui doit être conçu comme exercé soit directement par le peuple (référendum), soit par ses représentants élus. Il opère un constat similaire en droit international puisque la souveraineté internationale n'est pour lui non un pouvoir illimité de l'Etat mais un ensemble de compétences constitutionnelles transférées librement et exercées en commun par les institutions de l'Etat avec d'autres Etats. Par conséquent, l'Etat peut consentir des transferts de compétences (voir en ce sens F. Luchaire, « La souveraineté », *R.F.D.C.*, n° 43, 2000, pp. 451-461 ; F. Luchaire, « Un concept inutile : la souveraineté », in *Renouveau du droit constitutionnel : Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Dalloz, Paris, 2007, pp. 789-794 ; F. Luchaire, « Le Conseil constitutionnel et la souveraineté nationale », *R.D.P.*, 1991, n° 4, pp. 1499-1513).

principe de la souveraineté, conçu comme le noyau dur de l'identité constitutionnelle dans le but d'accompagner et de forger la construction communautaire. Il a ainsi démontré très tôt la validité juridique au regard de la Constitution des transferts de compétences. François Luchaire évoquera d'ailleurs la décision du 19 juin 1970 en ces termes : « *Un grand pas était accompli et, de mon séjour au Conseil constitutionnel, c'est peut-être ce que j'ai le plus retenu et donc apprécié* »[1300].

561. Certaines décisions fondatrices, comme celle du 16 juillet 1971, démontrent au contraire une influence collective dont on ne peut déceler véritablement, sur le fond, les influences individuelles. Les professeurs de droit, en tout cas, n'auront, sur cette décision, qu'un rôle subsidiaire[1301]. C'est au cours de la séance du 27 décembre 1973 que pèsera l'influence des professeurs de droit pour reconnaître, pour la première fois, l'inconstitutionnalité d'une loi pour méconnaissance du principe d'égalité devant la loi[1302]. François Luchaire s'oppose en effet au rapporteur et propose, en accord avec François Goguel, de combiner les articles 6 et 13 de la déclaration de 1789 avec l'article 42 de la loi organique relative aux lois de finances du 2 janvier 1959[1303]. Puis, en 1975, lors du contrôle de la loi relative à l'interruption volontaire de grossesse, Paul Coste-Floret rappelle aux membres du Conseil constitutionnel que « *le Conseil a affirmé la valeur constitutionnelle du Préambule et qu'il ne peut y revenir* »[1304].

562. Finalement, entre 1971 et 1975, peu de décisions intéressent la protection des droits et libertés. L'ouverture de la saisine à partir de 1974 contribuera cependant, comme on le sait, à porter davantage la contestation sur le respect des droits et libertés inscrits dans la déclaration de 1789 et le préambule de 1946[1305]. La fonction nouvelle exercée alors par le Conseil

[1300]F. Luchaire, « Témoignages d'anciens du Conseil constitutionnel », précité, p. 41.

[1301]B. Mathieu, J.- P. Machelon, F. Mélin-Soucramanien, D. Rousseau, X. Philippe, *Les Grandes délibérations du Conseil constitutionnel. 1958-1986*, précité, pp. 147-148.

[1302]P. Gaïa, R. Ghevothian, F. Mélin-Soucramanien, E. Oliva, A. Roux, *Les Grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, Paris, 2013, 17ème éd., n° 42, pp. 505-519.

[1303]B. Mathieu, J.- P. Machelon, F. Mélin-Soucramanien, D. Rousseau, X. Philippe, *Les Grandes délibérations du Conseil constitutionnel. 1958-1986*, précité, p. 149.

[1304] Séance du 15 janvier 1975, *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse*, précité.

[1305] B. Mathieu, J.- P. Machelon, F. Mélin-Soucramanien, D. Rousseau, X. Philippe, *Les Grandes délibérations du Conseil constitutionnel. 1958-1986*, précité, p. 241

constitutionnel tend à s'accélérer avec l'alternance de 1981. L'influence de Georges Vedel sur la définition des droits et libertés contenues dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, ou sur l'élargissement des normes constitutionnelles de protection des droits de l'homme a alors été considérable. De cette influence, on retiendra un exemple topique[1306], celui de la décision du 11 octobre 1984[1307]. C'est en effet sur le rapport de Georges Vedel que sera reconnue valeur constitutionnelle au pluralisme de la presse. Il rappelle qu'une lecture absolue de l'article 11 de la Déclaration de 1789 interdirait toute législation sur la presse. Cependant, il estime « *que le libre choix du citoyen lecteur des journaux impose le pluralisme de la presse* ». Georges Vedel contribue ainsi à définir un principe constitutionnel, autour duquel se retrouveront l'ensemble des conseillers, visant à accepter des limitations à la liberté d'entreprendre et au droit de propriété des patrons de presse pour garantir « *un objectif de pluralisme* ». La décision du Conseil constitutionnel est bien fidèle à l'interprétation donnée par Georges Vedel de la liberté de la presse, conçue comme un droit appartenant aux lecteurs qui doivent être mis à même d'exercer un choix libre et éclairé sur les moyens d'information mis à leur disposition[1308].

563. L'évocation de ces exemples permet, *in fine,* de démontrer que les professeurs ont été l'inspiration et la plume de certaines décisions ayant tout particulièrement marqué la jurisprudence constitutionnelle en matière de protection des droits et libertés. Ils ont ainsi pu être auteurs de décisions fondatrices, leur expertise juridique se révélant alors d'autant plus

[1306] Georges Vedel a été rapporteur de nombreuses décisions ayant marqué la jurisprudence du Conseil constitutionnel en matière de protection des droits fondamentaux. Parmi les plus significatives on peut citer la décision du 20 janvier 1981 et la définition des principes fondamentaux du droit pénal contenus dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (Séance des 19 et 20 janvier 1981, *Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes*, A.N. n° 20040168/10) ; la séance du 16 janvier 1982 relative aux nationalisations, sur la reconnaissance et la définition des limites du droit de propriété et de la liberté d'entreprendre (Séance du 16 janvier 1982, *Loi de nationalisation*, A.N. n° 20040168/10).

[1307] Séance du 11 octobre 1984, *Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse*, A.N. n° 20040168/11.

[1308] « *Considérant que le pluralisme des quotidiens d'information politique et générale auquel sont consacrées les dispositions du titre II de la loi est en lui-même un objectif de valeur constitutionnelle ; qu'en effet la libre communication des pensées et des opinions, garantie par l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, ne serait pas effective si le public auquel s'adressent ces quotidiens n'était pas à même de disposer d'un nombre suffisant de publications de tendances et de caractères différents ; qu'en définitive l'objectif à réaliser est que les lecteurs qui sont au nombre des destinataires essentiels de la liberté proclamée par l'article 11 de la Déclaration de 1789 soient à même d'exercer leur libre choix sans que ni les intérêts privés ni les pouvoirs publics puissent y substituer leurs propres décisions ni qu'on puisse en faire l'objet d'un marché* » (Décision n° 84-181 DC du 11 octobre 1984, *Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse*, cons. 38, J.O.R.F. du 13 octobre 1984, p. 3200).

essentielle, particulièrement lorsqu'elle est mobilisée dans le rapport de décision. Mais les professeurs de droit ont encore fait œuvre créatrice en contribuant à l'extension des compétences du Conseil constitutionnel.

B. L'extension des compétences du Conseil constitutionnel : le réalisme de Georges Vedel dans la décision *Delmas*

564. La décision *Delmas* du 13 juin 1981 constitue certainement l'une des décisions ayant profondément marqué l'évolution de la jurisprudence du Conseil en matière électorale. Dans cette décision plusieurs requérants ont demandé au Conseil d'Etat d'annuler deux décrets de convocation des électeurs, les estimant en effet contraires au Code électoral. En vertu d'une jurisprudence constante[1309], le Conseil d'Etat, après s'être déclaré incompétent a, dans ses motifs, estimé qu'il n'appartenait qu'au Conseil constitutionnel, en vertu de l'article 59 de la Constitution[1310], d'apprécier la légalité des actes préliminaires aux opérations électorales[1311]. C'est ainsi que Monsieur Delmas saisit le Conseil constitutionnel aux fins d'annulation de ces décrets.

565. Georges Vedel, dans son rapport, débute par la question de la compétence du Conseil constitutionnel. Il commence par rappeler que la décision du Conseil d'Etat est juridiquement sans fondement puisque « *s'agissant de juridictions ou d'organes juridictionnels souverains, il est certain que seul chacun d'entre eux peut déterminer sa propre compétence* » ; puis il rappelle très précisément la jurisprudence du Conseil d'Etat en ce qui concerne les opérations préliminaires aux opérations électorales. L'article 59 de la Constitution dispose que le Conseil constitutionnel statue, en cas de contestation, sur la régularité de l'élection des députés et des sénateurs. Traditionnellement, rappelle le Doyen Vedel, le juge constitutionnel interprète cet article comme permettant de contester l'élection d'un parlementaire et les conclusions du juge ne peuvent alors porter que sur l'annulation des résultats, comme d'ailleurs le précise la loi

[1309] C.E., 14 juin 1963, *Sieur Bellot*, Rec. p. 369.

[1310] Article 59 de la Constitution du 4 octobre 1958 : « *Le Conseil constitutionnel statue, en cas de contestation, sur la régularité de l'élection des députés et des sénateurs* ».

[1311] C.E., 3 juin 1981, *Delmas et autres*, Rec. p. 244.

organique faisant application de l'article 59. Or, dans l'affaire rapportée par Vedel, c'est la phase préparatoire à l'élection qui est contestée et il n'existe aucune disposition constitutionnelle ou organique donnant une compétence positive en ce domaine au Conseil constitutionnel. Cependant, pour le professeur, « *une autre lecture du texte est possible* » ouvrant une « *possibilité d'interprétation* » de la Constitution, dans la mesure où l'expression contestation de l'élection contenue dans l'article 59 « *ne signifie pas nécessairement que la contestation doive toujours être postérieure à l'élection et que l'élection soit l'élection en particulier d'un député et non l'opération générale d'élection* ». Le droit ayant horreur du vide, la situation d'une absence de juge semble donc contraindre Georges Vedel à proposer au Conseil une solution conduisant à une interprétation extensive des compétences accordées au juge constitutionnel. Les besoins de la vie publique révèlent au professeur de droit la nécessité de prendre une décision qui soit susceptible d'avoir une « *portée pratique* » : « *C'est l'attente des citoyens qui pensent – on ne saurait que les en féliciter – habiter un Etat de droit, dans un pays où de telles contestations doivent nécessairement pouvoir être tranchées par un organe indépendant et statuant en temps utile* ». Il propose, pour ces raisons, d'admettre la recevabilité du recours. La discussion qui s'engage au terme du rapport de Vedel partage les membres du Conseil. Mais Vedel, soutenu par Achille Peretti et Louis Gros, soutient la nécessité pour le juge constitutionnel de se déclarer compétent pour combler le vide laissé dans le contrôle des opérations préparatoires. En fait, certains membres du Conseil sont hostiles à reconnaître la compétence du juge constitutionnel en l'absence de texte clair. Le Doyen Vedel va les convaincre en rappelant qu'il est arrivé parfois au Conseil, « *pour accomplir sa mission* », d'aller « *au-delà de ce que prévoient précisément les textes* ». Ce réalisme de Vedel consiste « *à prendre ses responsabilités dans les cas où le silence d'un texte suivi du silence du Conseil aboutirait à créer une lacune du droit* ». Cet argument ralliera en faveur de son projet une majorité et la compétence du Conseil sera votée par cinq voix contre trois.

566. La participation des professeurs de droit à l'œuvre jurisprudentielle s'est traduite par une influence décisive sur la construction de décisions fondatrices de la jurisprudence constitutionnelle. Leurs positions avant leur entrée au Conseil constitutionnel ont d'ailleurs pu influencer directement l'évolution de la jurisprudence constitutionnelle en l'incitant à étendre, au-delà de ce que semblait impliquer le texte constitutionnel, les exigences constitutionnelles. Cependant, par-delà ces apports des professeurs de droit que l'on peut qualifier de ponctuels,

l'un de ces professeurs a influencé la jurisprudence constitutionnelle de manière systémique. Georges Vedel a en effet contribué d'une façon toute particulière à l'enracinement définitif du contrôle de constitutionnalité en France, sa participation à l'œuvre jurisprudentielle se révélant être d'une autre nature.

Section 2. L'apport systémique du professeur de droit : la part de Georges Vedel à l'œuvre jurisprudentielle

567. En 1989, lorsque Jacques Robert entre au Conseil constitutionnel en remplacement de Georges Vedel, il rapporte les paroles dont ce dernier lui aurait fait part : « *Vous verrez. Vous n'avez maintenant plus rien à faire. Nous avons déjà tout fait !* »[1312]. L'humour dont il faut créditer ce mot de Georges Vedel illustre assez justement la réalité de l'apport de Georges Vedel à l'œuvre jurisprudentielle. Comme l'exprime Dominique Rousseau, « *sa connaissance des affaires, sa virtuosité argumentative, son pragmatisme, sa facilité à rédiger, parfois en cours de séance, le considérant permettant d'emporter l'adhésion de l'ensemble de ses collègues, en ont fait plus qu'un simple membre du Conseil : le bâtisseur de la juridiction et de la jurisprudence constitutionnelle* »[1313]. La nomination au Conseil constitutionnel place le membre de la doctrine dans une position nouvelle, marquant le passage du commentaire des décisions à celui de la création de ces mêmes décisions[1314]. Cependant, le professeur de droit ne devient jamais un juge ordinaire ; en tout cas, le juge, lorsqu'il est professeur, ne se départit pas entièrement de ses réflexes d'universitaire. Pour ceux, en effet, qui sont habités d'un esprit de système et dont les constructions doctrinales marquent la pensée juridique, la tentation est grande de voir se réaliser dans la jurisprudence les constructions élaborées au cours d'une carrière universitaire. Certaines décisions du Conseil sont en effet le prolongement ou l'application pure et simple de systèmes élaborés par Georges Vedel avant sa prise de fonction. Ce lien entre construction doctrinale et élaboration de la décision renseigne utilement sur la singularité du profil des professeurs de droit membres du Conseil (§ 1).

[1312] J. Robert, *Le juge constitutionnel, juge des libertés*. Préparation au C.R.F.P.A., Montchrestien, Paris, 1999, 147 p., spéc. 135.

[1313] D. Rousseau, « L'insoutenable autonomie constitutionnelle du Doyen Vedel ou Georges Vedel contradicteur de Georges Vedel », *R.D.P.*, 2003, n° 1, pp. 41-52, spéc. p. 43.

[1314] G. Vedel, « Doctrine et jurisprudence constitutionnelles », précité.

568. L'influence de Georges Vedel dépasse alors le cadre de la qualité technique du raisonnement ou de l'ampleur de sa maîtrise de nombreuses branches du droit. Son apport à l'œuvre jurisprudentielle résulte d'un raisonnement qui est systémique. L'apport de Georges Vedel est, de ce point de vue, unique et considérable, car le professeur de droit a contribué à construire une part des grandes orientations de la jurisprudence constitutionnelle, à partir de principes juridiques et d'une vision du contrôle de constitutionnalité qui lui sont propres. En ce sens, il démontre une aptitude à traiter en profondeur les questions de droit soumises au Conseil mais en les ramenant toujours aux principes qui les sous-tendent[1315]. La pensée juridique contemporaine « *sépare le raisonnement sur le droit du raisonnement sur la justice, le raisonnement sur le droit du raisonnement sur la société* »[1316]. Au contraire, au Conseil constitutionnel, au cours d'une période charnière et donc propice aux grandes constructions, Georges Vedel a su définir une pratique jurisprudentielle, replaçant sans cesse la jurisprudence dans son environnement politique et social. Il offre au juge constitutionnel une vision et une méthode en définissant les garanties de la préservation de la jurisprudence constitutionnelle (§ 2).

§ 1. La concrétisation de la pensée de Georges Vedel dans les décisions du Conseil

569. Georges Vedel est un membre de la doctrine du droit administratif considérant le travail doctrinal comme la recherche d'une unité de l'ordre juridique par l'établissement de « *grandes synthèses* »[1317]. Le travail de systématisation a contribué à la construction du droit administratif en France[1318] et c'est en s'inscrivant dans cette méthode que Georges Vedel a construit la théorie des bases constitutionnelles du droit administratif. En ce sens, la systématisation constitue la forme d'un discours doctrinal entendu comme la réalisation d'un

[1315] O. Beaud, « Découvrir un grand juriste : le "premier" René Capitant », *Droits*, n° 35, 2002, pp. 163-193, spéc. pp. 173-174.

[1316] L. Fontaine, *Qu'est-ce qu'un "grand" juriste. Essai sur les juristes et la pensée juridique moderne*, Lextenso, Paris, 2012, 194 p., spéc. p. 95.

[1317] J. Rivero, « Apologie pour les "faiseurs de systèmes" », précité.

[1318] T. Fortsakis, *Conceptualisme et empirisme en droit administratif français*, L.G.D.J., coll. « Bibliothèque de droit public », Paris, 1987, 542 p.

discours dogmatique « *qui remplit toute fonction non descriptive du droit (évaluation, propositions de lege ferenda, justifications, systématisations, etc.), et qui d'une certaine manière s'intègre au droit lui-même, comme représentation idéologique* »[1319].

570. Depuis le 23 janvier 1987, la controverse portant sur les bases constitutionnelles du droit administratif entre Georges Vedel et Charles Eisenmann est devenue « *obsolète* ». La raison, Georges Vedel l'exprime : « *trente ans après, nous n'aurions même pas l'occasion de nous disputer ; nous aurions simplement à nous reporter à la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Il est bien évident que le droit administratif a des bases qui sont la Constitution et les principes dégagés par la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Un point c'est tout* »[1320]. C'est dans les conditions de la fin de cette controverse que réside l'intérêt du débat. Le système développé par Vedel à partir de 1954 s'est vu confirmé dans le droit positif. Fidèlement à la théorie de Vedel, l'indépendance de la juridiction administrative ainsi que sa compétence pour connaître des actes pris en vertu de prérogatives de puissance publique ont été rattachés aux principes fondamentaux reconnus par les lois de la République (P.F.R.L.R.) par les décisions du 22 juillet 1980 et des 22 et 23 janvier 1987. L'ironie réside dans la construction de ces décisions. Plus précisément leur unique auteur, si l'on s'en tient à la définition donnée jusqu'à présent de cette notion, n'est autre que Georges Vedel lui-même. Cette constatation n'enlève rien, bien sûr, à la logique et à la validité objective de cette jurisprudence. L'intention consciente ou inconsciente de l'auteur importe peu. Mais ce qui frappe en lisant les délibérations y afférant, c'est la diffusion du système construit en 1954 par le professeur de droit que l'on retrouve *in fine* dans les décisions elles-mêmes. Entré au Conseil constitutionnel quelques mois plus tôt, il s'est très clairement noué ici un lien décisif entre doctrine universitaire et pratique du droit (A). Un autre exemple démontre la continuité puis la concrétisation de la pensée du professeur de droit dans la jurisprudence constitutionnelle. Il s'agit la découverte, en 1984, du P.F.R.L.R. d'indépendance des professeurs d'université. Elle prolonge une réflexion amorcée par le professeur de droit à partir de 1960 et poursuivie dans le cadre de l'évolution des lois sur l'Université (B).

[1319] E. Millard, « Ce que "Doctrine" veut dire », in *La doctrine en droit administratif*, Litec, Paris, 2010, pp.3-12, spéc. p. 10).

[1320] G. Vedel, « La continuité constitutionnelle en France de 1789 à 1989 », *R.F.D.C.*, n° 1, 1990, pp. 5-15, spéc. p. 15.

A. Le système des bases constitutionnelles du droit administratif concrétisé dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel

571. Il est nécessaire de revenir sur le système pensé par Georges Vedel (1) pour comprendre comment il a été concrétisé dans le droit positif, la doctrine du professeur se trouvant désormais validée, à son initiative, par la jurisprudence constitutionnelle (2). Le professeur de droit participe ainsi à double titre à la fonction de création du droit (3).

1. Les fondements d'un système

572. Pour comprendre l'influence jouée par le Doyen Vedel sur le destin du système qu'il a imaginé, il est tout d'abord nécessaire de revenir sur son origine (a) puis sur les évolutions qu'il a subies, consécutives au passage de la IV^{ème} à la V^{ème} République ainsi qu'aux critiques formulées par Charles Eisenmann (b).

a. L'origine du système élaboré par GeorgesVedel

573. Au cours de la IV^{ème} République, dans un contexte où la Constitution est négligée dans son approche normative, Georges Vedel entreprend de reconstruire de façon cohérente la validité du système juridique en pensant avoir trouvé dans la Constitution la source de la définition de l'administration et du champ d'application du droit administratif. Il s'agit d'analyser la validité d'un système juridique au regard d'un critère particulier, celui de la puissance publique dont la source est constitutionnelle et qui s'inscrit dans une continuité historique depuis 1789. En 1954, Georges Vedel s'engage dans l'étude des fondements théoriques de la constitutionnalisation du droit. Dans un contexte doctrinal où le droit constitutionnel est décrié dans ses méthodes et ses fondements[1321], le professeur de droit élabore une théorie visant la découverte des bases constitutionnelles du droit administratif. Son objectif est double : subordonner le droit administratif au droit constitutionnel sur la base

[1321] Voir *supra* § 263 et s.

du critère de la puissance publique et, finalement, intégrer le droit administratif dans son ensemble dans un système hiérarchisé de normes au sommet duquel se trouve la Constitution. C'est donc une entreprise résolument positiviste et qu'il fonde sur un postulat qu'il veut objectif : « *Tout le monde tombera d'accord que la Constitution est la base nécessaire des règles dont l'ensemble compose le droit administratif. Cette affirmation n'a pas besoin d'être démontrée ; elle découle de la nature même de la Constitution, fondement de l'ordre juridique français et charte de l'organisation étatique* »[1322]. Vedel souhaite démontrer l'unité du droit public en trouvant les fondements du droit administratif dans le droit constitutionnel.

574. Pour lui, la source constitutionnelle du droit administratif provient des règles liées à l'action du pouvoir exécutif par des procédés de puissance publique. Dès lors, le critère unique de définition du droit administratif, permettant de le relier à la Constitution, est la puissance publique en tant qu'elle se conçoit comme « *le prolongement de l'idée de pouvoir exécutif* »[1323]. C'est donc à partir d'une « *idée unique* » que doit se définir pour Georges Vedel le champ d'application du droit administratif[1324]. Pour cela, il élabore une nouvelle critique de l'Ecole du service public[1325], suivant en cela une large partie de la doctrine de l'époque[1326]. Le service public[1327] ne peut constituer le critère du droit administratif pour deux raisons. D'une part, la multiplication de ses modes de gestion et l'inadéquation de l'utilisation du critère par rapport aux « *données réelles du droit positif* », rendent la notion

[1322] G. Vedel, « Les bases constitutionnelle du droit administratif », *E.D.C.E.*, 1954, pp. 21-53, spéc. p. 21. Ses travaux seront prolongés et feront l'objet de précisions supplémentaires dans ses cours de droit administratif (G. Vedel *Cours de droit administratif*, Les Cours de droit, Paris, 1962-1963, 841 p.) ainsi que dans les éditions successives de son manuel de droit administratif (G. Vedel, P. Delvolvé, *Droit administratif*, P.U.F., coll. « Thémis », Paris, 12ème éd., 1992, 716 p., spéc. pp. 26-76). Pour l'évolution la plus marquante de sa théorie, voir la préface à la 7ème édition de son manuel (G. Vedel, *Droit administratif*, P.U.F., coll. « Thémis », Paris, 7ème éd., 1980, 1087 p., spéc. p. 19). Voir aussi la contribution du professeur de droit aux mélanges Waline, G. Vedel, « Discontinuité du droit constitutionnel et continuité du droit administratif : le rôle du juge », in *Le juge et le droit public. Mélanges offerts à Marcel Waline*, L.G.D.J., Paris, 1974, pp. 777-793, spéc. pp. 203-213.

[1323] G. Vedel, « Les bases constitutionnelles du droit administratif », précité, pp. 45-48.

[1324] *Idem*, p. 46.

[1325] J. Chevallier, «La fin des écoles ? », *R.D.P.*, 1997, n° 3, pp. 679-700 ; F. Melleray, « Ecole de Bordeaux, école du service public et école Duguiste- Proposition de distinction », *R.D.P.*, 2001, n° 6, pp. 1887-1905.

[1326] F. Melleray, « Remarques sur l'école de Toulouse », in *Etudes en l'honneur du professeur Jean-Arnaud Mazères*, LexisNexis, Paris, 2009, pp. 533-553, spéc. p.550.

[1327] Sur la définition du service public, voir R. Latournerie, « Sur un Lazare juridique (bulletin de santé de la notion de service public : agonie ? convalescence ? ou jouvence ? », *E.D.C.E.*, 1960, pp. 61-159.

insaisissable[1328]. D'autre part, le service public ne peut être la pierre angulaire du droit administratif dans la mesure où la notion est essentiellement matérielle et donc dépourvue de bases constitutionnelles. Il détermine que « *la ligne de partage entre ce qui est constitutionnel et ce qui ne l'est pas, entre ce qui relève du droit administratif et du juge administratif et ce qui n'en relève pas est tracée, d'abord, selon un critère formel, par la distinction du pouvoir exécutif et des autres pouvoirs* »[1329]. L'administration se définit donc d'abord par référence au pouvoir exécutif. Elle s'exerce ensuite par des actes de puissance publique qui procèdent du pouvoir de commander. C'est ce pouvoir de commander qui trouve sa source dans la Constitution. En conséquence, l'administration n'est rien d'autre que l'exercice de la puissance publique par le pouvoir exécutif. Le droit administratif, lui, est le corps de règles spéciales applicables à l'activité du pouvoir exécutif en tant qu'il dispose de la puissance publique pour agir. L'administration et le droit administratif ne peuvent se définir de façon autonome. C'est en partant de la Constitution que leur définition peut en être donnée. Elle comporte deux éléments : la notion de pouvoir exécutif et son « *corollaire indispensable* », celle de puissance publique[1330]. Pour le professeur de droit, « *il n'y a administration au sens précis du mot, il n'y a empire du droit administratif et compétence du juge administratif qu'autant qu'on est en présence d'une activité se rattachant, organiquement et formellement, à l'exercice du pouvoir exécutif. Le mode d'action naturel du pouvoir exécutif comporte l'emploi de la puissance publique, c'est-à-dire la détention de compétences caractérisées à la fois par leur caractère exorbitant et par leur caractère conditionné* »[1331]. Georges Vedel a donc entrepris d'assimiler la définition de l'administration et du champ d'application du droit administratif en donnant un rôle central à la notion de puissance publique. La construction menée vise alors à établir une cohérence entre ses présupposés, et l'expérience du droit positif. C'est ainsi qu'il se fonde, pour vérifier son propos, sur la répartition des compétences entre le juge administratif et l'autorité judiciaire dans la mesure où « *il existe une coïncidence, non absolue mais très large entre la compétence du juge administratif et l'application du*

[1328] Pour Georges Vedel, « *la vérité est que, longtemps, les données jurisprudentielles qui contredisaient le caractère unique et fondamental du critère du service public furent expliqués comme des "exceptions". Le refus presque instinctif de tenir compte de phénomènes regardés comme aberrants par rapport aux théories dominantes est un trait qui se rencontre dans toutes les disciplines scientifiques* […] *Mais il vient finalement un moment où, à force de se multiplier, les prétendues exceptions ne confirment plus la règle, mais la démentent* » (G. Vedel, « Les bases constitutionnelles du droit administratif », précité, p. 24).

[1329] *Idem,* p. 33.

[1330] *Idem,* pp. 41-45.

[1331] *Idem,* p. 48.

droit administratif »[1332]. En effet, il évoque que la séparation établie par les textes révolutionnaires entre les autorités législative, administrative et judiciaire « *est construite historiquement sur l'idée de séparation des pouvoirs* », qui, en France, a été établie au profit du pouvoir exécutif et de ses agents. Pour Vedel : « *Telle est notre tradition historique, toute roide et toute carrée* »[1333]. L'administration est alors une activité de l'exécutif s'exerçant sous un régime de puissance publique lequel constituerait le critère de la compétence de la juridiction administrative.

575. Voilà quels étaient les postulats de Georges Vedel en 1954. Cependant, la construction doctrinale des bases constitutionnelles allait au moins s'affiner, sinon évoluer, avec l'adoption de la Constitution du 4 octobre 1958 et les critiques de Charles Eisenmann.

b. L'évolution et les critiques du système élaboré par Georges Vedel

576. Au fil des éditions successives de son manuel de droit administratif, la théorie de Georges Vedel s'affine, notamment pour prendre en compte les données constitutionnelles et jurisprudentielles nouvelles.

577. Dans les premières éditions de son manuel de droit administratif[1334], Vedel augmente la théorie des bases constitutionnelles de données nouvelles. Elles sont issues du nouveau partage de compétence entre la loi et le règlement résultant de la Constitution du 4 octobre 1958. Georges Vedel avait ainsi cru trouver dans l'article 37 de la Constitution la source d'un pouvoir normatif initial, puisque toutes les matières non expressément réservées au législateur appartenaient au pouvoir règlementaire. De ce constat, relativisé par la jurisprudence du Conseil d'Etat[1335], il en déduisait néanmoins que la définition de l'activité administrative ne se résumait plus à une tâche d'exécution des lois dans la mesure où une partie du domaine

[1332] *Idem*, p. 49.

[1333] *Idem*, p. 31.

[1334] Voir particulièrement la première et la deuxième édition de son manuel de droit administratif (G. Vedel, *Droit administratif*, P.U.F., coll. « Thémis », Paris, 1ère éd., 1958, 268 p. ; G. Vedel, *Droit administratif*, P.U.F., coll. « Thémis », Paris, 2ème éd., 1961, 712 p.).

[1335] C.E., Ass., 26 juin 1959, *Syndicat général des ingénieurs-conseils*, Rec. p. 364.

règlementaire était interdit au législateur. Par conséquent, il pouvait déduire de ce nouvel agencement normatif que l'activité administrative était l'activité de droit commun, les autres n'étant que des activités d'attribution. De là, découle une formulation ramassée de la définition du droit administratif : « *le droit administratif est le droit commun de la puissance publique* »[1336]. Cependant, en 1972, Charles Eisenmann publie une critique assez radicale de la « *théorie des bases constitutionnelles du droit administratif* »[1337] qui aboutira à un réexamen de conscience de la part de Georges Vedel[1338]. La critique, sur laquelle il n'est pas nécessaire d'être exhaustif[1339], porte tout à la fois sur le fond et sur la méthode. Eisenmann lui conteste l'idée même du fondement constitutionnel de l'administration et du droit administratif en ce qu'il serait matériellement faux et méthodologiquement une création de l'esprit. En effet, la notion de pouvoir exécutif agissant par des procédés de puissance publique ne se trouve pas énoncée formellement dans la Constitution, Vedel aurait donc émis « *un postulat arbitraire* »[1340]. D'autre part, Charles Eisenmann conteste la définition donnée par Vedel de l'activité administrative sur la base de l'unique critère de la puissance publique. Enfin, il critique la portée que Vedel avait cru pouvoir donner à l'article 37 de la Constitution, qui aurait créé une « *présomption d'administrativité* » applicable à l'ensemble des opérations du pouvoir exécutif.

578. Pour autant, Vedel ne renonce pas à sa construction. Il répond, en 1980, dans la préface de la 7ème édition de son *Manuel de droit administratif* et peu de temps après son entrée au Conseil constitutionnel, aux critiques énoncées par Charles Eisenmann[1341]. Sur

[1336] G. Vedel, *Droit administratif*, 2ème éd., précité, p. 44.

[1337] Ch. Eisenmann, « La théorie des "bases constitutionnelles du droit administratif" », *R.D.P.*, 1972, pp. 1345-1442. Deux critiques d'ensemble, celles de René Chapus et de Paul Amselek, étaient déjà parues en 1968 (R. Chapus, « Le service public et la puissance publique », *R.D.P.*, 1968, n° 2, pp. 236-282 ; P. Amselek, « Le service public et la puissance publique. Réflexions autour d'une étude récente », *A.J.D.A.*, 1968, pp. 492-514). Sur leur controverse, voir particulièrement N. Chifflot, *Le droit administratif de Charles Eisenmann*, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », Paris, 2009, 450 p., spéc. pp. 86-90 ; E. Breen, « Le Doyen Vedel et Charles Eisenmann : une controverse sur les fondements du droit administratif », *R.F.D.A.*, 2002, n° 2, pp. 232-243.

[1338] G. Vedel, « Préface », in G. Vedel, P. Delvolvé, *Droit administratif*, 7ème éd., précité, pp. 19-38.

[1339] Pour une étude exhaustive de la controverse, voir N. Chifflot, *Le droit administratif de Charles Eisenmann*, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », précité, pp. 86-90.

[1340] Ch. Eisenmann, « La théorie des "bases constitutionnelles du droit administratif" », précité, p. 1422.

[1341] « *Je ne fus pas très prompt à répondre* […]. *Si j'ai attendu aussi longtemps, c'est que, précisément, il s'agissait d'une réponse et non d'une riposte et que l'examen de conscience juridique auquel Eisenmann me conviait demandait réflexion* » (G. Vedel, « Les bases constitutionnelles du droit administratif », in P. Amselek, (dir.), La pensée de Charles Eisenmann, pp. 133-145, spéc. p. 133).

l'existence des bases constitutionnelles, Georges Vedel persiste à démontrer que « *les structures conceptuelles du droit constitutionnel français* […] *ont joué un rôle fondamental dans la construction de notre droit administratif. C'est comme un corollaire de la séparation des pouvoirs au sens pleinement constitutionnaliste du terme qu'a été proclamé le principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires* […]. *Si le principe proclamé en 1790 n'est pas consacré en forme constitutionnelle* […], *il a toujours opéré dans les cadres conceptuels hérités de la Constituante* »[1342]. Tout l'intérêt de la construction de Georges Vedel repose notamment sur l'idée que si la stabilité du droit administratif a toujours fait face à l'instabilité des régimes politiques, c'est essentiellement parce que les bases constitutionnelles du droit administratif, issues de l'œuvre des Assemblées constituantes de 1789, 1791 et du Consulat, ont toujours été maintenues dans le cadre de la conception française de la séparation des pouvoirs[1343]. Dès lors, « *la notion de pouvoir exécutif doté de prérogatives de puissance publique est au cœur de l'histoire du critère de compétence et de celle du régime administratif* »[1344]. C'est sur la dernière critique de Charles Eisenmann que Georges Vedel accepte de revoir son postulat, reconnaissant qu'il s'agissait « *d'une extrapolation illégitime* »[1345]. Prenant acte des critiques du « *pan-administrativisme* », au terme duquel, au regard de la répartition opérée par les articles 34 et 37 de la Constitution de 1958, toute activité étatique relève du régime administratif si elle n'en est pas exclue par une disposition spéciale[1346], il en vient finalement à une nouvelle définition de l'administration considérée comme « *l'ensemble des activités du Gouvernement et des autorités décentralisées étrangères à la conduite des relations internes et aux rapports entre les pouvoirs publics et s'exerçant sous un régime de puissance publique* »[1347]. Georges Vedel parviendra finalement à concrétiser dans le droit positif ce système des bases constitutionnelles du droit administratif.

2. La concrétisation d'une doctrine dans le droit positif

[1342] G. Vedel, « Préface », in G. Vedel, P. Delvolvé, *Droit administratif*, 7ème éd., précité, pp. 26-27.

[1343] G. Vedel, « Discontinuité du droit constitutionnel et continuité du droit administratif : le rôle du juge », in *Le juge et le droit public. Mélanges offerts à Marcel Waline*, L.G.D.J., Paris, 1974, pp. 777-793, spéc. pp. 203-213.

[1344] G. Vedel, « Préface », in G. Vedel, P. Delvolvé, *Droit administratif*, 7ème éd., précité, p. 27.

[1345] *Idem*, p. 32. Pour une explication détaillée, se reporter aux pages 32 à 36.

[1346] Ch. Eisenmann, « La théorie des "bases constitutionnelles du droit administratif" », précité, pp. 1389- 1408.

[1347] G. Vedel, « Préface », in G. Vedel, P. Delvolvé, *Droit administratif*, 7ème éd., précité, p. 38.

579. De ce système pensé par Georges Vedel consistant dans la recherche d'un critère unique de définition du droit administratif découlant de la norme constitutionnelle, il manquait sûrement l'essentiel : une concrétisation formelle trouvant sa source dans la Constitution. Charles Eisenmann avançait notamment que : « *Lorsqu'il enseigne que c'est la Constitution qui donne – c'est-à-dire qui impose – à l'administrativiste la notion d'administration et avec elle celle du droit administratif sur lesquelles il devra fonder son "système", Georges Vedel n'entend assurément pas dire que cet administrativiste trouverait les définitions de ces notions inscrites et formulées dans le texte constitutionnel* […]. *Ce que l'auteur entend dire, c'est que cette double définition se laisse inférer de telles ou telles dispositions constitutionnelles, qui les impliqueraient nécessairement, d'où le raisonnement pourrait les déduire* »[1348]. Au Conseil constitutionnel, Vedel opèrera un rattachement *a posteriori* des bases constitutionnelles du droit administratif à la Constitution. Les délibérations démontrent de façon évidente la filiation entre ses idées et les solutions dégagées dans une moindre mesure en 1980 puis surtout en 1987, solutions qui, malgré les justifications apportées par Georges Vedel après son passage au Conseil, n'avaient rien d'évident. Une part essentielle de la constitutionnalisation du droit administratif se réalise en deux temps, par l'intermédiaire de deux décisions du Conseil. La première, du 22 juillet 1980[1349], consacre uniquement la valeur constitutionnelle de l'indépendance de la juridiction administrative. La seconde, du 23 juillet 1987[1350], reconnaît l'existence constitutionnelle du critère de compétence de la juridiction administrative en partant du champ d'application du droit administratif. A travers ces deux décisions affleure l'influence de Georges Vedel. La décision de 1980 ne permet cependant pas de conclure à une identité parfaite avec le système des bases constitutionnelles. Celle de 1987, en revanche, porte bien la marque d'une influence doctrinale. Pierre Esplugas avait déjà émis l'hypothèse dans sa thèse de doctorat relative au Conseil constitutionnel et au service public[1351], sans avoir le moyen de la vérifier autrement

[1348] Ch. Eisenmann, « La théorie des "bases constitutionnelles du droit administratif" », précité, p. 1350.

[1349] Décision n° 80-119 DC du 22 juillet 1980, *Loi portant validation d'actes administratifs*, J.O.R.F. du 24 juillet 1980, page 1868.

[1350] Décision n° 86-224 DC du 23 janvier 1987, *Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence*, J.O.R.F. du 25 janvier 1987, p. 924.

[1351] P. Esplugas, *Conseil constitutionnel et service public*, L.G.D.J., coll. « Bibliothèque de droit public », Paris, 1996, 321 p., spéc. pp. 100-104 ; voir aussi P. Esplugas, « Les professeurs de droit au Conseil constitutionnel. L'exemple de Georges Vedel », in *Les Facultés de Droit inspiratrices du droit ?*, Presses de l'Université des

qu'en recoupant écrits doctrinaux et motifs de la décision. Ce premier faisceau d'indices est déjà capital, mais la lecture des archives en est un autre qui permet de le confirmer, Georges Vedel ayant rapporté sur les deux décisions évoquées. Le professeur de droit a en effet très clairement contribué à donner un fondement constitutionnel à l'indépendance de la justice administrative et à faire de la puissance publique le critère constitutionnel de compétence du juge administratif (a) en s'inscrivant dans une véritable démarche doctrinale (b).

a. La reconnaissance du fondement constitutionnel du droit administratif

580. Georges Vedel fut chargé de rédiger, en 1980, un rapport sur une loi portant validation d'actes administratifs[1352]. Dans cette affaire, les requérants faisaient valoir notamment que la validation législative constituait une intervention du législateur dans le fonctionnement de la justice contraire au principe constitutionnel de séparation des pouvoirs[1353]. Le Conseil y répond dans un considérant de principe, aux termes duquel « *il résulte des dispositions de l'article 64 de la Constitution en ce qui concerne l'autorité judiciaire et des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République en ce qui concerne, depuis la loi du 24 mai 1872, la juridiction administrative, que l'indépendance des juridictions est garantie ainsi que le caractère spécifique de leurs fonctions sur lesquelles ne peuvent empiéter ni le législateur ni le Gouvernement ; qu'ainsi, il n'appartient ni au législateur ni au Gouvernement de censurer les décisions des juridictions, d'adresser à celles-ci des injonctions et de se substituer à elles dans le jugement des litiges relevant de leur compétence* »[1354]. L'exposé mené par le Doyen Vedel concernant la reconnaissance de la valeur constitutionnelle de l'indépendance de la juridiction administrative ne permet pas de démontrer de lien manifeste avec le système des bases constitutionnelles du droit administratif. Si Georges Vedel fut bien l'auteur de cette décision, cette dernière traduit nettement moins que celle de 1987 l'effort de concrétisation des bases constitutionnelles du

Sciences Sociales de Toulouse, Toulouse, 2007, 234 p, pp. 217-225, spéc. pp. 222-225 ; voir aussi L. Favoreu « Le juge administratif a-t-il un statut constitutionnel ? », in *Etudes offertes à Jean-Marie Auby*, Dalloz, Paris, 1992, pp. 111-128.

[1352] Séance du 22 juillet 1980, *Loi portant validation d'actes administratifs*, A.N. n° 20040168/9.

[1353] Pour une analyse approfondie de la décision, voir P. Gaïa, R. Ghevothian, F. Mélin-Soucramanien, E. Oliva, A. Roux, *Les Grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, Paris, 2013, 17ème éd., n° 7, pp. 73-85.

[1354] Décision n° 80-119 DC du 22 juillet 1980, *Loi portant validation d'actes administratifs*, précité, cons. 6.

droit administratif. En effet, elle ne vise qu'à reconnaître, au même titre que les juridictions de l'ordre judiciaire, le caractère constitutionnel de l'indépendance de la juridiction administrative. En aucun cas elle ne permet de déceler les bases constitutionnelles du droit administratif selon le critère dégagé par Vedel à partir de 1954.

581. Dans une note adressée au Conseil par le Gouvernement, un argument visait à ne pas reconnaître une application identique de la séparation des pouvoirs à la juridiction administrative et aux juridictions judiciaires. Vedel réfute cet argument. L'indépendance de la juridiction judiciaire résulte formellement d'une disposition identifiable, l'article 64 de la Constitution. Cependant, concernant la juridiction administrative, il rappelle qu'à partir de la loi du 24 mai 1872, le contentieux administratif bascule du système de la justice retenue à celui de la justice déléguée. Le Conseil d'Etat reçut dès lors le pouvoir de statuer au nom du peuple français en matière contentieuse et « *ce principe fut sans cesse renforcé par les garanties d'indépendance données aux juridictions administratives* ». Il affirme cependant que la loi de 1872 n'a pas valeur constitutionnelle « *par elle-même* ». En revanche, les effets de l'indépendance qui en résulte, « *réitérés et renforcés par de nombreux texte législatifs postérieurs* », permettent de compter le principe au nombre des P.F.R.L.R. Pour Vedel, affirmer le contraire serait « *psychologiquement, sociologiquement et politiquement* » faux et une telle proposition serait « *juridiquement inexacte* », d'autant plus que « *le rôle du juge administratif comme gardien des libertés publiques et des droits fondamentaux est aussi important que celui des tribunaux judiciaires* ». Ce qui importe ici pour Vedel, plus que la constitutionnalisation du droit administratif ou la dualité des juridictions (problématique d'ailleurs jamais évoquée dans le rapport ou la discussion), c'est la reconnaissance de l'indépendance des juridictions et celle de la fonction juridictionnelle. Il l'affirme d'ailleurs lorsqu'il précise que sa solution doit l'emporter de façon à ce que « *le législateur se voie interdire tout ce qui porterait atteinte à l'indépendance des juridictions* ».

582. La décision du 22 juillet 1980, dont Georges Vedel est bien la plume, ne permet pas de déceler un rapport direct avec la théorie doctrinale des bases constitutionnelles. Elle constitue cependant une première pierre à l'édifice construit par Georges Vedel. En revanche, celle du 23 janvier 1987 constitue le chaînon manquant à la théorie.

b. La concrétisation dans la décision du 23 janvier 1987

583. La décision du 23 janvier 1987[1355] a déjà fait l'objet de nombreuses études[1356]. Elle fut d'une portée considérable. En l'espèce, une loi du 20 décembre 1986, modifiant l'ordonnance créant le Conseil de la concurrence alors que le délai d'habilitation n'avait pas expiré et que le projet de loi de ratification n'avait pas été déposé, avait confié au juge judiciaire le pouvoir d'annuler les décisions du Conseil de la concurrence[1357]. La loi contestée par les députés l'était essentiellement au titre de la ratification implicite de l'ordonnance. Cependant, par l'intermédiaire de Georges Vedel, incontestable auteur de la décision, c'est le transfert de compétence qui fait l'objet de l'attention principale du Conseil. Le juge constitutionnel décide que bien que les « *dispositions des articles 10 et 13 de la loi des 16 et 24 août 1790 et du décret du 16 fructidor An III qui ont posé dans sa généralité le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires n'*[aient] *pas en elles-mêmes valeur constitutionnelle* […], *conformément à la conception française de la séparation des pouvoirs, figure au nombre des "principes fondamentaux reconnus par les lois de la République" celui selon lequel, à l'exception des matières réservées par nature à l'autorité judiciaire, relève en dernier ressort de la compétence de la juridiction administrative l'annulation ou la réformation des décisions prises, dans l'exercice des prérogatives de puissance publique, par les autorités exerçant le pouvoir exécutif, leurs agents, les collectivités territoriales de la République ou les organismes publics placés sous leur autorité ou leur contrôle* »[1358]. Après avoir affirmé l'indépendance et donc l'existence constitutionnelle de la juridiction constitutionnelle en 1980, le juge constitutionnel constitutionnalise un bloc de compétences

[1355] Décision n° 86-224 DC du 23 janvier 1987, *Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence*, J.O.R.F. du 25 janvier 1987, p. 924.

[1356] Parmi elles on retiendra principalement les notes de J. Chevallier, « Note sous Conseil constitutionnel, 23 janvier 1987. Décision n° 86-224 DC », *A.J.D.A.*, 1987, n° 5, pp. 345-350 ; Y. Gaudemet, « Note sous Conseil constitutionnel, 23 janvier 1987, Déc. 86.224 DC », *R.D.P.* 1987, n° 5, p. 1341-1356 ; L. Favoreu, « Le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires n'a pas valeur constitutionnelle », *R.F.D.A.* 1987, n° 2, pp. 301-304 ; B. Genevois, « Réforme du droit de la concurrence et respect des règles et principes à valeur constitutionnelle (à propos de la décision n° 86-224 DC du 23 janv. 1987 du Conseil constitutionnel), *R.F.D.A.*, 1987, n° 2, pp. 287-299 ; voir D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, précité, pp. 305-308 ; voir encore P. Gaïa, R. Ghevothian, F. Mélin-Soucramanien, E. Oliva, A. Roux, *Les Grandes décisions du Conseil constitutionnel*, précité, n° 6, pp. 57-72.

[1357] Pour une analyse précise des faits, voir B. Genevois, « Réforme du droit de la concurrence et respect des règles et principes à valeur constitutionnelle (à propos de la décision n° 86-224 DC du 23 janv. 1987 du Conseil constitutionnel) », précité.

[1358] Décision n° 86-224 DC du 23 janvier 1987, *Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence*, précité, cons. 15.

au profit de la juridiction administrative qui, conformément à la « *conception française de la séparation des pouvoirs* », est déterminée organiquement par « *les autorités exerçant le pouvoir exécutif* » et formellement par le critère de la puissance publique. Ce critère de compétence est rattaché, très habilement, à un principe fondamental reconnu par les lois de la République. Ces données jurisprudentielles ne suffisent pourtant pas à déceler pleinement l'influence de Vedel sur la décision. Pour cela, il faut se reporter aux délibérations et suivre le raisonnement mené par le rapporteur[1359].

584. Après avoir retracé l'historique de la loi déférée et de la procédure, le rapporteur soulève la question de la constitutionnalité du transfert à la juridiction judiciaire du contentieux des décisions du Conseil de la concurrence en insistant sur la difficulté de la question soulevée. Elle se résume à savoir si la compétence reconnue à la juridiction administrative est la conséquence d'un principe législatif que le législateur peut modifier à son gré ou, au contraire, d'un principe constitutionnel qui s'impose à lui. C'est, en substance, la même question qui animait Vedel en 1954. On pourrait ainsi fort bien reformuler la question en ces termes : la compétence du juge administratif a-t-elle une base constitutionnelle susceptible de s'imposer au législateur ? Partant, dans la conception vedélienne du droit administratif, c'est aussi le critère du droit administratif qu'il s'agit de définir. D'emblée, le juge Georges Vedel retrouve ses habits de professeur. La question soulevant une problématique « *fondamentale du droit public français* », il souhaite « *faire un exposé, non pas magistral – au sens qualitatif du terme – mais professoral* ».

585. Comme enseigné dans son *Manuel de droit administratif*[1360], Vedel débute son propos en partant des origines historiques de la séparation des autorités administratives et judiciaires. Il rappelle ainsi que le principe de la séparation des pouvoirs fut d'abord voulu pour répondre à « *l'irritation de voir les Parlements* […] *empiéter continuellement sur la sphère d'activité de l'administration royale* ». Les rapports entre le juge et le Gouvernement furent réglés par la loi des 16 et 24 août 1790 dont il donne lecture des articles 10 et 13 et par le décret

[1359] Séance du 23 janvier 1987, *Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence*, A.N. n° 20040168/13.

[1360] Dans son article publié en 1954, l'analyse historique reste sommaire, c'est dans les éditions successives de son manuel qu'elle s'affine (G. Vedel, *Droit administratif*, coll. « Thémis », Paris, 1958, tome I, 268 p., spéc. pp. 35-51).

d'application du 16 fructidor an III. Ils dépossédaient les tribunaux de la connaissance des litiges administratifs sans pour autant créer de juridiction compétente. La question se posait alors de savoir quel juge connaîtrait de ces litiges. Pour Vedel, « *la réponse fut donnée par le droit français qui inventa alors la jurisprudence administrative* », invention dont il retrace assez sommairement l'évolution jusqu'à la décision du Conseil constitutionnel du 22 juillet 1980, dont il fut le rapporteur. De cette évolution naîtra le droit administratif français, essentiellement prétorien, une part importante de ses compétences n'étant pas régie par les textes[1361]. Poursuivant son rapport, il s'interroge désormais - il s'agit d'une question rhétorique - sur la valeur de la loi de 1790.

586. Il évoque avoir reçu une note de Pierre Delvolvé défendant la valeur constitutionnelle de la loi d'août 1790 et du décret de l'an III en ce qu'ils seraient dérivés de la « *conception française de la séparation des pouvoirs* »[1362]. Pour Georges Vedel, il est nécessaire, comme il l'entreprend dans son manuel de droit administratif[1363], de s'en remettre à la pratique législative. Comme il l'a toujours exprimé[1364], il observe que « *le législateur républicain a toujours été réticent face à ce principe de séparation des autorités* » et il a toujours été dérogé au principe. C'est pourquoi au XIX^{ème} siècle, la juridiction administrative étant inféodée au pouvoir, le législateur lui avait confié le contentieux de la vente des biens du domaine privé de l'Etat. A l'inverse, il donne l'exemple de la législation ayant octroyé au juge judiciaire des contentieux qui auraient normalement dû relever du juge administratif comme, par exemple, les dommages causés en cas d'attroupement ou la loi de 1957 unifiant le contentieux des accidents de la circulation au profit du juge judiciaire[1365]. Pour démontrer le phénomène empirique que constitue l'application du principe de la séparation des autorités, le rapporteur remarque encore que la jurisprudence elle-même déroge au principe, notamment en matière

[1361] Assez étonnamment, Vedel fait l'éloge, en incise de son rapport, du droit administratif français et de sa dimension internationale. Il serait devenu une « *ratio scripta dans beaucoup de pays* », un modèle à suivre dont il cite les pays en ayant reçu l'héritage.

[1362] Malheureusement, de nombreuses notes, consultations ou rapports évoqués par les juges dans leur rapport n'ont pas été versés aux archives nationales ; seuls y figurent les procès-verbaux ainsi que, parfois, les rapports, lorsqu'ils ont été rédigés. C'est donc le cas de la note de Pierre Delvolvé, qui ne figurait pas dans le dossier correspondant à la séance du 23 janvier 1987.

[1363] G. Vedel, P. Delvolvé, *Droit administratif*, 7ème éd., précité, pp. 115-133.

[1364] *Idem*, p. 117.

[1365] Loi n° 57-1424 du 31 décembre 1957 attribuant compétence aux tribunaux judiciaires pour statuer sur les actions en responsabilité des dommages causés par tout véhicule et dirigés contre une personne de droit public, J.O.R.F. du 5 janvier 1958 p. 196.

de service public[1366]. En conséquence, il estime que le principe n'a pas, « *dans sa généralité* », valeur constitutionnelle[1367]. La loi de 1790 et le décret de l'an III ne figurent formellement dans aucun texte constitutionnel, ils ne peuvent pas non plus être rattachés à l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, d'autant que Georges Vedel remarque que « *ce sont les régimes de confusion des pouvoirs qui ont été le plus attachés à la règle de la séparation des autorités administratives et judiciaires* »[1368].

587. Cependant, et il s'agit là du cœur de la problématique, Georges Vedel retrouve dans l'histoire du principe de séparation des compétences, « *un noyau dur qui est de valeur constitutionnelle* ». Ce noyau dur, pour lui, « *demeure dans la conception française et il fait que le préfet ne commande pas au président du tribunal et que le président du tribunal ne commande pas au préfet* ». De plus, il argue que « *jamais il n'a été donné à la juridiction de l'ordre judiciaire le pouvoir d'annuler ou de réformer des décisions prises par l'autorité administrative dans l'exercice de prérogatives de puissance publique* ». En conséquence, il conclut à une solution consistant à reconnaître que « *si le principe de séparation des compétences, dans sa généralité, n'a pas valeur constitutionnelle, il résulte de la conception française et des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République que certaines décisions administratives relèvent de la compétence exclusive du juge administratif* ». Le projet de décision rédigé par Vedel sera finalement voté par huit voix contre une sans subir aucune modification et sans que la discussion ne porte à aucun moment sur la question de la constitutionnalisation du critère de compétence du juge administratif.

588. L'exposé du Doyen Vedel est relativement concis. Il n'en demeure pas moins qu'il correspond parfaitement à la concrétisation du système des bases constitutionnelles du droit administratif élaboré à partir de 1954, tout en prenant en compte les évolutions vécues dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative. En effet, c'est par référence à l'histoire

[1366] Il cite l'exemple des litiges mettant en cause des services publics qui relèvent du juge administratif sauf s'il s'agit de services publics industriels et commerciaux ou encore lorsque l'action du service public « *n'est susceptible de se rattacher à aucun fondement administratif* ».

[1367] Il estimait déjà en 1958 que « *ni l'histoire ni le droit comparé ne confirment que le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires soit lié au principe constitutionnel de séparation des pouvoirs* » (G. Vedel, *Droit administratif*, 1958, tome I, précité, p. 36).

[1368] « *En France, les régimes constitutionnels de confusion des pouvoirs (Convention, Empire) ont gardé jalousement la séparation des autorités administratives et judiciaires* » (Ibidem).

de la séparation des pouvoirs que Vedel écarte à nouveau le critère du service public pour définir ce qu'il nomme le « *noyau dur* » de compétence du juge administratif. Fidèlement à sa théorie, « *la séparation établie par les textes révolutionnaires* […] *n'est pas davantage fondée sur l'idée de règles autonomes applicables aux services publics* […]. *Envisagée du point de vue de l'administration, elle n'est pas une garantie donnée aux gérants des services publics, mais aux administrateurs, c'est-à-dire au pouvoir exécutif et à ses agents* »[1369]. Finalement, ce qu'il souhaite démontrer dans son rapport, c'est qu'aucune loi n'a jamais dérogé au monopole du juge administratif concernant sa compétence en matière d'activité du pouvoir exécutif et de ses agents tant qu'ils usent de prérogatives de puissance publique. Le critère de compétence dégagé par le rapporteur se rattachant au « *pouvoir exécutif* »[1370] agissant au moyen de prérogatives de puissance publique était déjà la pierre angulaire de sa démonstration de l'existence des bases constitutionnelles du droit administratif, et la recherche d'une constance historique dans ce « *noyau dur* » un point d'ancrage. Comme il l'exprimait dans la préface de la 7ème édition de son manuel de droit administratif, « *la notion de pouvoir exécutif doté de prérogatives de puissance publique est au cœur de l'histoire du critère de compétence et de celle du régime administratif* »[1371].

589. Cependant, l'une des critiques de Charles Eisenmann consistait à s'opposer à ce qu'il considérait comme étant un postulat invérifiable : celui de l'existence de bases constitutionnelles. En effet, aucune source constitutionnelle formelle ne permettait de les identifier. En 1987, Georges Vedel va alors proposer que ces bases constitutionnelles soient rattachées à un principe fondamental reconnu par les lois de la République[1372]. Le bloc constitutionnel de compétences réservé au juge administratif et défini selon le critère dégagé

[1369] G. Vedel, « Les bases constitutionnelle du droit administratif », précité, p. 31.

[1370] « *Sur la bases des principes constitutionnels, confirmés par* […] *la règle de séparation des autorités administratives et judiciaires, l'administration se définit d'abord par référence au pouvoir exécutif* » (*Idem*, p. 39).

[1371] G. Vedel, « Préface », in G. Vedel, P. Delvolvé, *Droit administratif*, 7ème éd., précité, p. 27.

[1372] Ainsi qu'à la « *conception française de la séparation des pouvoirs* ». Cependant, Georges Vedel précisera après son passage au Conseil que la décision aurait pu faire l'économie de cette notion. Elle semble avoir fait l'objet d'interprétations lui conférant une valeur normative qu'elle n'a pas dans l'esprit de l'auteur de la décision. Le Conseil avait entretenu la confusion en laissant penser que cette « *conception* » était liée à la dualité juridictionnelle (or, d'autres pays n'ont pas de dualité juridictionnelle tout en respectant la séparation des pouvoirs). De plus cela pouvait faire penser qu'elle était le fondement à la compétence réservée à la juridiction administrative. En conséquence, Georges Vedel a précisé trois ans après sa décision que la réserve de compétence ne pouvait être justifiée que par les lois de la République (G. Vedel, « La loi des 16 et 24 août 1790 : Texte ? Prétexte ? Contexte ? », *R.F.D.A.*, 1990, n° 5, pp. 698-711, spéc. p. 705).

par le professeur de droit est enfin formellement rattaché à la norme constitutionnelle. Pourtant, Georges Vedel s'était montré circonspect à l'égard du principe fondamental reconnu par les lois de la République, qu'il trouvait « *énigmatique et sans grande portée juridique* »[1373].

590. Georges Vedel a pu commenter sa propre jurisprudence à plusieurs reprises[1374]. Il semble la confirmer comme ayant relevé de la plus pure logique objective. Dans la préface de la thèse de Pierre Esplugas, le professeur de droit explique que « *si le Conseil a, dans sa décision, fait écho à un article de doctrine vieux d'un bon tiers de siècle, c'est pour des raisons objectives et même, s'il est permis de se servir d'un terme agaçant, "incontournables". J'irai même jusqu'à dire que si l'article n'avait pas été écrit et si son auteur avait été absent du Conseil, la décision eût été la même* »[1375]. Cependant, qu'il soit permis d'en douter, la décision faisant véritablement l'objet d'une construction, systématisant dans et par la décision du Conseil les bases constitutionnelles du droit administratif. D'une part, Georges Vedel ne précise à aucun moment de son rapport sur quelles lois républicaines se fonde le principe[1376] et pour Yves Gaudemet, la jurisprudence du Conseil serait « *plus volontariste que déductive* »[1377]. De plus, comme le démontre Pierre Esplugas, il aurait tout à fait été possible pour le Conseil constitutionnel de fonder la compétence constitutionnellement garantie du juge administratif sur un autre critère selon la conception du droit administratif qui est adoptée[1378]. Donc, loin de constituer une œuvre neutre, cette décision dont Georges Vedel est assurément l'auteur, constitue bien une validation en droit positif du système des bases constitutionnelles du droit administratif. On pourrait d'ailleurs s'étonner de cette

[1373] G. Vedel, *Cours de droit constitutionnel et d'institutions politiques*, Les Cours de droit, Paris, 1960-1961, 1143 p., spéc. p. 315. Il n'en sera pas moins l'un des membres du Conseil constitutionnel ayant, dans ses rapports eu le plus recours à la notion voir séance du 22 juillet 1980, *Loi portant validation d'actes administratifs*, précité ; séance du 20 janvier 1984, *Loi relative à l'enseignement supérieur*, A.N. n° 20040168/11 ; séance du 23 janvier 1987, *Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence*, précité.

[1374] G. Vedel, «Préface », in P. Esplugas, *Conseil constitutionnel et service public*, précité. Voir aussi, G. Vedel, « Préface », in B. Stirn, *Les sources constitutionnelles du droit administratif : introduction au droit public*, précité, pp. V-VIII. Voir enfin, quoique de manière indirecte G. Vedel, « La loi des 16 et 24 août 1790 : Texte ? Prétexte ? Contexte ? », précité.

[1375] G. Vedel, «Préface », in P. Esplugas, *Conseil constitutionnel et service public*, précité.

[1376] Certains auteurs informés ont tenté de le faire (B. Genevois, « Un universitaire au Conseil constitutionnel : le Doyen Georges Vedel », précité, p. 292).

[1377] Y. Gaudemet, « Note sous Conseil constitutionnel, 23 janvier 1987, Déc. 86.224 DC », précité, p. 1352.

[1378] P. Esplugas, *Conseil constitutionnel et service public*, précité, pp. 110-111.

position si l'on s'en remet à une lecture stricte du rapport puis de la décision. En effet, Vedel ne semble avoir donné une consistance constitutionnelle qu'au critère de la compétence du juge administratif et non à celui de définition du droit administratif. Mais ce serait oublier que c'est précisément le critère de compétence du juge administratif qui permet à Georges Vedel de vérifier l'existence des bases constitutionnelles du droit administratif[1379]. La filiation directe avec sa théorie se trouve alors encore plus prégnante, car Georges Vedel liait critère de compétence et champ d'application du droit administratif[1380]. Dans une formulation très proche de celle de la décision du Conseil, le professeur de droit définissait, à partir de 1980, la notion d'administration comme « *l'ensemble des activités du Gouvernement et des autorités décentralisées étrangères à la conduite des relations internes et aux rapports entre les pouvoirs publics et s'exerçant sous un régime de puissance publique* »[1381]. C'est en partant de cette définition qu'il délimitait le champ de compétence du juge administratif selon « *quatre données* » : l'existence « *d'activités imputables à l'Etat ou à une collectivité publique* » ; « *ces activités ne doivent être ni de nature législative ni de nature juridictionnelle* » ; « *elles doivent être étrangères à la conduite des relations internationales et aux rapports entre pouvoirs publics* » ; enfin, « *elles doivent s'exercer sous un régime de puissance publique* »[1382]. De cette manière, en constitutionnalisant un « *noyau dur* » de compétences au profit du juge administratif fondé sur les décisions des « *autorités exerçant le pouvoir exécutif, leurs agents, les collectivités territoriales de la République ou les organismes publics placés sous leur autorité ou leur contrôle* » dans « *l'exercice de prérogatives de puissance publique* », c'est non seulement le contentieux administratif qui dispose de bases constitutionnelles mais, très sûrement, dans l'esprit de Georges Vedel, le droit administratif reposant sur un critère qu'il avait lui-même systématisé. C'est ainsi que « *l'arbre généalogique se lit en sens contraire du schéma déductif* »[1383].

591. Le professeur de droit a donc consacré au niveau du droit positif une solution qu'il avait dégagée auparavant comme auteur. Cette constatation doit être mise en perspective avec l'esprit de système de Georges Vedel et la méthode proprement doctrinale qu'il s'emploie à

[1379] G. Vedel, « Les bases constitutionnelle du droit administratif », précité.

[1380] « *Il existe une coïncidence, non absolue mais très large entre la compétence du juge administratif et l'application du droit administratif* » (*Idem*, p. 49).

[1381] G. Vedel, P. Delvolvé, *Droit administratif*, 7ème éd., précité, p. 38.

[1382] *Idem*, p. 146.

[1383] G. Vedel, «Préface », in P. Esplugas, *Conseil constitutionnel et service public*, précité, p. VII.

défendre. Elle démontre que le professeur de droit, lorsqu'il est juge constitutionnel, peut participer doublement à la fonction de création du droit.

3. De la doctrine à la jurisprudence : la double participation de Georges Vedel à la création du droit

592. La pensée de Georges Vedel est une pensée de la « *synthèse constructive* »[1384]. L'élaboration des bases constitutionnelles du droit administratif s'inscrit, chez Georges Vedel, dans une démarche proprement doctrinale. La méthode employée permet de mieux comprendre les raisons pour lesquelles Vedel concrétise sa pensée dans le droit positif. Pour le professeur, le droit est une construction fondatrice engendrée par le dialogue entre la doctrine et la jurisprudence. Il se situe obligatoirement dans un rapport interne au système d'énonciation des normes[1385]. Par ses constructions, la doctrine participe à la création du droit, elle se veut « *délibérément entreprise de détermination du droit* »[1386]. Cependant, pour cela, encore faut-il « *rechercher si ces idées permettent une présentation cohérente et fidèle des données du droit positif* »[1387]. Toujours est-il que l'approche doctrinale de Georges Vedel ne peut se concevoir sans un minimum de systématisation, de construction. Il pouvait alors ajouter qu'« *il est chimérique d'espérer une parfaite concordance entre une construction doctrinale et la jurisprudence prise dans sa totalité* »[1388]. Vedel assume dès lors cette part de construction inhérente à l'effort de systématisation doctrinale. Ainsi qu'il l'exprime, « *à la différence des êtres mathématiques qui existent dès lors qu'ils peuvent être définis sans contradiction, les êtres juridiques ne sortent pas tout armés du cerveau de leur créateur. Mais le droit n'est pas davantage un calque de la réalité physique ou sociale ; tant par son*

[1384] E. Breen, « Le Doyen Vedel et Charles Eisenmann : une controverse sur les fondements du droit administratif », précité, p. 238.

[1385] E. Picard, « "Science du droit" ou "doctrine juridique" », in *L'unité du droit. Mélanges en hommage à Roland Drago*, précité, pp. 119-171, spéc. pp. 122-146. Pour Jaques Chevallier, « *il s'agit d'apporter une contribution, de toute première importance, au bon fonctionnement de l'ordre juridique, par un travail de mise en cohérence, d'élimination des dissonances, de résorption des contradictions. Ce faisant, la doctrine fait œuvre dogmatique et contribue à la production de la normativité juridique* » (J. Chevallier, « Doctrine juridique et science juridique », *Droit et société*, n° 50, 2002, pp. 103-120, spéc. p. 105). Voir encore E. Millard, « Ce que "Doctrine" veut dire », in *La doctrine en droit administratif*, précité, pp.3-12.

[1386] *Idem*, p. 138.

[1387] G. Vedel, « Les bases constitutionnelle du droit administratif », précité, p. 48.

[1388] *Idem*, p.53.

caractère normatif que par ses finalités pratiques, il est très largement une construction »[1389]. Cependant, se situant à l'intérieur du système de production normative, son interlocuteur étant le juge dont il utilise et interprète le langage, l'effort de systématisation doctrinale doit prendre en compte l'évolution des données du droit positif. Si elle est prescriptive, la méthode de Georges Vedel est aussi empirique[1390]. En passant d'une posture doctrinale à celle du juge, il est, semble-t-il, parvenu à réaliser la synthèse des deux démarches : celle prescriptive de la doctrine assumant, à l'intérieur du système, de participer à la création du droit sans toutefois toujours parvenir à une parfaite harmonie avec le droit positif et celle du juge, inscrite dans les contraintes juridictionnelles, contraintes de temps et d'environnement appelant souplesse et réalisme. Pour Vedel, « *le juge doit résoudre au jour le jour des litiges portés à sa barre. Il dit le droit, mais il tient compte de contingences pratiques essentielles.* [...] *A l'inverse, la doctrine s'intéresse moins aux espèces qu'aux règles que leur solution permet de dégager. Entre les solutions jurisprudentielles, elle veut découvrir des liaisons aussi serrées que possible et recherche le principe d'explication le plus ample et le plus simple* »[1391]. Le professeur de droit, dans la décision de 1987, tout en concrétisant dans le droit positif une construction doctrinale, a su relier les deux raisons divergentes du juge et de la doctrine. En permettant au législateur d'aménager le « *noyau dur* » de compétences du juge administratif dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice[1392], il entreprend de prendre en considération les réalités propres du système juridique. D'une part, il était nécessaire pour Vedel de ne pas négliger « *un aspect trop souvent oublié dans les discussions doctrinales : que la justice est faite pour le justiciable et non l'inverse* »[1393]. D'autre part, les bases constitutionnelles, et l'unité du système normatif qu'elles recherchent, ne permettent pas au juge de céder à la tentation de « *l'impérialisme pan-constitutionnaliste* » qui consisterait à faire de la Constitution non seulement « *la base mais la source de l'ordonnancement*

[1389] G. Vedel, P. Delvolvé, *Droit administratif*, 7ème éd., précité, p. 28.

[1390] C'est d'ailleurs ce que démontre l'évolution de sa théorie des bases constitutionnelles entre 1954 et 1980.

[1391] *Ibidem*.

[1392] « *Considérant cependant que, dans la mise en œuvre de ce principe, lorsque l'application d'une législation ou d'une réglementation spécifique pourrait engendrer des contestations contentieuses diverses qui se répartiraient, selon les règles habituelles de compétence, entre la juridiction administrative et la juridiction judiciaire, il est loisible au législateur, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, d'unifier les règles de compétence juridictionnelle au sein de l'ordre juridictionnel principalement intéressé* » (1987, cons. 16).

[1393] Il fallait éviter « *que le justiciable se perde dans les subtilités souvent excessives de la distribution des compétences* » entre juge administratif et juge judiciaire (préface).

juridique »[1394]. Le Conseil s'est ainsi « *borné à dire ce qui n'était pas permis au législateur et n'a voulu en rien lui tenir la main dans l'usage de la très vaste liberté qui lui est laissée* »[1395].

593. Voilà quelle pourrait être la conclusion formulée par Georges Vedel en 1954 et parfaitement transposable en 1987. Devenu juge constitutionnel, Georges Vedel a réalisé l'effort propre à toute entreprise doctrinale et jurisprudentielle fidèle à sa conception de la formation du droit : « *Une doctrine qui se construirait sans souci de fidélité au droit positif jurisprudentiel perdrait toute réalité ; de même, une jurisprudence rebelle à un minimum de systématisation doctrinale perdrait toute intelligibilité* »[1396]. Le dialogue s'est donc réalisé entre doctrine et jurisprudence par l'intermédiaire de Georges Vedel tout autant professeur de droit que juge constitutionnel, démontrant que le juge lorsqu'il est professeur de droit est un juge à part. Un constat similaire peut d'ailleurs être opéré après la découverte par Georges Vedel du P.F.R.L.R. d'indépendance des professeurs d'université.

B. Le P.F.R.L.R. d'indépendance des professeurs d'université

594. Comme le Doyen Vedel le consacrera dans la décision du 20 janvier 1984[1397], l'indépendance des professeurs des universités est un principe républicain prenant sa source dans le cumul du mandat parlementaire avec l'exercice de la fonction de professeur d'université. Il importe, au regard des délibérations de comprendre l'argumentation menée par Georges Vedel dans son rapport (1), puis les motivations ayant influencé ce raisonnement (2).

[1394] G. Vedel, «Préface », in P. Esplugas, *Conseil constitutionnel et service public*, précité.

[1395] *Idem.*

[1396] G. Vedel, « Les bases constitutionnelle du droit administratif », précité, p. 53.

[1397] Décision n° 83-165 DC du 20 janvier 1984, *Loi relative à l'enseignement supérieur*, J.O.R.F. du 21 janvier 1984, p. 365.

1. Le raisonnement de Georges Vedel

595. Les 21 et 22 décembre 1983, le Conseil constitutionnel est saisi de requêtes de sénateurs et de députés afin qu'il veille à la conformité à la Constitution de la loi Savary relative à l'enseignement supérieur. Assez logiquement, Daniel Mayer a chargé Georges Vedel de rédiger le rapport sur la décision[1398]. La loi instituait notamment un système de choix et de représentation au sein de certains conseils centraux des universités menaçant l'indépendance des professeurs. Le nouveau système envisageait un conseil d'administration composé de 40 à 45 % d'enseignants-chercheurs au sein duquel la représentation des professeurs devait être égale à celle des autres enseignants. Le conseil des études et de la vie universitaire supposait lui aussi un collège électoral unique, quand les élections des représentants au conseil scientifique se faisaient sur la base de collèges électoraux séparés. C'était donc l'article 39 de la loi, instituant ce collège électoral unique, qui était particulièrement contesté.

596. Les sénateurs faisaient valoir que la composition et le mode d'élection ainsi envisagés par la loi étaient contraires à la liberté de l'enseignement, à l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et à l'égalité devant le suffrage. Les députés, eux, faisait valoir la contrariété au « *principe fondamental que toute représentation élective réserve le droit de suffrage aux seules personnes ou catégories qu'il s'agit de représenter* ». Dans son rapport, le professeur de droit exprime son accord avec les requérants pour une censure de certaines dispositions de la loi Savary mais, précise-t-il, « *une censure fondée sur des motifs différents de ceux invoqués par les parlementaires auteurs de la saisine* ». Il est nécessaire pour lui de traiter la constitutionnalité de la loi de manière pragmatique. La liberté d'enseignement n'est pas en cause dans la loi et, d'après Vedel, « *on peut discuter de la constitutionnalité de la loi nouvelle sans avoir besoin de se référer à ce principe et surtout sans avoir besoin de le définir, ce qui pourrait susciter des commentaires de la doctrine gênants pour les possibles décisions futures du Conseil* ». Pas question donc pour le professeur d'envisager dans la décision une définition constitutionnelle de la liberté de l'enseignement du fait des tensions politiques et universitaires entourant le contrôle de la loi Savary. Pour le professeur de droit, ce qui importe ce sont les garanties d'indépendance

[1398] Séance du 20 janvier 1984, *Loi relative à l'enseignement supérieur,* A.N. n° 20040168/11.

individuelle des personnels qui ont valeur constitutionnelle et qui ne peuvent être réduites que dans « *la mesure nécessaire au fonctionnement du service public* ». Or, il remarque que la loi exige la libre expression et l'indépendance « *de ceux qui font fonctionner le service public de l'enseignement supérieur* ». Seulement, l'exécution même du service est conditionnée par ces principes de liberté et d'indépendance. Dès lors, le statut individuel des enseignants-chercheurs doit y être conforme et les règles d'organisation du service public ne doivent pas y porter atteinte. Il précise que « *les principes applicables à l'ensemble des enseignants-chercheurs sont donc la liberté et l'indépendance* », cette exigence constitutionnelle ne concernant que « *l'indépendance personnelle* ». Georges Vedel évoque l'existence d'un principe général d'indépendance applicable à l'ensemble des enseignants-chercheurs auquel leur statut ne doit pas porter atteinte et dégagé à partir des dispositions de la loi. Du fait de la nature des fonctions exercées, l'intérêt du service exige la garantie de la liberté et de l'indépendance des personnels. C'est exactement ce que consacrera la décision du 20 janvier 1984 : « *Considérant dès lors que, par leur nature même, les fonctions d'enseignement et de recherche non seulement permettent mais demandent, dans l'intérêt même du service, que la libre expression et l'indépendance des personnels soient garanties par les dispositions qui leur sont applicables* »[1399].

597. Cependant, Georges Vedel réserve le cas des professeurs. En effet, selon une tradition républicaine, la compatibilité du mandat parlementaire avec l'exercice des fonctions de professeur d'université, sans cesse renouvelée depuis une loi du 15 mars 1849[1400], apparaît comme la preuve de l'indépendance totale du professeur « *qui peut en conséquence assumer à la fois ses cours et son mandat parlementaire sans subir pour l'une et l'autre de ses fonctions de pressions* ». C'est en se fondant sur les lois électorales accordant aux professeurs ce privilège de cumul que Georges Vedel construit son raisonnement. Ce principe ne figure, en lui-même, dans aucun texte écrit. Toutefois, avec beaucoup de conviction, Vedel estime que la « *compatibilité est surgie d'un magma de textes et d'exceptions et a subsisté seule au profit*

[1399] Décision n° 83-165 DC du 20 janvier 1984, *Loi relative à l'enseignement supérieur*, précité, cons. 19.

[1400] Une loi organique du 30 novembre 1875 portant sur l'élection des députés exclura du nouveau régime d'incompatibilité les « *professeurs titulaires de chaires qui sont données au concours ou sur la présentation des corps où la vacance s'est produite* » puis sera étendue aux sénateurs en 1887. La tradition née au cours de la Seconde République trouvera sous la IV^{ème} République une continuité dans une loi du 6 janvier 1950 qui reprendra l'exception bénéficiant aux professeurs titulaires figurant dans la loi de 1875. L'ordonnance du 24 octobre 1958 portant loi organique relative aux conditions d'éligibilité et aux incompatibilités parlementaires, aujourd'hui codifiée à l'article L.O. 142 du Code électoral, consacrera alors le principe pour la V^{ème} République.

des professeurs ; la compatibilité a été maintenue par toutes les Républiques ». De ce « *magma de textes* », il en déduit que l'indépendance des professeurs est un principe fondamental reconnu par les lois de la République.

598. Ces principes dégagés par le rapporteur sont appliqués concrètement à la loi Savary, et particulièrement à son article 39 portant sur le collège unique. Pour cela il propose au Conseil de vérifier si la composition du conseil scientifique et du conseil des études et de la vie universitaire ne portent pas atteinte au principe d'indépendance des professeurs[1401]. Mais c'est en fait l'article 39 instituant un collège électoral unique au sein du conseil d'administration qui « *constitue le cœur du débat constitutionnel* ». Il rappelle d'abord qu'un quart seulement des universitaires sont des professeurs, ces derniers ne constituant plus « *l'ossature de l'université* » et, quelque peu nostalgique, il précise qu'autrefois, « *ils faisaient les cours et les maîtres-assistants faisaient les travaux dirigés. Mais les choses ont très vite évolué sous l'effet de la multiplication des universités et de l'augmentation du nombre des étudiants* ». Dès lors, au regard des règles entourant la représentation des différents corps au Conseil d'administration et à celles instituant un collège unique, le système mis en place par la loi aboutirait à ce que les représentants des professeurs soient en fait élus par les assistants et les maîtres-assistants. Pour Vedel, « *l'université sera administrée par un universitaire sur cinq, les professeurs auront un siège sur cinq* ». L'argument de fait est transformé par le professeur en argument de droit, en deux temps. Premièrement, comme il l'explique dans son rapport, si le professeur veut participer au fonctionnement des conseils d'université, il devra « *rechercher et s'assurer le soutien de gens qui n'ont pas ce statut et qui aspirent à ce statut* ». De plus, puisque la loi rappelle que les professeurs ont une responsabilité particulière dans la préparation des programmes, l'orientation ou la coordination des équipes pédagogiques, en recherchant les suffrages des autres enseignants-chercheurs, ils perdraient leur indépendance. Son argument est d'ailleurs heureusement réversible, puisqu'il précise que les maîtres-assistants et les assistants perdraient aussi leur indépendance à l'égard des professeurs si le collège unique était maintenu. Deuxièmement, la section disciplinaire de l'université devant être composée d'enseignants-chercheurs élus directement par les représentants élus des enseignants au Conseil d'administration, il n'y aurait en conséquence « *pas de liens sérieux et directs entre les professeurs et leurs juges* ». Pour toutes ces raisons,

[1401] Pour une analyse détaillée et contradictoire, voir L. Favoreu, L. Philip, *Les Grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, Paris, 1999, 10ème éd., n° 35, pp. 580-598.

il estime l'aménagement d'un collège unique contraire au principe d'indépendance qu'il s'est efforcé de dégager de la législation républicaine.

599. Après la lecture de son rapport et de son projet de décision, le Conseil est partagé, certains membres estimant que l'application du principe fondamental au collège unique relève de l'opportunité. Il apparaît encore nécessaire aux membres, convaincus néanmoins par l'exposé du professeur, de ne pas laisser transparaître dans la décision un quelconque esprit de corps. Ainsi, Legatte et Ségalat demandent à ce que le rôle spécifique des professeurs soit mieux précisé dans la décision pour que tout le monde comprenne les raisons de la protection de leur indépendance. Cependant, Georges Vedel ne le souhaite pas, conscient que la précision des missions confiées aux professeurs pourrait être interprétée comme un retour à une conception hiérarchique des rôles entre les différents corps que la loi s'était efforcée d'amoindrir. Daniel Mayer insiste aussi sur la nécessité pour le Conseil de démontrer que si l'indépendance des professeurs est menacée, celle des autres enseignants l'est tout autant pour ne « *pas donner l'impression que la loi est faite par les professeurs pour les professeurs* ». Le projet de Georges Vedel est alors adopté à l'unanimité et les considérants de principe de la décision portent la marque du raisonnement décrit du Doyen Vedel. La décision du 20 janvier 1984 le démontre : « *Considérant que les dispositions critiquées ne touchent pas à la liberté de l'enseignement mais sont relatives à l'organisation d'un service public et aux droits et obligations des enseignants et chercheurs chargés de l'exécution de ce service et associés à sa gestion et, comme tels, relevant d'un statut différent de celui des personnes privées* ». Dès lors, « *par leur nature même, les fonctions d'enseignement et de recherche non seulement permettent mais demandent, dans l'intérêt même du service, que la libre expression et l'indépendance des personnels soient garanties par les dispositions qui leur sont applicables* ». Elle ajoute : « *Considérant qu'en ce qui concerne les professeurs, auxquels l'article 55 de la loi confie des responsabilités particulières, la garantie de l'indépendance résulte en outre d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République, et notamment par les dispositions relatives à la réglementation des incompatibilités entre le mandat parlementaire et les fonctions publiques* ». Donc, du fait de la disproportion numérique existant entre le corps des professeurs et celui des autres corps d'enseignants-chercheurs, le collège unique menace l'indépendance des professeurs « *à divers points de vue par le système ainsi institué* ». Georges Vedel précise ainsi que « *le libre exercice des responsabilités particulières qui leur sont attribuées par l'article 55, avant-dernier alinéa, en*

ce qui concerne la préparation des programmes, l'orientation des étudiants et la coordination des équipes pédagogiques et par leur participation obligatoire aux décisions individuelles concernant la carrière des autres enseignants-chercheurs prévue à l'article 56 (alinéa 2) serait altéré par l'existence d'un collège électoral unique ». Cette indépendance « *serait d'autant plus atteinte du fait qu'au sein de la juridiction disciplinaire prévue par l'article 29 de la loi, les professeurs devant composer la formation chargée de juger les professeurs seraient désignés par l'ensemble des représentants des enseignants-chercheurs eux-mêmes élus par l'ensemble des enseignants-chercheurs toutes catégories confondues, sans que, parmi leurs juges, les professeurs puissent compter des représentants émanant de leur propre vote* ». Finalement, comme le propose Georges Vedel, « *l'indépendance des professeurs comme celle des enseignants-chercheurs ayant une autre qualité suppose, pour chacun de ces deux ensembles, une représentation propre et authentique dans les conseils de la communauté universitaire* ».

600. Le professeur de droit a donc permis de consacrer un principe d'indépendance conçu comme une liberté de l'homme et du citoyen. Ce faisant, il intègre dans le statut des universitaires le droit des libertés publiques de façon à s'opposer à la logique du droit de la fonction publique dans lequel l'intérêt du service peut justifier des limitations[1402]. Il faut désormais s'interroger sur les ressorts véritables et l'origine de l'influence de Georges Vedel sur la décision de 1984.

2. Les motivations de Georges Vedel

601. La décision de 1984 a fait l'objet de nombreux commentaires[1403] et a été accompagnée de nombreuses critiques, accusant Georges Vedel de corporatisme[1404] ou encore de succomber « *à ce péché mignon de jouer une partition pour sa propre satisfaction* »[1405]. Pourtant, à la

[1402] J. Boulouis**, «** Note sous décision n° 83-165 DC, 20 janvier 1984 », précité, p. 165. Voir aussi O. Beaud, *Les libertés universitaires à l'abandon ?*, précité, p. 125.

[1403] Parmi eux, on peut citer J. Boulouis**, «** Note sous décision n° 83-165 DC, 20 janvier 1984 », précité ; M. de Villiers, *R. Adm.*, 1984, pp. 261-264 ; F. Luchaire, *D.*, Juris., 1984, pp. 593-600.

[1404] V.-A. Werner, « Le Conseil constitutionnel et l'appropriation du pouvoir constituant », *Pouvoirs*, n° 67, 1993, pp. 117-136, spéc. p. 127.

[1405] M. Kajman, « La longue vue du Doyen Georges Vedel », *Le Monde* du 21 février 1989.

lecture des délibérations, si l'influence de Georges Vedel est bien réelle, faisant du professeur l'auteur de cette jurisprudence, elle ne trahit en aucun cas une prise de position corporatiste. En revanche, elle s'inscrit dans une continuité au regard de positions prises sur l'indépendance des professeurs dès 1960 et semble pouvoir se justifier par l'analyse du contexte entourant la décision et ce d'autant plus que le professeur de droit avait auparavant manifesté son scepticisme vis-à-vis de cette notion qu'il trouvait « *énigmatique et sans grande portée juridique* »[1406].

602. Comme l'a déjà relevé Olivier Beaud, il existe « *une continuité frappante entre son article de 1960 sur les libertés universitaires et la décision de 1984* »[1407]. Dans cet article, Georges Vedel y écrivait en effet que « *la liberté universitaire est consacrée par une tradition constitutionnelle qu'un professeur de droit ne révèle jamais sans fierté à son auditoire. Sagement les Présidents de la République qui se sont succédés depuis 1875 ont interdit le cumul du mandat parlementaire et de la fonction publique* […]. *Mais tout ceci ne vaut pas pour le professeur d'université : lui et lui seul a le droit de cumuler le mandat parlementaire et la fonction publique active* […]. *Est-il façon plus claire de dire que son indépendance est au-dessus de tout soupçon comme de toute atteinte ?* »[1408]. Il distinguait encore les garanties d'indépendance de l'Université elle-même et celles relatives aux membres du corps. Ainsi, pour Georges Vedel, « *en ce qui concerne le service lui-même, c'est la règle de l'autonomie des facultés et des universités, établissements publics dotés de la personnalité morale et administrés par leurs membres ou leurs élus* […]. *En ce qui regarde les membres de l'enseignement supérieur, les règles juridiques ne sont pas moins importantes* ». Cette liberté et cette indépendance, découlant du statut des universitaires, sont à la fois une liberté du service et une garantie pour les enseignants. Quant à leur régime juridique, le Doyen Vedel précisait en 1960 que « *chaque fois que l'on annonce qu'un statut du corps enseignant est mis en chantier, l'on peut voir les professeurs, leurs représentants et leurs syndicats examiner minutieusement le projet pour s'assurer qu'il ne restreint pas les garanties juridiques de l'Université et des universitaires. Pourtant l'indépendance du corps universitaire, l'auto-gestion de l'Enseignement supérieur reposent bien autant sur la tradition et sur des mœurs*

[1406] G. Vedel, *Cours de droit constitutionnel et d'institutions politiques*, Les Cours de droit, Paris, 1960-1961, 1143 p., spéc. p. 315.

[1407] O. Beaud, *Les libertés universitaires à l'abandon ?*, précité, p. 128.

[1408] G. Vedel, « Les libertés universitaires », *Revue de l'enseignement supérieur*, précité, p. 134.

que sur des textes »[1409]. La continuité des opinions est claire et semble se retrouver dans la décision de 1984. Mais ses positions ne suffisent pas à expliquer les ressorts du raisonnement suivi par Georges Vedel.

603. La loi Savary intervient dans une époque encore marquée par la loi de 1968 sur l'enseignement supérieur qui avait consacré la pleine indépendance des enseignants et des chercheurs dans leurs activités, rappelant de vieilles traditions universitaires louées par le Doyen Vedel. Dès l'introduction de son rapport, il rappelle à quel point la loi a fait l'objet de larges débats, notamment dans le monde universitaire, les difficultés résultant essentiellement de la place que devaient occuper les différents corps enseignants dans l'Université. Elle maintenait les grands principes de la loi du 12 novembre 1968[1410] et avait pour objectifs de regrouper universités et grandes écoles dans un même texte et de favoriser une plus grande ouverture de ces établissements sur le monde extérieur. Dans la mesure où le législateur entendait faire une place à de nouveaux acteurs dans la vie et la gestion des universités, il était nécessaire, dans ce contexte, de dégager les bases constitutionnelles du principe d'indépendance des professeurs[1411]. De plus, l'idée du collège électoral unique provenait de la volonté de la gauche de supprimer la dualité hiérarchique entre les professeurs et les maîtres-assistants et assistants, pour la remplacer par un corps unique. Cependant, la fronde qui s'en suivit aboutit à un compromis : celui d'un collège électoral regroupant professeurs et autres enseignants[1412]. La loi doit son inspiration au conseiller du ministre de l'Education nationale, Georges Dupuis, professeur de droit public. C'est lui qui est chargé de la défendre devant le Conseil constitutionnel. Ses positions sont diamétralement opposées à celles de Vedel sur le fond. En instruisant le dossier qui lui avait été confié, Georges Vedel a alors entamé une controverse qui l'a opposé à Georges Dupuis. Il en fait d'ailleurs part dans son rapport en évoquant sa rencontre avec ce dernier qui avait été chargé de rédiger la note du Gouvernement répondant aux arguments des saisines[1413]. Ce climat permet de mieux comprendre les

[1409] *Idem*, pp. 137-138.

[1410] Loi n°68-978 du 12 novembre 1968 d'orientation de l'enseignement supérieur.

[1411] Y. Gaudemet, « Les bases constitutionnelles du droit universitaire », précité, p. 688.

[1412] J. Morange, « Les libertés du professeur des facultés de droit », précité, p. 66.

[1413] Plus tard, il fera mention de cette controverse sans en révéler le contenu exact, dans la préface des mélanges dédiés à Georges Dupuis : « *J'appartenais en ce temps-là à la communauté de ces "sages" dont le surnom lui paraissait alors quelque peu usurpé. Bien que je ne fusse que l'un des neuf juges frappés de malédiction, il me tint personnellement coupable de notre décision. Ce fut l'occasion d'une franche explication qui ne permit ni*

circonstances entourant la décision et les dispositions dans lesquelles Georges Vedel, fort de ses positions sur l'indépendance des universitaires, a appréhendé la rédaction de son rapport.

604. Mais le contexte renvoie aussi à la situation des universités et notamment à leur politisation depuis 1968. A la suite de François Luchaire en 1984[1414], Olivier Beaud a démontré dans son ouvrage consacré aux libertés universitaires que le « *ressort caché* » de la décision de 1984 résidait très sûrement dans lutte contre la menace syndicale[1415]. Celle-ci était en effet dénoncée par les sénateurs dans leur saisine et rappelée dans la décision[1416]. Pour Olivier Beaud, « *ce qui était dénoncé, c'était moins le mélange entre deux corps hiérarchisés du personnel enseignant,* [...] *que ce qu'il représentait : la menace syndicale découlant de ce que les maîtres de conférences étaient plus syndicalisés, c'est-à-dire pour être clair, plus "politisés"* »[1417]. C'est cette menace, se concrétisant dans le collège unique institué par la loi, qui aurait conduit Georges Vedel à interpréter le droit positif pour découvrir un nouveau principe fondamental reconnu par les lois de la République d'indépendance des professeurs.

605. Quelque temps après la décision du 20 janvier 1984, dans un article publié dans les mélanges en l'honneur du professeur Raynaud, Vedel a considérablement critiqué les bouleversements qu'avait, à son avis, subis l'Université depuis mai 1968, la politisation progressive de ses composantes allant directement à l'encontre de l'indépendance des universitaires. L'agrégation est conçue par Georges Vedel comme une garantie supplémentaire. A partir de là, « *la carrière d'un professeur ne dépendait plus que de lui-même et de ses pairs. La titularisation dans une chaire après la trentaine d'âge et les trois ou quatre ans d'enseignement était l'affaire de la Faculté intéressée et l'avancement, qui n'avait que des incidences pécuniaires, celle du Comité consultatif. La majorité des membres du Comité consultatif était élue dans un scrutin où ne jouait aucune présentation syndicale ou corporative* »[1418]. Avant 1968, le modèle de l'Université napoléonienne résidait dans une

---

à l'un ni à l'autre de convaincre son vis-à-vis » (G. Vedel, « Préface », in *Droit public. Etudes en l'honneur de Georges Dupuis*, L.G.D.J., Paris, 338 p., spéc. p. XIII).

[1414] F. Luchaire, *D.*, Juris., 1984, pp. 593-600.

[1415] O. Beaud, *Les libertés universitaires à l'abandon ?*, précité, pp. 126-131.

[1416] Décision n° 83-165 DC du 20 janvier 1984, *Loi relative à l'enseignement supérieur*, précité, cons. 12.

[1417] O. Beaud, *Les libertés universitaires à l'abandon ?*, précité, p. 127.

[1418] G. Vedel, « Défense et illustration de l'Université napoléonienne », précité, p. 795.

protection de l'indépendance des professeurs. L'organisation des études, le recrutement et l'administration des carrières étaient libres et l'enseignement supérieur était sous un régime d'autogestion quasi complet[1419]. Pour Georges Vedel, il faut ainsi que « *l'Université soit vivable pour des hommes libres* ». L'accès au corps résidait particulièrement sur l'assurance que « *dans une chaire, leur liberté de recherche et d'enseignement ne connaîtrait aucune entrave et qu'ils ne seraient jamais jugés sur leurs opinions, leur parti, leur syndicat. Cette lignée n'est pas encore découragée. Mais elle risque de s'éteindre si le redressement n'est pas prompt* »[1420]. Il estimait finalement que « *la politisation et la syndicalisation universitaires, ignorées de la vieille université, sont le péril mortel qui menace l'université nouvelle* »[1421]. Cette inquiétude, prenant source dans le constat ainsi opéré par Georges Vedel, se retrouve dans la délibération. Lors de la discussion, Marcilhacy ne parvient pas à se faire une opinion sur le projet de Georges Vedel. Pour cela, il demande au rapporteur de lui donner un exemple concret montrant en quoi le collège unique pourrait porter atteinte à l'indépendance des professeurs. Vedel lui répond : « *Le fait de ne pas appartenir au syndicat majoritaire chez les maîtres-assistants et les assistants* », démontrant, bien que l'argument n'apparaisse qu'au stade de la discussion, que la menace syndicale a bien occupé l'esprit du Doyen Vedel pour concevoir une décision dont il fut véritablement l'auteur et le rédacteur.

606. Georges Vedel a effectivement transcrit dans le droit positif une pensée élaborée avant sa nomination au Conseil constitutionnel, se trouvant au plus près de l'effort doctrinal de participation à la construction du droit. Plus largement, son influence sur la pratique jurisprudentielle du Conseil constitutionnel à partir de 1980 fut considérable.

§ 2. La systématisation d'une pratique jurisprudentielle par Georges Vedel

607. Georges Vedel a profondément marqué la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Le contexte politique joue une part importante de cette influence, les conditions de l'acclimatation définitive de la jurisprudence constitutionnelle étant réunies à partir des

[1419] *Idem*, p. 799.

[1420] *Idem*, pp. 802-803.

[1421] *Idem*, p. 802.

années quatre-vingt pour garantir l'acceptation de la jurisprudence constitutionnelle. Mais surtout, la conception de Georges Vedel de la justice constitutionnelle a été envisagée « *dans le souci de ménager le législateur* »[1422]. La décision du 15 janvier 1975[1423] s'y était déjà employée mais sans véritablement qu'une technique venant borner l'interprétation du juge ne fût inscrite dans les motifs de la décision. La philosophie de l'autolimitation était en germe mais elle ne s'était pas en encore déployée en termes techniques. Tout l'effort de Georges Vedel à partir de 1981 va résider dans la standardisation d'une technique de contrôle importée du Conseil d'Etat. Elle se justifie par la recherche d'une préservation du pouvoir discrétionnaire du législateur sans toutefois altérer le contrôle de constitutionnalité, l'étendue du contrôle du Conseil constitutionnel constituant chez Georges Vedel le « *débat essentiel qui commande le reste* »[1424]. De sa formation d'administrativiste, le professeur de droit importe des techniques issues du Conseil d'Etat. Par sa formation constitutionnelle, lui qui appartient à une génération de juristes attachée au respect de la souveraineté parlementaire, il souhaite préserver le Conseil constitutionnel de l'accusation d'usurpation. En systématisant l'intensité du contrôle (A), il trouve une solution à ce qu'il avait nommé en 1949, « *le problème général du contrôle de la constitutionnalité des lois* » (B).

A. La systématisation de l'intensité du contrôle exercé par le juge constitutionnel sur le législateur

608. Visionnaire, Georges Vedel pouvait écrire en 1960 : « *Le Conseil constitutionnel connaîtra nécessairement la difficulté, classique dans le contentieux administratif et inhérente à la nature des choses, qu'il y a à distinguer dans certaines espèces le point de vue de la régularité juridique et celui de l'opportunité* »[1425]. Au Conseil constitutionnel, le professeur de droit élabore des méthodes permettant au juge constitutionnel de ne jamais empiéter sur la compétence du législateur. Georges Vedel entreprend d'enraciner une pratique

[1422] B. Genevois, « Un universitaire au Conseil constitutionnel : le Doyen Georges Vedel », précité, p. 222.

[1423] Décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975, *Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse*, précité, cons. 1.

[1424] Séance du 12 décembre 1981, *Loi de nationalisation*, précité.

[1425] G. Vedel, *Cours de droit constitutionnel et d'institutions politiques*, Les Cours de droit, Paris, 1959-1960, 1200 p., spéc. p. 1139.

jurisprudentielle au terme de laquelle le « *juge chargé d'apprécier la constitutionnalité de la loi* » ne puisse jamais se faire législateur « *chargé d'en apprécier l'opportunité* »[1426].

609. Georges Vedel contribue à influencer la pratique jurisprudentielle dans le sens du respect des prérogatives du législateur. Il est ainsi nécessaire pour le professeur de droit de préserver la marge d'appréciation des parlementaires, qui, « *en tant que tels, peuvent s'inquiéter de savoir quelle marge d'initiative le Conseil constitutionnel leur laissera* »[1427]. Il entreprend ainsi de systématiser l'intensité du contrôle exercé sur le législateur, dans le sens d'une légitimation de l'œuvre jurisprudentielle du Conseil Constitutionnel (1). Dans le même temps, il assure l'acclimatation d'une technique contentieuse déjà éprouvée dans le cadre du contentieux administratif par le Conseil d'Etat, destinée à réaliser un équilibre entre l'efficacité du contrôle et sa maîtrise. Il importe au Conseil constitutionnel la technique de l'erreur manifeste d'appréciation, destinée à être « *une arme que les membres actuels du Conseil laissent à la disposition de leurs successeurs* »[1428] (2).

1. L'enracinement de la définition des limites à l'étendue du contrôle du juge constitutionnel

610. Si l'effectivité d'une « *autolimitation des compétences* » ou des « *méthodes de jugement* » existait déjà au Conseil constitutionnel[1429] avant la nomination de Georges Vedel, il va la codifier de manière à en faire une pratique jurisprudentielle.

611. En 1981, l'occasion est donnée à Georges Vedel d'entreprendre cette systématisation de l'intensité du contrôle opéré par le juge constitutionnel sur le législateur. Georges Vedel est conscient de la nécessité pour le Conseil constitutionnel de ne pas se substituer au législateur et de préserver en toutes circonstances l'autonomie du raisonnement juridique sur l'opportunité politique. Ainsi, dans le rapport rendu à propos de la loi « *Sécurité et liberté* »,

[1426] G. Vedel, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, précité, p. 125.

[1427] Séance du 29 juillet 1986, *Loi portant réforme du régime juridique de la presse*, A.N. n° 20040168/12.

[1428] Séance du 29 décembre 1983, *Loi de finances pour 1984*, précité.

[1429] B. Mathieu, J.- P. Machelon, F. Mélin-Soucramanien, D. Rousseau, X. Philippe, *Les Grandes délibérations du Conseil constitutionnel. 1958-1986*, précité, pp. 152-159.

Vedel exprime un impératif qu'il veut presque catégorique : « *Nous ne devons pas avoir d'illusion. Quelle que soit notre décision, elle sera condamnée selon les critères et le langage de la politique. Naturellement, ceci ne saurait altérer notre objectivité ; ceci peut même la renforcer dans la mesure où nous savons non seulement que nous ne voulons faire plaisir à personne mais encore que nous ne pouvons faire plaisir à tout le monde* »[1430]. Le rapport de Georges Vedel sur cette décision est riche d'enseignements. Il précise en effet en introduction les difficultés d'ordre juridique sous-tendues par la loi « *sécurité et liberté* » auxquelles s'ajoutent celles d'ordre politique concernant des choix « *philosophiques* ». Pour le professeur de droit, ce n'est pas au Conseil constitutionnel d'arbitrer le « *combat politique* », il faudra faire le partage entre « *les conceptions d'ordre sociologique, technique et philosophique* […] *et les principes et les règles dont nous sommes les gardiens* ». En effet, les normes constitutionnelles dont l'atteinte est critiquée ont, pour Georges Vedel, un profil « *parfois incertain* ». S'ajoute à cela une difficulté d'identification et de détermination du contenu de certaines normes constitutionnelles dont le Conseil se doit d'assurer le respect. C'est le cas notamment de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen[1431] ou de l'individualisation des peines. Partant de ce constat, le professeur de droit propose une décision équilibrée, purgée des passions du moment et garantissant un contrôle efficace posant des règles claires en matière de droit pénal, sans toutefois jamais arbitrer une politique pénale. A plusieurs reprises, le Doyen Vedel rappelle cet impératif[1432]. Par son intermédiaire, le Conseil constitutionnel va donc poser les jalons de décisions qui conditionneront la pratique jurisprudentielle du juge constitutionnel. C'est pourquoi, par exemple, il s'exprime pour la conformité de l'ensemble des dispositions portant sur les dispositions de droit pénal relatives aux atteintes à la sécurité des personnes et des biens[1433]. Georges Vedel refuse cependant

[1430] Séance des 19 et 20 janvier 1981, *Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes*, A.N. n° 20040168/10.

[1431] Article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen : « *La Loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une Loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée* ».

[1432] « *Il va de soi que le rôle du Conseil constitutionnel n'est pas de prendre parti sur des questions d'ailleurs controversées de politique pénale* […]. Il lui appartient seulement de dire si elles sont ou non conformes à la Constitution » (*Ibidem*).

[1433] « *Si la législation française a fait une place importante à l'individualisation des peines, elle ne lui a jamais conféré le caractère d'un principe unique et absolu prévalant de façon nécessaire et dans tous les cas sur les autres fondements de la répression pénale ; qu'ainsi, à supposer même que le principe de l'individualisation des peines puisse, dans ces limites, être regardé comme l'un des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, il ne saurait mettre obstacle à ce que le législateur, tout en laissant au juge ou aux autorités chargées de déterminer les modalités d'exécution des peines un large pouvoir d'appréciation, fixe des règles assurant une répression effective des infractions* » (Décision n° 80-127 DC du 20 janvier 1981, Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes, cons. 16, J.O.R.F. du 22 janvier 1981, p. 308).

l'argument des parlementaires consistant à reconnaître une valeur constitutionnelle au principe d'individualisation des peines qui découlerait d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République. Ces propos ne laissent pas de place au doute quant à la volonté du professeur de droit d'asseoir une pratique jurisprudentielle d'autolimitation et de refus d'une interprétation trop souple des principes et des règles constitutionnelles dont le contenu manque de clarté. Les griefs tirés de la méconnaissance de principes trop généraux « *réels ou prétendus* » conduisent à demander au Conseil d'arbitrer une politique pénale. Or, pour Vedel, « *il faut* […] *dire de façon claire que nous entendons exercer notre fonction de la manière la plus rigoureuse et la plus complète, mais que nous nous refusons à nous substituer au législateur dans tous les domaines où, sous les couleurs de principes constitutionnels, les opposants à une telle loi entendent en réalité hausser au rang de règle de droit positif* […] *leurs théories et leurs sentiments* ». L'interprétation de la Constitution se doit d'être toujours fidèle au texte constitutionnel et la décision du juge ne peut en aucun trahir un choix d'opportunité.

612. Ainsi, sur le principe de la proportionnalité des délits et des peines : « *Il est clair que le principe de proportionnalité des délits et des peines est très peu juridique, une autorité statuant en droit ne peut rien en tirer, sinon dans les cas très marginaux. Formulé comme une directive de caractère moral ou philosophique, il n'a pas de consistance pour qu'on en tire une règle de droit au sens propre du mot, c'est-à-dire comme une prescription de faire ou de ne pas faire un acte déterminé* ». Par conséquent, pour Vedel, le Conseil ne peut pas le mettre en œuvre et ceci non par refus de l'appliquer mais parce que son contenu est trop vague. Aussi, estime-t-il, « *pas plus que nous ne saurions dans le Préambule tirer des moyens de contrôle de formules telles que "la Nation assure à l'individu et à la famille les conditions de leur développement". Pas plus que du "droit à la paix" inscrit dans certains projets ambitieux de nouvelles Déclarations des droits ne donnerait de prise à notre contrôle à l'égard d'une loi sur le service national. Il faut donc prendre la solution que vous avez déjà utilisée à propos de la loi sur l'interruption de grossesse en rappelant que les pouvoirs du Conseil constitutionnel sont différents de ceux du Parlement et que certaines appréciations sont réservées à celui-ci et notamment celle des degrés de proportionnalité* ». Ces développements sont les premiers qui, véritablement, explorent les ressorts de l'étendue des pouvoirs du juge constitutionnel. Plus exactement, ils révèlent une analyse systémique du fondement des pouvoirs d'un juge que le professeur définit selon une conception classique du

droit constitutionnel français héritée du début du XX^{ème} siècle. Elle fonde une réflexion que n'aurait probablement pas réalisée un non universitaire, particulièrement au stade du rapport de la décision.

613. Georges Vedel instaure une véritable réflexion de fond sur l'étendue du contrôle du Conseil, que la réforme des nationalisations va lui permettre d'approfondir. En effet, au cours de la séance du 12 décembre 1981[1434], le Président Roger Frey réunit le Conseil pour anticiper les travaux relatifs à la loi de nationalisation et laisse à Georges Vedel, à qui a été confié le rapport[1435], le soin de présenter à l'ensemble des membres les principales questions qui se poseront après le vote définitif de la loi. L'affaire est politiquement délicate et juridiquement complexe. Elle place le Conseil constitutionnel face à l'étendue de ses propres compétences particulièrement en ce qu'il juge au regard de textes dont la précision fait défaut. L'objectif de Georges Vedel est donc de proposer au Conseil - ce qu'il acceptera à la majorité - de poser un ensemble de règles stables en matière de nationalisation. Comme il l'exprime en effet dans son rapport, « *si notre Constitution est politiquement libérale, elle ne pose pas, ni en elle-même, ni par les textes que l'on y assimile pour leur reconnaître une valeur constitutionnelle, de principes de libéralisme économique. Le préambule de 1946 fait une part à la cogestion. Il convient plutôt de poser quelques lignes solides que de nombreux écriteaux* ». La principale préoccupation de Georges Vedel est que la décision du Conseil ne laisse pas de place au contrôle de l'opportunité : « *le Conseil constitutionnel ne dispose pour l'appréciation de la nécessité publique d'aucune référence juridique. Le problème des nationalisations oppose une philosophie dirigiste à une philosophie libérale. Ce n'est pas au Conseil d'arbitrer, cela reviendrait à arbitrer entre deux politiques. Il sortirait alors de son domaine et usurperait un rôle qui n'appartient qu'au législateur* »[1436]. Très rapidement au cours de la discussion portant sur le rapport de Georges Vedel, Achille Peretti demande que soit débattue par le Conseil l'opportunité de contrôler l'utilité publique invoquée par le législateur pour recourir

[1434] Séance du 12 décembre 1981, *Loi de nationalisation*, A.N. n° 20040168/10.

[1435] La problématique des nationalisations n'était pas ignorée de Georges Vedel qui avait déjà étudié le droit des nationalisations et des principes économiques et sociaux contenus dans le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 (G. Vedel, « La technique des nationalisations », *Droit social*, n° 9, 1946, pp. 49-58 ; J. Rivero, G. Vedel, *Les problèmes économiques et sociaux et la Constitution du 27 octobre 1946*, précité ; J. Rivero, G. Vedel, « Les principes économiques et sociaux de la Constitution : le préambule », précité).

[1436] Séance du 16 janvier 1982, *Loi de nationalisation*, A.N. n° 20040168/10. Il importe de préciser que les séances, pour cette décision, s'étendent du 12 décembre 1981 au 15 janvier 1982 mais sont répertoriées aux archives nationales à la date de la publication de la décision du Conseil constitutionnel, le 16 janvier 1982.

aux nationalisations. La loi ne comportait en effet aucun motif particulier justifiant le recours aux nationalisations. Louis Gros estime alors nécessaire d'exiger de la loi une « *justification constitutionnelle* ». De manière très pédagogique, Georges Vedel s'y oppose, lui rappelant que la loi « *est un corps de recettes opératoires et non un traité de doctrine politique* ». Pour le professeur de droit, s'il est possible de discuter l'existence des motifs du législateur ou leur pertinence, il est rigoureusement impossible pour le Conseil de critiquer une loi au prétexte qu'elle n'expose pas ses motifs. Les conseillers poursuivent alors la discussion sur l'étendue des pouvoirs du Conseil estimant que la formule « *négative* » adoptée en 1975[1437] pour définir les pouvoirs du Conseil doit évoluer. Georges Vedel, de nouveau, s'emploie à tracer les contours d'une pratique jurisprudentielle de l'autolimitation : « *Ce n'est qu'après vingt ans d'existence que la Cour Suprême des Etats-Unis s'est permis de dire que c'est à tort qu'il est prétendu que le Gouvernement a agi inconstitutionnellement. Il a fallu attendre encore quatre-vingts ans pour qu'elle déclare inconstitutionnelle une loi fédérale. Le considérant de 1975 est absolument exact* […]. *Nous ne sommes pas une troisième chambre. Si nous refusons le principe des nationalisations, il ne faut pas se méprendre, un référendum consacrerait la non-valeur constitutionnelle de l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme. Le Conseil constitutionnel est un juge encore fragile. Il a vingt ans seulement. Il y avait eu, auparavant, un accord constant, sous tous les régimes, depuis la révolution, pour estimer le Parlement souverain. Nous avons été créés par…inadvertance, en 1958* ».

614. Le 7 janvier 1982[1438], lors de la discussion du projet de décision rédigé par Georges Vedel relatif à la constitutionnalité du principe de recourir aux nationalisations, Robert Lecourt se demande si les motifs du législateur pour recourir aux nationalisations, ne relèvent pas d'un choix arbitraire et non pertinent. La nécessité publique invoquée devrait, selon lui, être sanctionnée par le Conseil constitutionnel. Georges Vedel lui répond que certes, le Conseil se sent « *frustré* ». En effet « *A quoi sert son contrôle si l'appréciation du Parlement s'impose à lui* » ? Mais le professeur de droit lui rappelle que cela n'est vrai qu'en l'absence d'un texte clair sur lequel fonder une inconstitutionnalité. Il prend l'exemple de la non-

[1437] « *Considérant que l'article 61 de la Constitution ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement, mais lui donne seulement compétence pour se prononcer sur la conformité à la Constitution des lois déférées à son examen* » (Décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975, Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse, cons. 1, J.O.R.F. du 16 janvier 1975, page 671).

[1438] Séance du 7 janvier 1982, *Loi de nationalisation*, A.N. n° 20040168/10.

rétroactivité des peines, qui est une règle claire. En revanche, en ce qui concerne les nationalisations, rien n'interdit au législateur de nationaliser d'autant plus que « *la loi agit avec empirisme mais l'empirisme n'est pas arbitraire* ». Finalement, pour Vedel, il existe une nécessité impérieuse de pouvoir rattacher le contrôle à un texte clair. Il n'y a rien dans la Constitution « *qui interdise une politique socialiste* ». Le Conseil ne peut aller au-delà de ce « *qu'un juriste honnête peut affirmer sur les bornes imposées au législateur en la matière. Le Conseil manquerait à ses devoirs en lisant par des astuces subalternes, dans la Constitution, ce qui ne s'y trouve pas* ». Conscient que la décision sur laquelle il rapporte est d'une importance capitale pour l'enracinement et la légitimation de la jurisprudence du Conseil, Georges Vedel insiste en cours de discussion expliquant qu'il est nécessaire de « *s'appuyer sur des textes précis et non sur des principes généraux qui auraient fait l'objet d'une discussion sans fin après que la décision fut rendue* »[1439].

615. Il faut préciser que Georges Vedel avait pressenti l'importance de la décision qui conduirait à terme à implanter définitivement le Conseil constitutionnel dans le droit constitutionnel français. La décision du 11 février 1982[1440], faisant suite à la seconde saisine du Conseil sur la loi revotée après la décision du 16 janvier, révèle la conscience aigüe qu'avait Vedel de l'importance de la décision du 16 janvier. En effet, il termine son rapport en évoquant, de manière visionnaire, que les deux décisions rendues sur les nationalisations « *conduiront les analystes une fois les passions retombées, à conclure que le Conseil a donné une solution très raisonnable qui revient à dire que le Parlement peut nationaliser des entreprises, à la condition, bien évidemment, de payer pour cela des prix convenables* ». La jurisprudence portant sur les nationalisations fit en effet couler beaucoup d'encre en doctrine et chez les parlementaires. La composition du Conseil constitutionnel fut précisément mise en cause et c'est l'existence même de la justice constitutionnelle qui fut sinon menacée, du moins critiquée[1441]. Pourtant, et bien que cette décision déclenchât « *pour la première fois un débat aussi important sur la justice constitutionnelle* »[1442], l'objectivité et l'équilibre de la décision,

[1439] Séance du 11 janvier 1982, *Loi de nationalisation*, A.N. n° 20040168/10.

[1440] *Ibidem*.

[1441] Allant même jusqu'à une intervention du président de la République François Mitterrand dans une tribune publiée dans le journal *Le Monde* du 5 novembre 1981.

[1442] Pour une analyse plus circonstanciée, voir P. Gaïa, R. Ghevothian, F. Mélin-Soucramanien, E. Oliva, A. Roux, *Les Grandes décisions du Conseil constitutionnel*, précité, n° 30, pp. 367-330 ; L. Favoreu (dir.), *Nationalisations et Constitution*, Economica-P.U.A.M., Paris, 1982, 388 p.

que l'on doit à Georges Vedel essentiellement, a permis d'ancrer définitivement la jurisprudence du Conseil en tant que garant de l'Etat de droit. Pour Georges Vedel, l'important était de ne pas faire du Conseil une troisième chambre.

616. Finalement, en 1981, Georges Vedel propose d'envisager le contrôle restreint sur l'adéquation de la gravité d'une sanction pénale par rapport à l'infraction commise et un contrôle normal de l'obligation qu'a le législateur de définir les infractions « *en termes suffisamment clairs et précis pour exclure l'arbitraire* »[1443], important ainsi les techniques du juge administratif. En 1982, il définit de la même manière le contrôle par le juge constitutionnel de la détermination des entreprises à nationaliser, souhaitant préserver le pouvoir discrétionnaire du législateur. Le juge doit alors s'attacher à rechercher les limites du contrôle sur le législateur. C'est la raison pour laquelle Georges Vedel entreprend par exemple, au cours de la séance du 29 décembre 1983[1444], de définir les cas dans lesquels le juge constitutionnel peut ou non choisir de recourir à la technique de la réserve d'interprétation. Pour le professeur de droit, la « *méthode d'interprétation directive* » ne peut être utilisée lorsque le juge est confronté à un texte trop ambigu. Seulement, et sous réserve d'une utilisation limitée et contrôlée, cette méthode doit pouvoir être utilisée « *lorsqu'un texte présente un sens qui le rend constitutionnel* »[1445], évitant ainsi la logique du « *tout ou rien* » selon les mots de Louis Gros au cours de la discussion. Finalement, pour Georges Vedel, tout dépend du degré de liberté dont dispose le législateur au regard de la Constitution. Ainsi, lors de la séance du 11 octobre 1984[1446], il explique avec une grande clarté la conception qu'il entend faire respecter au Conseil constitutionnel. Tout le travail du Conseil constitutionnel est « *de savoir ce qui doit être condamné au nom de la règle de droit et ce qui doit être abandonné au libre choix du législateur* ». Il explique ainsi les frontières de l'étendue du contrôle : « *La difficulté est accrue quand le juge constitutionnel se trouve confronté à des*

[1443] Décision n° 80-127 DC du 20 janvier 1981, J.O.R.F. du 22 janvier 1981, p. 308, cons. 7 : « *Considérant qu'aux termes de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit et légalement appliquée ; qu'il en résulte la nécessité pour le législateur de définir les infractions en termes suffisamment clairs et précis pour exclure l'arbitraire* ».

[1444] Séance du 29 décembre 1983, *Loi de finances pour 1984*, A.N. n° 20040168/11.

[1445] Voir encore l'analyse menée par les auteurs des grandes délibérations du Conseil constitutionnel (B. Mathieu, J.- P. Machelon, F. Mélin-Soucramanien, D. Rousseau, X. Philippe, *Les Grandes délibérations du Conseil constitutionnel. 1958-1986*, précité, pp. 472-473).

[1446] Séance du 11 octobre 1984, *Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse*, précité.

notions qui ne font pas l'objet de définitions constitutionnelles telles que l'intérêt général ou bien un élément constitutif de l'intérêt général. La position du Conseil est plus aisée quand il se trouve devant des notions qui sont constitutionnellement définies, telles que, par exemple, une liberté publique »[1447]. C'est pourquoi Georges Vedel justifie dans cette décision et au cours de la discussion de son rapport, qu'en matière de libertés fondamentales le pouvoir discrétionnaire du législateur se trouve limité. De cette manière, Vedel propose aux membres du Conseil d'éviter une censure trop nette de la loi portant sur les entreprises de presse. En ces matières il est ainsi légitime pour le Conseil de pouvoir donner des directives d'interprétation au législateur[1448]. Cette analyse révèle la maîtrise par Georges Vedel de l'utilisation des notions constitutionnelles pour définir les limites du contrôle de constitutionnalité. Ici, l'intérêt général, par exemple, constitue ce que le professeur de droit aurait pu concevoir comme une « *notion fonctionnelle* »[1449]. De nature évolutive, selon les temps et les lieux, elle constitue en effet une notion « *à la fois indéfinissable et irremplaçable* »[1450]. L'intérêt général constitue dès lors, visiblement, pour Georges Vedel, une notion procédant « *directement d'une fonction qui* [lui] *confère seule* [sa] *véritable unité* »[1451] et constitue une notion ouverte « *prête à s'enrichir de tout l'imprévu du futur* »[1452].

617. C'est cette définition des limites à l'étendue du contrôle de constitutionnalité que le Conseil fera sienne dans sa jurisprudence. Mais l'apport de Georges Vedel ne s'arrête pas là. Il s'étend aussi à l'aménagement d'une technique contentieuse à même de préserver le

[1447] Voir en ce sens l'encadrement de la tâche du législateur en matière de protection des libertés publiques : « *Considérant que, cependant, s'agissant d'une liberté fondamentale, d'autant plus précieuse que son exercice est l'une des garanties essentielles du respect des autres droits et libertés et de la souveraineté nationale, la loi ne peut en réglementer l'exercice qu'en vue de le rendre plus effectif ou de le concilier avec celui d'autres règles ou principes de valeur constitutionnelle* » (Décision n° 84-181 DC du 11 octobre 1984, *Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse*, précité, cons. 37).

[1448] Voir en ce sens les considérants 47, 48 et 49 de la décision du 11 octobre 1984.

[1449] G. Vedel, *Essai sur la notion de cause en droit administratif français*, Sirey, Paris, 1934, 510 p. Voir surtout G. Vedel, « De l'arrêt *Septfonds* à l'arrêt *Barinstein* (la légalité des actes administratifs devant les tribunaux judiciaires) », *J.C.P.G.*, 1948, n° 682 ; G. Vedel, « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », *J.C.P.G*, 1950, n° 851.

[1450] G. Vedel, « Préface », in F. Rangeon, *L'idéologie de l'intérêt général*, Economica, Paris, 1986.

[1451] G. Vedel, « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », précité.

[1452] G. Vedel, « De l'arrêt *Septfonds* à l'arrêt *Barinstein* (la légalité des actes administratifs devant les tribunaux judiciaires) », précité.

pouvoir discrétionnaire du législateur qu'il importe impérativement au professeur de droit de sauvegarder.

2. L'aménagement d'une technique de contrôle préservant le pouvoir discrétionnaire du législateur

618. Seul Georges Vedel a marqué la jurisprudence du Conseil constitutionnel en enracinant une technique contentieuse susceptible de fonder un modèle de seuil sur lequel le juge constitutionnel peut fonder son interprétation et l'étendue de son contrôle. Il y a chez lui une prise en compte très importante de ce que l'on pourrait nommer l'acceptabilité du contrôle. Il est alors le premier à importer au Conseil constitutionnel la technique de l'erreur manifeste d'interprétation[1453].

619. Dès 1981, le vocabulaire employé par Georges Vedel révèle sa volonté de préserver la légitimité de la jurisprudence constitutionnelle. Pour justifier les limites de l'étendue du contrôle, il emploie par exemple les termes de « *fidélité à notre mission* », déterminant la nécessité, pour le professeur de droit, de dégager dans cette décision des lignes claires destinées à préciser l'étendue du contrôle du juge constitutionnel sur le législateur. Plus précisément, la difficulté réside dans l'appréciation par le juge constitutionnel de la nécessité des peines au regard de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. En effet, plus que les réflexions menées par le professeur pour identifier précisément les règles constitutionnelles substantielles applicables à la matière pénale, qui démontrent encore une aptitude assez impressionnante à pouvoir se saisir de disciplines juridiques dont il n'est *a priori* pas spécialiste[1454], c'est d'emblée l'analyse menée sur la nécessité des peines et sur le principe de proportionnalité des délits et des peines qui retient l'attention. Il reconnaît à la formulation de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen une « *impressionnante rigueur* » mais qui, prise à la lettre, imposerait une stricte adaptation de la

[1453] Seul le détournement de pouvoir n'a pu être inscrit comme moyen du contrôle, voir la séance du 12 septembre 1984, *Loi relative à la limite d'âge dans la fonction publique et le secteur public*, A.N. n° 20040168/11 ; voir aussi B. Mathieu, J.- P. Machelon, F. Mélin-Soucramanien, D. Rousseau, X. Philippe, *Les Grandes délibérations du Conseil constitutionnel. 1958-1986*, précité, p. 475.

[1454] Voir à ce propos les souvenirs de Bruno Genevois (B. Genevois, « Un universitaire au Conseil constitutionnel : le Doyen Georges Vedel », précité).

peine à l'infraction de façon évidente et qui supposerait « *l'existence d'un instrument de mesure* ». Il est largement conscient du « *redoutable honneur* » qui est fait au Conseil de contrôler l'appréciation du législateur sur ce point.

620. Dans le rapport écrit en 1981 sur la décision « *sécurité et liberté* »[1455], Georges Vedel fait le choix de s'inspirer des techniques du Conseil d'Etat. Evoquant les problématiques de fond relatives au contrôle de la nécessité des peines, il va saisir l'occasion d'inscrire dans le marbre de la décision la technique de l'erreur manifeste. Le professeur rappelle les termes de l'analyse : « *En théorie, il est facile de distinguer, pour prendre le langage du Conseil d'Etat, la légalité de l'opportunité* »[1456]. C'est d'ailleurs ce que fit le Conseil constitutionnel dans la décision du 15 janvier 1975, que Vedel se propose de réaffirmer en l'espèce[1457]. Le professeur de droit suggère alors que la technique contentieuse permettant au Conseil d'Etat de préserver une part de pouvoir discrétionnaire à l'administration soit utilisée par le Conseil constitutionnel. Il rappelle en outre que le principe est malléable : « *Il est certain, dit-il, que le Conseil constitutionnel devrait réfléchir avant de renoncer à censurer une loi qui punirait une vétille de peines démesurées, comme la loi de Vichy qui, pour réprimer les abattages clandestins, allait jusqu'à la peine de mort en expiation du sacrifice d'une vache amouillante. En droit administratif, cette réserve, nécessaire au contrôle des appréciations inadmissibles, se fait par la technique de "l'erreur manifeste"* ».

621. Progressivement, au fil des saisines du Conseil constitutionnel, Georges Vedel va implanter la technique de l'erreur manifeste d'appréciation en expliquant l'intérêt qu'il y a pour la juridiction de recourir à cette technique déjà éprouvée par le juge administratif, et dont les finalités sont familières à l'administrativiste qu'est Georges Vedel.

622. L'une des problématiques du contrôle de la loi de nationalisation en 1982 résidait en effet dans la détermination par le Conseil constitutionnel de l'étendue de son contrôle. Le but de la nationalisation étant exclusivement politique, le rapporteur s'interroge sur la notion

[1455] Séance des 19 et 20 janvier 1981, *Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes*, précité.

[1456] *Idem.*

[1457] Voir d'ailleurs pour une interprétation et une critique de la décision de 1975, J. Rivero, « Note sous décision du 15 janvier 1975», *A.J.D.A.*, 1975, pp. 134-138.

d'utilité publique invoquée par le Gouvernement pour justifier la réforme. Tout l'enjeu résidait alors dans la possibilité pour le Conseil constitutionnel de prendre parti dans un domaine où il n'y a pas de définition constitutionnelle. Pour Georges Vedel, la première option aurait été de recourir, à l'instar du Conseil d'Etat, à un contrôle du bilan coût-avantage. Cependant, il la récuse immédiatement. Le juge constitutionnel n'est pas « *chargé de substituer son appréciation à celle du législateur mais de dire si l'appréciation de ce dernier ne rencontre pas les limites de la Constitution* ». Par un raisonnement analogique, Vedel remarque que le Conseil d'Etat examine le bilan de l'opération, donc apprécie si les avantages justifient les atteintes qu'elle porte à la propriété et le coût qui va en résulter. Or, il estime que c'est un contrôle qui va trop loin dans l'opportunité[1458]. Pour le professeur de droit, « *le Conseil constitutionnel, qui contrôle le législateur, souverain dans les limites de la Constitution, ne saurait adopter une telle méthode sans devenir un juge qui gouverne* »[1459]. C'est la première fois au Conseil constitutionnel que la question de l'étendue du contrôle et des techniques pour l'exercer est si manifestement envisagée. Les contours qui s'en dégagent, dans l'analyse menée par le professeur de droit, réalisent le lien entre une intensité suffisante et la préservation du pouvoir discrétionnaire du législateur. C'est pourquoi il estime que le Conseil « *devra dans sa décision réserver le cas de l'erreur manifeste dans l'appréciation de la nécessité publique* ». La décision fera ainsi finalement droit à la vision pragmatique des pouvoirs du Conseil de Georges Vedel dans un considérant rédigé par lui et consacrant pour la première fois véritablement la notion d'erreur manifeste concernant le contrôle de l'appréciation portée par le législateur sur la nécessité de recourir aux nationalisations[1460].

623. Progressivement, l'utilisation de la technique de l'erreur manifeste va s'affiner, Georges Vedel intervenant en tant que garant de la juste mesure de l'intensité du contrôle

[1458] Séance du 12 décembre 1981, *Loi de nationalisation*, précité.

[1459] On retrouve ici en filigrane l'incise contenue dans le considérant 27 de la décision du 23 août 1985 rédigé par Georges Vedel aux termes duquel : « *La loi votée* […] *n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution* ». La lecture des archives des procès-verbaux de cette décision témoigne de l'absece de débat relative à cette phrase inscrite dans le projet de décision de Vedel (Séance du 23 août 1985, *Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie*, précité).

[1460] « *Considérant que l'appréciation portée par le législateur sur la nécessité des nationalisations décidées par la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel ne saurait, en l'absence d'erreur manifeste, être récusée par celui-ci dès lors qu'il n'est pas établi que les transferts de biens et d'entreprises présentement opérés restreindraient le champ de la propriété privée et de la liberté d'entreprendre au point de méconnaître les dispositions précitées de la Déclaration de 1789* » (Décision n° 81-132 DC du 16 janvier 1982, Loi de nationalisation, cons. 20, J.O.R.F. du 17 janvier 1982, p. 299).

exercé sur le législateur. La séance du 29 décembre 1983[1461] est ainsi l'occasion pour lui de clarifier d'une façon toute particulière les limites à l'intérieur desquelles le juge constitutionnel peut exercer un contrôle « *légitime* » des mesures prises par le législateur. Saisi de la loi de finances pour 1984, le rapporteur fait usage de la technique de l'erreur manifeste d'appréciation dont Paul Legatte interroge l'utilité. Le professeur lui rappelle que, comme le Conseil d'Etat lorsqu'il reconnaît un pouvoir discrétionnaire au Gouvernement en marque les limites, « *aucun juge ne peut renoncer d'avance à exercer son contrôle sur un acte qui serait aberrant* ». Il prend alors l'exemple du contrôle de la nécessité des peines en droit pénal et rappelle que s'il n'appartient pas au Conseil de substituer son appréciation à celle du législateur en cette matière, « *il ne pourrait admettre par exemple que l'abattage d'une vache soit passible de la peine capitale* ». Comme en 1981, Georges Vedel détermine, séance après séance, le cadre de l'intensité du contrôle opéré sur le législateur.

624. En août 1985, lors de l'examen de la loi portant sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie[1462], Georges Vedel propose encore l'utilisation de cette technique. La représentativité du Congrès était contestée et le quotient électoral de chacune des régions conduisait à de grandes disparités. Or, pour Georges Vedel, le dispositif mis en place en vue du référendum sur l'autodétermination est visiblement constitué pour mettre « *en minorité des gens dont on pense qu'ils ne sont pas favorables à l'indépendance* ». L'objectif de préserver la marge d'appréciation du législateur et le débat sur l'utilisation de l'erreur manifeste d'appréciation divise les membres du Conseil[1463]. Toute la question résidait dans le seuil d'appréciation du législateur. Georges Vedel rappelle alors que « *toutes les Cours constitutionnelles sont conduites un jour ou l'autre à prendre des dispositions analogues. En ces matières, il y a effectivement toujours un problème de seuil. Ils ne sont aucunement évitables. Tous les juges, un jour ou l'autre, y sont confrontés. Cette contrainte est inhérente à la notion d'erreur manifeste qui est elle-même une technique inhérente au contrôle juridictionnel* ». Pour le professeur de droit, l'erreur manifeste contribue tout autant à marquer les limites au contrôle de constitutionnalité des lois qu'à la définition même du contrôle juridictionnel. En ce sens, la technique doit pouvoir s'adapter au contrôle de constitutionnalité comme elle s'est développée devant le Conseil d'Etat. Georges Vedel importe cette technique

[1461] Séance du 29 décembre 1983, *Loi de finances pour 1984*, A.N. n° 20040168/11.

[1462] Séance du 8 août 1985, *Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie*, A.N. n° 20040168/11.

[1463] Paul Legatte est fondamentalement opposé à la technique de l'erreur manifeste d'appréciation.

garantissant tout à la fois la préservation d'un pouvoir discrétionnaire au législateur et un contrôle suffisant des lois. Cette politique du juste milieu s'inscrit chez Georges Vedel dans une acceptation limitée du contrôle de constitutionnalité ainsi que dans l'importation d'une technique depuis longtemps utilisée par le Conseil d'Etat, technique qui lui est de ce fait familière. Lorsque le Conseil constitutionnel est saisi à nouveau le 23 août 1985 de la loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie, le professeur fait encore œuvre de pédagogie : « *La théorie de l'erreur manifeste est généralement très mal comprise. Dans tous ces contrôles de la régularité il y a place pour un pouvoir d'appréciation. Toute appréciation emporte nécessairement une certaine part de subjectivité. Il s'agit d'une nécessité juridictionnelle pour laquelle il n'y a pas de barème. L'erreur manifeste cela veut simplement dire que, même lorsqu'on a le pouvoir de faire beaucoup de choses, on ne peut pas faire n'importe quoi* »[1464].

625. Lors de l'examen de la loi de 1986 sur le régime juridique de la presse, Georges Vedel intègre une analyse extrêmement didactique de l'intérêt de recourir à la technique de l'erreur manifeste d'appréciation pour le Conseil constitutionnel[1465]. La loi dont est saisi le Conseil, votée par la majorité socialiste, vise à remplacer le régime sur les entreprises de presse institué par la loi de 1984[1466]. Georges Vedel, rapporteur, propose alors d'examiner la loi au regard des deux objectifs à valeur constitutionnelle dégagés en 1984[1467]. Cependant, le professeur de droit, fidèle à son effort de construction de l'intensité du contrôle, rappelle qu'il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de dire si l'ancien régime est meilleur que celui qui le remplace. Pour éclairer l'ensemble des conseillers, il établit là encore une analogie avec la jurisprudence du Conseil d'Etat : l'opération intellectuelle est pour lui la même en ce qui concerne l'opération de contrôle. Il y a, précise-t-il, « *un pouvoir discrétionnaire de l'administration, il y a un pouvoir discrétionnaire encore plus large du Parlement* ». De ce point de vue, « *l'erreur manifeste apparaît comme un moyen ultime, presque désespéré, d'opérer un contrôle minimum dans certains cas sur ce pouvoir discrétionnaire* ». Tout

[1464] Séance du 23 août 1985, *Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie*, précité. Voir aussi, G. Vedel, « Réflexions sur quelques apports de la jurisprudence du Conseil d'État à la jurisprudence du Conseil constitutionnel », précité.

[1465] Séance du 29 juillet 1986, *Loi portant réforme du régime juridique de la presse*, A.N. n° 20040168/12.

[1466] Voir le rapport de Georges Vedel sur la loi de 1984 (Séance du 11 octobre 1984, *Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse*, A.N. n° 20040168/11).

[1467] Décision n° 84-181 DC du 11 octobre 1984, *Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse*, J.O.R.F., du 13 octobre 1984, p. 3200.

l'intérêt de ce contrôle, poursuit Georges Vedel, réside dans l'impossibilité pour le Conseil constitutionnel de raisonner en opportunité, le pouvoir discrétionnaire du législateur étant extrêmement étendu. Dès lors, lorsque le législateur doit apprécier quelles garanties apporter à des exigences constitutionnelles, l'erreur manifeste survient soit dans le cas où la protection due est inexistante, soit dans le cas où elle est trop faible. C'est effectivement exactement cette définition de l'erreur manifeste adaptée au contrôle de constitutionnalité que le juge constitutionnel a mis en œuvre, notamment en 1982 lors du contrôle des lois de nationalisation[1468].

626. Enfin, l'exemple peut-être le plus caractéristique de la conception de Georges Vedel de l'aménagement d'une technique de contrôle susceptible de préserver le pouvoir discrétionnaire du législateur, se trouve dans les séances des 2 et 3 septembre 1986. Comme en 1981[1469], l'appréciation par le juge constitutionnel de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen soulève la problématique fondamentale de la légitimité du contrôle exercé par le juge constitutionnel et donc de sa nécessaire limitation. Comment, en effet, apprécier la constitutionnalité des peines par rapport aux infractions ? Comme en 1981, la matière pénale constitue une difficulté majeure pour le juge constitutionnel. L'appréciation du Conseil constitutionnel est extrêmement fragile car elle porte sur un domaine qui « *touche à l'évolution des mœurs* ». Georges Vedel rappelle ainsi qu'il n'est pas possible que le Conseil constitutionnel se livre à un contrôle plus étendu, particulièrement de la proportionnalité. S'il en était autrement, le juge constitutionnel « *opèrerait un glissement dangereux* ». Pourtant, Georges Vedel avait donné en 1960 une toute autre interprétation de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Dans sa note publiée sous l'arrêt *Société Eky*[1470], le professeur de droit écrivait que la « *densité d'expression* » du texte de la déclaration de 1789 permettait d'en déduire quatre principes : la proportionnalité des délits et peines, la légalité des délits et des peines, la non-rétroactivité de la loi pénale et le « *droit des*

[1468] « *Quand le législateur nouveau substitue à un système de garanties à la réalisation d'objectifs de valeur constitutionnelle, un autre système de garanties le Conseil constitutionnel ne peut exercer qu'un contrôle restreint ? Il ne peut exiger que la loi nouvelle présente quelque chose d'aussi parfait que la loi ancienne* » (Séance du 23 août 1985, *Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie*, précité). Sur les objectifs de valeur constitutionnelle, voir P. De Montalivet, *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », Paris, 2006, 680 p.

[1469] Séance des 19 et 20 janvier 1981, *Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes*, précité.

[1470] C.E., Sect., 12 février 1960, *Société Eky*, Rec. p. 101.

délinquants à une procédure légale »[1471]. Pour Georges Vedel, avant son entrée au Conseil constitutionnel, l'article 8 formulait alors un principe de proportionnalité des délits et des peines mais, alors qu'il est conseiller constitutionnel, il abandonne cette interprétation qui laisse une marge d'appréciation trop grande au juge constitutionnel. En contrôlant la proportionnalité étendue, le contrôle affleurerait illégitimement, dans la vision de Georges Vedel, le contrôle de l'opportunité de la politique pénale voulue par le législateur.

627. La règle d'une interprétation limitée de l'étendue du contrôle du juge constitutionnel est ainsi le socle de l'auto-limitation du Conseil constitutionnel, apparaissant chez Georges Vedel comme la solution la plus acceptable à l'illégitimité qui entache par essence l'exercice du contrôle de constitutionnalité des lois.

B. La solution au « problème général du contrôle de constitutionnalité des lois »[1472]

628. En 1981, Georges Vedel alerte les membres du Conseil sur les dangers qu'implique le contrôle de constitutionnalité des mesures prises par le législateur. Dès lors que le juge constitutionnel est amené à être « *gardien du trésor* » que sont les droits de l'homme[1473], il doit se doter de techniques d'interprétation lui permettant d'éviter de devenir « *législateur* »[1474]. Les craintes soulevées par Georges Vedel s'inscrivent dans une vision à la fois très pragmatique[1475] du contrôle de constitutionnalité et très soucieuse du respect de la souveraineté parlementaire. Pour lui en effet, le Conseil constitutionnel ne dispose pas d'une légitimité politique suffisante pour se permettre d'exercer un tel contrôle d'opportunité : « *Son mode d'investiture, ses fonctions n'en font point un représentant de la volonté générale. Un député, un sénateur, lorsqu'ils votent pour établir telle ou telle peine, peuvent bien traduire le*

[1471] G. Vedel, « C.E., Sect., 12 février 1960, *Société Eky* », *J.C.P.*, 1960, n° 11629 bis.

[1472] G. Vedel, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, précité, p. 122.

[1473] G. Vedel, « Le Conseil constitutionnel, gardien du droit positif et de la transcendance des droit de l'homme », précité, p. 153.

[1474] Séance des 19 et 20 janvier 1981, *Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes*, précité.

[1475] Le pragmatisme s'expliquant par la préservation de la légitimité du Conseil constitutionnel, conçu comme une nécessité chez Georges Vedel.

sentiment de la société, car le degré et les modalités de la représentation sont fonction de ce sentiment […]. *Mais lequel d'entre nous, même persuadé de la justesse de ses vues personnelles, se sent-il en droit de se substituer au législateur sur une telle matière qui, dans le langage du droit administratif, relèverait d'une pure appréciation d'opportunité* »[1476]. De ce point de vue, le professeur de droit formule une interprétation restrictive des compétences du Conseil constitutionnel, adoptant le point de vue d'un juge dont l'exercice du contrôle souffre d'être soumis à un obstacle politique de taille : l'absence de légitimité démocratique. En 1949 déjà, Georges Vedel adopte une conception similaire de ce qu'il nomme « *le problème général du contrôle de la constitutionnalité des lois* ». Georges Vedel est un « *officiant sceptique* »[1477] du contrôle de constitutionnalité, allant même jusqu'à se demander si un tel contrôle est vraiment « *utile* »[1478].

629. Il distingue l'analyse juridique du contrôle de constitutionnalité de son analyse politique. Si juridiquement la loi contraire à la Constitution doit être déclarée nulle, politiquement, « *en donnant une Constitution à l'Etat, la volonté nationale a accepté de ne s'exprimer valablement que dans certaines conditions. Mais, pratiquement, l'organe qui sera chargé de vérifier la constitutionnalité prendra figure de contrôleur du Parlement, c'est-à-dire de la volonté nationale* »[1479]. Or, en France, Georges Vedel rappelle qu'il a été fait une place très grande au Parlement et qu'il serait très difficile de se « *débarrasser de l'idée que l'organe chargé du contrôle de la constitutionnalité des lois fait prévaloir sa volonté propre contre celle de la nation* »[1480]. Il ressort de la lecture des écrits anciens de Georges Vedel une conception en tout point similaire à celle émise en 1981 lors du contrôle de la loi « *sécurité et liberté* ». Lorsque la Constitution comprend des déclarations de droit, auxquelles il est nécessaire d'attribuer une valeur normative, « *si précise que l'on suppose la définition que la Constitution donne des droits des individus, il faut toujours interpréter ces formules qui sont*

[1476] Séance des 19 et 20 janvier 1981, *Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes*, précité.

[1477] D. Rousseau, « L'insoutenable autonomie constitutionnelle du Doyen Vedel ou Georges Vedel contradicteur de Georges Vedel », précité, p. 43.

[1478] G. Vedel, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, p. 124. Il en viendra d'ailleurs en 1989 à avouer ne pas être certain qu'il n'y ait pas « *de démocratie sans contrôle de constitutionnalité* » ou encore à user de la métaphore de la salle d'eau pour caractériser le contrôle de constitutionnalité constituant uniquement un instrument du « *confort des démocraties* » (G. Vedel, « Neuf ans au Conseil constitutionnel », précité, p. 51).

[1479] G. Vedel, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, précité, p. 123.

[1480] *Ibidem*.

nécessairement assez abstraites et assez générales »[1481]. Finalement, sans que le juge en ait conscience, le contrôle dépendra de son tempérament, de sa formation, de ses convictions fondamentales, de son âge ou de sa classe sociale[1482]. La généralité et l'abstraction nécessaires des déclarations de droits portent le risque d'un contrôle conduisant presqu'inéluctablement au « *Gouvernement des juges* ».

630. L'acceptation et la nécessité juridiques du contrôle de constitutionnalité, depuis toujours reconnues par Georges Vedel, se heurtent cependant à l'interprétation des textes qui, par définition, ont été « *formulé*[s] *dans une perspective d'énoncé philosophique ou moral et non dans une perspective de règle de droit positif* »[1483]. Pour le professeur de droit, le contrôle de constitutionnalité se conçoit dans une perspective élargie prenant en considération l'environnement et les traditions politiques auxquelles il se confronte. Dans la décision de 1981, la normativité du préambule de la Constitution de 1958 est remise en question[1484] en ce qu'elle constitue un obstacle au contrôle du juge constitutionnel. Pour Georges Vedel, ces principes ne s'appliquent « *qu'autant qu'il s'agit de formules ayant une valeur juridique, c'est-à-dire imposant des règles de conduite déterminées. Lorsqu'on se trouve en présence d'énonciations qui ne sont pas à l'évidence des règles juridiques, c'est-à-dire qui ne sont pas susceptibles de se traduire en règles de conduites imposant un comportement déterminé, il ne peut pas être question, dans ce cas-là, de les mettre en œuvre comme règles constitutionnelles* »[1485]. La limitation de l'étendue du contrôle du juge sur le législateur, pour Georges Vedel, est donc le socle sur lequel peut se construire la légitimité du contrôle de constitutionnalité[1486]. Il établit ainsi une distinction classique entre légalité et opportunité. Cependant, il rappelle qu'« *en fait, il y a des cas où l'opportunité est une des conditions de la légalité. Lorsque le juge administratif censure un règlement de police parce qu'il impose à telle liberté une restriction excessive par rapport aux nécessités de l'ordre public, il fait de la*

[1481] *Ibid*.

[1482] *Idem*, p. 124.

[1483] *Idem*.

[1484] « *La formulation en termes de principe philosophique ou moral aboutit à un énoncé non opératoire, c'est-à-dire qui ne comporte pas de contenu suffisamment précis* » (Séance des 19 et 20 janvier 1981, *Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes*, précité).

[1485] G. Vedel, *Cours de droit constitutionnel et d'institutions politiques*, Les Cours de droit, Paris, 1959-1960, 1200 p., spéc. p. 847.

[1486] G. Vedel, « La place de la Déclaration de 1789 dans le "bloc de constitutionnalité" », in *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, P.U.F., Paris, 1989, pp. 35-64.

nécessité c'est-à-dire de l'opportunité du règlement une condition de sa légalité et il a raison […]. *Mais cette voie est glissante, voire dangereuse, c'est celle du Gouvernement des juges. Et si le Gouvernement de l'administration par le juge administratif n'est que modérément désirable, le Gouvernement du législateur par le Conseil constitutionnel serait inadmissible. Il nous faudra pourtant préciser et dans le concret jusqu'où peut aller notre contrôle quant à la sévérité de la répression pénale* »[1487].

631. En systématisant l'intensité du contrôle opéré par le juge constitutionnel, le professeur de droit trouve une voie pour surmonter « *le problème général du contrôle de la constitutionnalité des lois* »[1488] de façon à ne pas usurper « *un rôle qui n'appartient qu'au législateur* »[1489]. Il fonde ainsi l'architecture technique de l'intensité du contrôle, imprimant sa vision du contrôle de constitutionnalité des lois.

[1487] Séance des 19 et 20 janvier 1981, *Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes*, précité.

[1488] G. Vedel, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, précité, p. 122.

[1489] Séance du 16 janvier 1982, *Loi de nationalisation*, précité.

Conclusion du chapitre 1

632. En s'attachant à définir et à démontrer les apports des professeurs de droit à l'œuvre jurisprudentielle du Conseil constitutionnel, on peut observer qu'ils ont été bien souvent auteurs de nombreuses décisions. Cette qualité d'auteurs des décisions, se concevant alors à tous les stades de leur construction a contribué à définir les grandes orientations de la jurisprudence du Conseil. Sans minimiser la dimension collégiale de la décision, des exemples concrets ont permis de démontrer cette influence. Tous les professeurs de droit nommés au Conseil constitutionnel n'ont pas eu le même rôle. Leur apport est très dépendant, d'une part du contexte politique et des fonctions du Conseil au regard des périodes envisagées, et, d'autre part, de la dynamique induite par la composition du Conseil constitutionnel. Cette constatation permet ainsi de distinguer d'abord la participation ponctuelle des professeurs de droit à l'œuvre jurisprudentielle. Ils se sont alors illustrés par leur qualité d'auteurs de décisions fondatrices sur lesquelles leurs compétences techniques et leur maîtrise des concepts juridiques a pesé de tout son poids. La lecture des procès-verbaux à partir de 1980, qui coïncident avec la nomination de Georges Vedel, permet ensuite de démontrer son rôle prédominant au cours d'une période de grands bouleversements politiques et institutionnels. Son influence a été cette fois systémique. D'une part, il a concrétisé dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel une pensée élaborée avant sa nomination. D'autre part, Georges Vedel, parce qu'il était animé d'une vision de la justice constitutionnelle a pu profiter d'une période charnière pour instaurer une pratique jurisprudentielle d'affermissement du contrôle de constitutionnalité et d'encadrement de son intensité, dont les manifestations sont encore perceptibles à l'heure actuelle. Ainsi que l'exprimaient les auteurs des *Grandes délibérations du Conseil constitutionnel* à propos de l'étude des délibérations couvrant la période s'étalant de 1980 à 1983, « *Le Conseil a* […] *conscience de ne pas être encore totalement accepté* »[1490]. Georges Vedel a ainsi permis de poser les jalons d'une pratique jurisprudentielle d'encadrement du contrôle opéré sur le législateur. Son influence s'est orientée vers la quête d'un juste équilibre des pouvoirs du juge en important puis en adaptant des techniques contentieuses d'autres juridictions.

[1490] B. Mathieu, J.- P. Machelon, F. Mélin-Soucramanien, D. Rousseau, X. Philippe, *Les Grandes délibérations du Conseil constitutionnel. 1958-1986*, précité, p. 347.

633. En devenant juge, le professeur de droit passe d'une fonction doctrinale de commentateur à celle d'un juge. Pourtant, les délibérations démontrent une perméabilité entre les fonctions de professeur et l'office du juge. Au Conseil constitutionnel, le rapport précédant la discussion apparaît ainsi comme un outil par lequel la singularité et la force de l'argumentation juridique prennent tout leur sens. La démonstration est généralement pédagogique sans trahir l'effort de construction juridique de la décision. Substantiellement, le rapport assure aux professeurs de droit de conduire un propos parfois proche d'une leçon de droit et de rechercher la persuasion[1491]. Les délibérations confirment alors que la décision de constitutionnalité est toujours l'objet d'un choix qui permet souvent de révéler les liens qui peuvent se nouer entre des positions prises avant leur nomination au Conseil et l'argumentation développée à l'origine de la décision. Si les professeurs de droit ont participé de manière considérable à la construction de la jurisprudence du Conseil, ils ont encore largement soutenu la légitimation d'une œuvre qu'ils ont contribué à élaborer.

[1491] Cette fonction du rapporteur pourrait d'ailleurs être rapprochée de celle du rapporteur public devant le Conseil d'Etat, exposant les questions juridiques qu'impliquent chaque recours contentieux tout en donnant une opinion sur les différentes solutions susceptibles de résoudre le litige. Comme l'exprime Bruno Genevois, il existe en ce sens une « *stratégie de la persuasion* » dans le respect de contraintes spécifiques à la juridiction et au litige (B. Genevois, « Le commissaire du gouvernement devant le Conseil d'Etat statuant au contentieux ou la stratégie de la persuasion », *R.F.D.A.*, 2000, n° 6, pp. 1207-1218).

Chapitre 2:

La légitimation de l'œuvre jurisprudentielle

634. Si la légitimation de l'œuvre jurisprudentielle dépend en grande partie de sa légitimité fonctionnelle, elle se conçoit encore et peut-être davantage au Conseil constitutionnel par sa « *justification organique* »[1492]. En reprenant l'analyse menée par Norberto Bobbio, la notion de légitimation peut s'entendre comme la construction d'un objet. Elle marque obligatoirement un volontarisme, elle représente « *la fin de l'histoire déjà faite et à la fois le commencement de l'histoire qui reste à faire* »[1493]. Sa finalité consiste alors « *selon les temps, les évènements et les hommes, à justifier le fait accompli et à inspirer les faits à accomplir* »[1494]. Les professeurs sont en effet conscients que le Conseil constitutionnel puise sa légitimité notamment dans son caractère juridictionnel. Il s'agit d'une question récurrente du droit constitutionnel moderne, et elle représente, particulièrement en France, une interrogation consubstantielle à l'exercice du contrôle de constitutionnalité[1495]. Elle est sans cesse renouvelée à mesure que les instruments du contrôle et que la place du juge évoluent dans le système institutionnel. Cependant, le point de vue du juge lui-même, par l'analyse de la création des décisions, est rarement interrogé. Comment, en effet, les professeurs de droit membres du Conseil constitutionnel ont-ils permis la construction du contrôle de constitutionnalité soumis à l'*impérium* juridictionnel ? Si la controverse sur le caractère juridictionnel du Conseil constitutionnel est aujourd'hui d'un moindre intérêt[1496], elle irrigua cependant une part considérable des discussions au cours des délibérations. « *Plus et moins*

[1492] A. Manouguian, *La légitimation du système français de justice constitutionnelle*, Publication de l'Université Jean Moulin Lyon III, Lyon, 2014, 136 p., spéc. p. 17. Chez de nombreux auteurs, la qualification de la nature juridictionnelle de l'organe de justice constitutionnelle importe moins que la qualification de la fonction (voir notamment, F. Goguel, « Le Conseil constitutionnel », *R.D.P.*, 1979, pp. 5-25 ; V. Bouvier, « La notion de juridiction constitutionnelle », *Droits*, 1989, n° 9, pp. 119-129.

[1493] N. Bobbio, « Sur le principe de légitimité », *Droits*, n° 32, 2000, pp. 147-155, spéc. p. 155 ; voir encore pour une analyse des ressorts de la justification du contrôle de constitutionnalité M. Troper, « La logique de justification du contrôle de constitutionnalité des lois », in *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs. Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Dalloz, Paris, 2003, pp. 911-935.

[1494] N. Bobbio, « Sur le principe de légitimité », précité, p. 155.

[1495] R. Baumert, *La découverte du juge constitutionnel, entre science et politique*, précité.

[1496] D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, précité, pp. 79-80.

qu'une Cour constitutionnelle »[1497], le Conseil constitutionnel devait progressivement se constituer en juridiction tout en adaptant ses « *singularités* »[1498] procédurales. Les professeurs de droit savaient que dans l'esprit des constituants, le conseiller constitutionnel ne devait pas se confondre avec un juge constitutionnel. Pourtant ils ont permis au Conseil constitutionnel de « *devenir une juridiction constitutionnelle* »[1499] et ont fait du juge constitutionnel un juge à part entière.

635. Cette influence des professeurs de droit constitue un élément fondamental de la légitimation d'une œuvre jurisprudentielle qu'ils ont largement contribué à élaborer. Le Conseil constitutionnel s'est ainsi « *affirmé comme un juge pour asseoir sa légitimité* »[1500]. Les professeurs ont, d'une part, importé des comportements, des méthodes et des règles juridictionnelles, le droit venant au soutien de la juridiction (section 1). D'autre part, dans une logique cette fois discursive, les professeurs de droit se sont identifiés à leur fonction juridictionnelle. Leur discours contribue donc à défendre le point de vue du juge et non plus celui du professeur, même en dehors du Conseil constitutionnel. Cette reconstruction du point de vue du juge a pour fonction de faire accepter le contrôle de constitutionnalité et, plus largement, une institution à laquelle ils ont appartenu et au sein de laquelle ils ont fait œuvre de jurisprudence (Section 2).

Section 1. Le droit au soutien de la juridiction

636. Une question essentielle émerge de l'analyse de l'influence des professeurs de droit au Conseil constitutionnel. Les professeurs de droit, dans l'exercice quotidien de leur office, se vivent-ils comme des juges appartenant à une juridiction exerçant une activité

[1497] G. Vedel, Séance des 19 et 20 janvier 1981, *Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes*, précité.

[1498] G. Vedel, « Réflexions sur les singularités de la procédure devant le Conseil constitutionnel », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Dalloz, Paris, 1996, pp. 537-556.

[1499] R. Badinter, « Ouverture », in *Vingt ans de saisine parlementaire du Conseil constitutionnel*, Economica-P.U.A.M., Paris, 1995, pp. 11-14, spéc. p. 11.

[1500] O. Jouanjan, « Le Conseil constitutionnel est-il une institution libérale ? », précité, p. 77.

juridictionnelle ? De quelle manière ces universitaires rendent-ils la justice constitutionnelle, cette « *sorte de justice ou mieux de juridiction qui porte sur les lois constitutionnelles* »[1501] ?

637. Sans surprise, les délibérations démontrent que les professeurs se conçoivent comme des juges à part entière. C'est en ce sens, par exemple, que Georges Vedel, le 30 octobre 1981, justifiant la brièveté de la motivation de la décision, précise qu' « *un juge, à la différence d'un professeur, n'a pas en dire plus* »[1502]. En permettant au Conseil de réaliser son *aggiornamento* juridictionnel, les professeurs identifient l'office du conseiller constitutionnel à l'office d'un juge, en transposant au Conseil constitutionnel les standards faisant la nature d'une institution juridictionnelle. La qualité du travail juridique au Conseil ne pouvait aller sans une appréciation positive de la nature juridictionnelle de l'institution. Bien évidemment, la juridictionnalisation de l'institution, de l'organe comme de sa procédure, tend vers un unique but, celui de la justification de l'existence du contrôle de constitutionnalité[1503]. Cet effort des professeurs apparaît spécifiquement tant sous l'angle de la défense de la nature juridictionnelle du Conseil (§ 1) que sous celui du respect des règles déontologiques applicables devant la juridiction constitutionnelle (§ 2).

§ 1. Les professeurs de droit et la défense de la nature juridictionnelle du Conseil constitutionnel

638. En 1958, la volonté des constituants était claire : le Conseil constitutionnel n'a pas été conçu comme une juridiction[1504]. Pourtant, par leurs idées, leur parcours et leur attachement à une conception juridictionnelle de la justice constitutionnelle, les professeurs de droit ont contribué à promouvoir la thèse de la nature juridictionnelle du Conseil au cours des délibérations (A). De plus, ils ont été directement à l'origine de la construction progressive

[1501] Ch. Eisenmann, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, 1928, rééd. Economica-P.U.A.M., Paris, 1986, 383 p., spéc. p. 1.

[1502] Séance du 30 octobre 1981, *Loi portant dérogation au monopole d'État de la radiodiffusion*, A.N. n° 20040168/10.

[1503] P. Brunet, « Le juge constitutionnel est-il un juge comme les autres ? Réflexion méthodologiques sur la justice constitutionnelle », in C. Grewe, O. Jouanjan, E. Maulin, P. Wachsmann (dir.), *La notion de « justice constitutionnelle »*, Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », Paris, 2005, pp. 115-135.

[1504] Voir *supra* § 268 et s.

d'une procédure juridictionnelle, sans laquelle la thèse de la nature juridictionnelle n'aurait pas eu de consistance (B).

A. La défense de la thèse de la nature juridictionnelle du Conseil au cours des délibérations

639. Au cours des délibérations, la défense par les professeurs du caractère juridictionnel du Conseil constitutionnel et de son activité (1) doit être distinguée de la promotion du Conseil constitutionnel en tant qu'interlocuteur légitime des juridictions constitutionnelles étrangères (2). Dans les deux cas, les professeurs de droit ont entrepris de promouvoir la nature juridictionnelle du Conseil, soit auprès de l'ensemble des conseillers, soit en recherchant l'acceptation du Conseil auprès des juridictions constitutionnelles étrangères.

1. La promotion de la nature juridictionnelle du Conseil au cours des délibérations

640. Au Conseil constitutionnel, les professeurs de droit ont contribué à plusieurs reprises à défendre la nature juridictionnelle du Conseil constitutionnel, en intervenant soit en amont de la décision sur la procédure d'instruction des décisions, soit lors de la discussion en séance.

641. René Cassin, par exemple, défend une pratique obligeant le Gouvernement à faire parvenir au Conseil constitutionnel un mémoire sérieux, exposant précisément sa thèse, de façon à éviter aux membres du Conseil de convoquer un représentant du Secrétariat général du Gouvernement. Pour les auteurs des Grandes délibérations, René Cassin souhaite « *que le Conseil reçoive des moyens suffisamment développés, comme l'imposent les juges administratifs et judiciaires* »[1505]. Il désire en conséquence que le Conseil présente au Gouvernement des observations destinées à l'informer de la nécessité de faire parvenir un mémoire exposant les moyens soutenus à l'appui de la saisine du Conseil : « *Pour la première fois, nous avons un papier qui ne contient aucune argumentation. La dignité de nos débats*

[1505] B. Mathieu, J.- P. Machelon, F. Mélin-Soucramanien, D. Rousseau, X. Philippe, *Les Grandes délibérations du Conseil constitutionnel. 1958-1986*, précité, p. 47.

exige que nous présentions à cet égard des observations »[1506]. La thèse de la nature juridictionnelle du Conseil fut néanmoins toujours très discutée au sein de l'institution, particulièrement par les membres au profil politique[1507]. Cependant, les professeurs de droit, mis à part Coste-Floret, sont des partisans de la nature juridictionnelle du Conseil. Ainsi, avant 1958, les professeurs de droit, futurs membres du Conseil constitutionnel, ont déjà, pour certains d'entre eux, manifesté leur attachement à la mise en place d'un véritable contrôle de constitutionnalité des lois, particulièrement après l'échec du Comité constitutionnel. Marcel Waline soutenait déjà en 1928 qu'une juridiction constitutionnelle est celle qui est confiée à un organe constitutionnel[1508]. Appliquant la conception de Gaston Jèze consacrée à la définition de l'acte juridictionnel[1509], la juridiction constitutionnelle doit dire le droit et, pour cela, doit être une autorité compétente dont les décisions ont force de vérité légale. Son activité ne doit se baser que sur le droit objectif, sans rien inventer. Il faut donc une « *juridiction objective* » qui précise le contenu des règles de droit en vigueur à un moment donné en l'appliquant à des solutions données. De plus, pour Marcel Waline, l'existence d'une juridiction ne dépend pas de la nature contentieuse de son activité. La notion de juridiction ne recouvre donc pas celle de contentieux. Il faut certes une règle de droit à discuter pour qu'il y ait acte juridictionnel mais, pour qu'il y ait contentieux, il faut une seconde prétention qui vienne s'opposer à la première. C'est, pour Waline, « *l'élément essentiel de la liaison du contentieux* »[1510]. La conception de Waline de la juridiction

[1506] Séance du 9 février 1965, *Nature juridique de certaines dispositions de l'ordonnance n° 58-997 du 23 octobre 1958 portant réforme des règles relatives à l'expropriation pour cause d'utilité publique*, A.N. n° 20040168/4.

[1507] B. Mathieu, J.- P. Machelon, F. Mélin-Soucramanien, D. Rousseau, X. Philippe, *Les Grandes délibérations du Conseil constitutionnel. 1958-1986*, précité.

[1508] M. Waline, « Éléments d'une théorie de la juridiction constitutionnelle », *R.D.P.*, 1928, pp. 441- 462.

[1509] « *L'acte juridictionnel est une constatation faite par le juge avec force de vérité légale* » (G. Jèze, « L'acte juridictionnel et la classification des recours contentieux », *R.D.P.*, 1909, pp. 667- 695 ; G. Jèze, « De la force de vérité légale attachée par la loi à l'acte juridictionnel », *R.D.P.*, 1913, pp. 437- 502).

[1510] M. Waline, « Éléments d'une théorie de la juridiction constitutionnelle », précité, p. 446. Tout l'objet de son article est alors de rechercher, au regard de cette définition, s'il existe, dans le droit positif, une ou des juridictions constitutionnelles non contentieuses dans les institutions de la III^{ème} République. Par exemple le contrôle par les assemblées de la régularité des élections qui aboutit à un acte exécutoire : l'admission d'un nouveau parlementaire.

constitutionnelle, certes historiquement datée[1511], constituera pourtant le socle d'une démarche de légitimation de la nature juridictionnelle du Conseil constitutionnel[1512].

642. Seul Paul Coste-Floret fait figure d'exception. Déjà en 1946, lors de la seconde Constituante, Paul Coste-Floret, rapporteur général de la Commission de la Constitution, s'était fait le porte-parole d'une conception politique du contrôle de constitutionnalité des lois : « *Le MRP est fermement attaché au principe du contrôle de la constitutionnalité des lois, la garante de cette constitutionnalité ne peut pas être une Cour suprême de justice, ce ne peut être que le souverain, c'est-à-dire le peuple. Nous proposons donc le contrôle par le référendum populaire* »[1513]. Son attachement professionnel et culturel à la souveraineté parlementaire le pousse à défendre au Comité consultatif constitutionnel une conception politique de l'organe de justice constitutionnelle. Il y soutenait en effet la nécessité de préserver ce qu'il estimait être « *une pièce maîtresse* » [1514] de la Constitution mais à la condition qu'elle demeure « *un organe politico-juridique* […] *pour statuer à la fois du point de vue juridique et du point de vue politique* »[1515]. Coste-Floret est ainsi le seul, parmi les professeurs de droit, à montrer une certaine circonspection à l'égard de la nature juridictionnelle du Conseil.

643. C'est sur le terrain de la matière référendaire que René Cassin défend, pour sa part, la nature juridictionnelle du Conseil lorsqu'il veille à la régularité des opérations de référendum dans le cadre de l'article 60 de la Constitution. Il conduira les autres membres du Conseil à faire la distinction entre la compétence en matière d'organisation du référendum, fonction

[1511] Il considérait que l'absence de contrôle de constitutionnalité des lois était une « *incorrection juridique* » (M. Waline, « Observations sur la gradation des normes juridiques établie par M. Carré de Malberg », *R.D.P.*, 1934, pp. 521-570, spéc. p. 533).

[1512] À sa sortie du Conseil, il contribuera d'ailleurs puissamment à définir de nouveau les caractères juridictionnels du Conseil constitutionnel, en destinant cette fois sa définition à un public beaucoup plus large, ralliant une grande partie de la doctrine à ses idées.

[1513] L. Hamon, *Les juges de la loi. Naissance et rôle d'un contre-pouvoir : le Conseil constitutionnel*, précité, p. 133.

[1514] *D.P.S.*, vol. 2, précité, p. 81.

[1515] *Idem*, p. 105.

uniquement consultative, et la compétence pour examiner les réclamations relatives aux opérations de référendum, fonction de nature juridictionnelle[1516].

644. Les débats les plus animés concernant la nature juridictionnelle du Conseil sont ceux qui ont pour objet les contentieux électoraux. C'est particulièrement le cas lors des séances du 19 septembre 1968[1517] et du 17 octobre 1968[1518]. Les deux séances consécutives, traitant d'une même affaire, révèlent l'âpreté des débats sur la question de la nature juridictionnelle du Conseil[1519]. Le 19 septembre une requête est présentée au Conseil visant à faire droit à une action en diffamation contre un candidat malheureux aux élections législatives. Le requérant estime que le candidat non élu, en l'accusant dans sa requête d'avoir été l'auteur de tracts accusatoires, avait commis un acte diffamatoire étranger à la cause et devant faire l'objet de poursuites en application de l'article 41 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse. L'affaire est inédite au Conseil et les professeurs de droit y voient le moyen de consacrer véritablement la nature juridictionnelle de l'institution, particulièrement en contentieux électoral. François Luchaire propose d'emblée de répondre aux conclusions aux fins de réserve d'action déposée par le député élu. En effet, l'article 41 n'étant applicable qu'aux juridictions, « *cela amènerait le Conseil à reconnaître qu'il est une juridiction* ». Partageant cet avis, René Cassin soutient que le Conseil est une juridiction au sens plein du mot lorsqu'il statut en matière électorale. Il tente même de convaincre l'auditoire en rappelant qu' « *au Conseil d'État une assemblée a décidé que le jury d'honneur des inéligibles, après la guerre, était une juridiction. À plus forte raison le Conseil constitutionnel doit-il être considéré comme tel* ». L'application de la loi de 1881, commande la solution du juge, mais elle est un prétexte pour les professeurs de droit, destiné à consacrer la nature juridictionnelle du Conseil. Tout en se demandant en effet si la loi de 1881 est véritablement applicable, Marcel Waline reconnaît de toute façon une nature juridictionnelle au Conseil. Cependant il avoue qu'en ne se reconnaissant pas compétent, la « *partie diffamée devant le Conseil* » risquerait de voir sa demande repoussée devant les tribunaux civils, aux motifs que la juridiction saisie au principal n'aurait pas réservé son action, ce qui constituerait un « *déni de justice* ». François

[1516] Séance du 23 décembre 1960, *Décision relative à une demande du Président du "Regroupement National"*, A.N. n° 20040168/2.

[1517] Séance du 19 septembre 1968, *Elections à l'Assemblée nationale*, A.N. n° 20040168/5.

[1518] Séance du 17 octobre 1968, *Elections à l'Assemblée nationale*, A.N. n° 20040168/5.

[1519] B. Mathieu, J.- P. Machelon, F. Mélin-Soucramanien, D. Rousseau, X. Philippe, *Les Grandes délibérations du Conseil constitutionnel. 1958-1986*, précité, pp. 159-161.

Luchaire met également en garde contre une solution d'incompétence à propos d'une question de procédure. Pour lui, le Conseil constitutionnel doit pouvoir réserver le droit des parties comme le font les tribunaux administratifs. Une décision d'incompétence aboutirait à des « *commentaires* » qui renforceraient « *la thèse du caractère non juridictionnel du Conseil* ». Le 17 octobre, le Conseil reprend la discussion relative à la diffamation. Marcel Waline, agacé par l'absence de consensus sur le caractère juridictionnel du Conseil et étonné de sa remise en cause, rappelle fermement « *que l'article 62 de la Constitution donne à ses décisions autorité de la chose jugée et que la procédure et la terminologie rappellent à chaque instant qu'il s'agit d'une juridiction* »[1520]. Il ira même jusqu'à proposer un projet de décision qui ralliera les voix de René Cassin et de François Luchaire, projet visant à reconnaître l'applicabilité de la loi de 1881 devant le Conseil tout en proposant le rejet des conclusions du requérant sur le fond. Toutefois, un autre projet est présenté, proposant de restreindre au contraire les compétences du Conseil. Les arguments des professeurs de droit se font plus forts. René Cassin explique notamment qu'en limitant les compétences du Conseil « *on en conclura que les citoyens n'ont pas devant le Conseil constitutionnel les garanties qu'ils ont devant les autres juridictions* ». Le projet de Waline est finalement rejeté d'une voix. Devant l'insistance des professeurs, et particulièrement devant celle de Cassin et Luchaire, une solution de compromis est cependant adoptée. Elle constate que les faits ne sont pas étrangers à la cause et qu'il n'y a donc pas lieu de statuer sur la demande du requérant. Cette motivation, construite de toute pièce, est véritablement le résultat d'une démarche volontariste des professeurs de droit, d'abord pour faire reconnaître le caractère juridictionnel du Conseil en contentieux électoral puis, après le refus du projet de Marcel Waline, pour éviter à tout prix que la décision puisse être interprétée comme ne reconnaissant pas les caractères d'une juridiction au Conseil constitutionnel. La vigueur des débats révèle les dissensions profondes entre les conseillers sur cette question. En s'inspirant des solutions adoptées par d'autres juridictions, les professeurs agissent dans le sens d'une juridictionnalisation, et donc d'une légitimation de l'institution, fondée sur les garanties apportées aux requérants en matière électorale.

[1520] Marcel Waline d'abord, puis François Luchaire auront à cœur, à leur sortie du Conseil, de poursuivre cette œuvre de légitimation commencée au sein même du Conseil. La légitimation par le droit fera place à une légitimation par le discours (voir *infra* § 696 et s.).

645. L'attachement des professeurs à la consécration de la nature juridictionnelle du Conseil est réel. En 1969, par exemple, lors de l'examen de la loi portant sur la protection des sites[1521], Marcel Waline indique que, même en ayant été saisi par un autre Gouvernement dans le cadre de l'article 37 alinéa 2 de la Constitution, la saisine reste valable, « *car on ne peut assimiler la saisine du Conseil au dépôt d'un projet de loi. L'activité du Conseil est proche en effet d'une activité juridictionnelle et non pas législative ou normative* ». Le Conseil, à l'initiative du professeur de droit, tend « *à reconnaître une forme de liaison de l'instance qui, classiquement en droit processuel, représente un marqueur du caractère juridictionnel du procès* »[1522].

646. Malgré les différentes réformes constitutionnelles affectant le Conseil constitutionnel, notamment celle de 1974, les membres du Conseil ne s'accordent pas sur sa nature juridictionnelle. En 1975, Pierre Chatenet redoute, par exemple, qu'en faisant référence, dans la décision, aux mémoires et notes reçus lors de la phase d'instruction, le Conseil glisse « *vers des errements à forme juridictionnelle* »[1523]. Il faut dire que les interrogations et les tergiversations des membres du Conseil se comprennent aisément si l'on observe les modalités de nomination, la sociologie des profils des membres et la fréquence du renouvellement des membres du Conseil. La présence d'une majorité de « *profils politiques* »[1524], la culture parlementaire en découlant, ainsi que l'absence d'esprit de corps au Conseil constitutionnel du fait d'un mandat relativement court[1525], permettent de comprendre la méfiance récurrente à l'égard de la nature juridictionnelle du Conseil[1526]. La lecture des délibérations démontre néanmoins un recul progressif des débats relatifs à cette question. A partir des années quatre-vingt, Georges Vedel prolonge la thèse de la nature juridictionnelle.

[1521] Séance du 26 juin 1969, *Nature juridique de certaines dispositions de la loi du 2 mai 1930 relative à la protection des monuments naturels et des sites de caractère, historique, scientifique, légendaire ou pittoresque et de la loi du 31 décembre 1913 sur les monuments historiques du code de l'urbanisme et de l'habitation*, précité.

[1522] B. Mathieu, J.- P. Machelon, F. Mélin-Soucramanien, D. Rousseau, X. Philippe, *Les Grandes délibérations du Conseil constitutionnel. 1958-1986*, précité, p. 160.

[1523] Séance du 15 janvier 1975, *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse*, précité.

[1524] D. Schnapper, *Une sociologue au Conseil constitutionnel*, précité, pp. 155-167.

[1525] « *Selon le témoignage de tous les conseillers et selon ma propre expérience, neuf ans, non renouvelables, passent très vite* » (*Idem*, p. 183).

[1526] Pour autant, Coste-Floret, pourtant partisan de la thèse de la nature politique du Conseil constitutionnel avouera être en accord avec la réforme constitutionnelle de 1974 constituant une évolution positive (Séance du 23 décembre 1974, *Loi organique modifiant l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel*, A.N. n° 20040168/7).

En 1981, lorsqu'il avoue dans son rapport la nécessité pour le Conseil de prendre en compte les données concrètes et le contexte entourant la loi « sécurité et liberté »[1527], il affirme, de manière audacieuse, que le Conseil est « *plus et moins qu'une Cour constitutionnelle* ».

647. Si les professeurs de droit promeuvent le caractère juridictionnel du Conseil constitutionnel auprès des membres de la juridiction, leur influence a aussi porté sur la légitimation du modèle français de contrôle de constitutionnalité, finalement incarnation la plus proche du modèle type européen, auprès des juridictions constitutionnelles étrangères.

2. La légitimation auprès des juridictions constitutionnelles étrangères

648. Très tôt, les professeurs de droit ont fait part d'une volonté de voir le Conseil constitutionnel s'implanter auprès des autres juridictions constitutionnelles étrangères. La coopération entre les juridictions constitutionnelles et le crédit progressif que le Conseil constitutionnel allait gagner au fil du temps est dû, pour une grande part, à l'investissement des professeurs de droit dans la présence à l'international de la juridiction constitutionnelle française.

649. Au cours de la séance du 28 juin 1972[1528], François Luchaire s'étonne que le Conseil ne soit pas représenté à la conférence des Cours constitutionnelles organisée par la Cour constitutionnelle de Yougoslavie[1529] : « *Au cours d'un voyage en Roumanie* [j'ai] *eu la surprise d'apprendre qu'une conférence des cours constitutionnelles européennes devait avoir lieu et que le Conseil constitutionnel français n'y serait pas représenté* ». Le président

[1527] Séance des 19 et 20 janvier 1981, *Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes*, précité. Bruno Genevois rapporte encore un mot de Georges Vedel confirmant à nouveau une prise de position favorable à la thèse de la nature juridictionnelle du Conseil : « *Lorsque le Conseil constitutionnel eut à s'interroger sur le point de savoir s'il était soumis, en tant qu'organe de l'État, à la loi du 6 janvier 1978 sur l'informatique et les libertés, il fit observer dans le débat que l'autonomie de l'institution se heurtait à des limites : "Les chauffeurs du Conseil doivent se conformer au code de la route... "* » (B. Genevois, « Un universitaire au Conseil constitutionnel : le Doyen Georges Vedel », précité, p. 218).

[1528] Séance du 28 juin 1972, *Résolution tendant à modifier certains articles du règlement du Sénat*, A.N. n° 20040168/6.

[1529] B. Mathieu, J.- P. Machelon, F. Mélin-Soucramanien, D. Rousseau, X. Philippe, *Les Grandes délibérations du Conseil constitutionnel. 1958-1986*, précité, p. 161.

Gaston Palewski lui rappelle cependant que les rapports avec les Cours étrangères relèvent de la seule compétence du président du Conseil. Il confirme d'ailleurs avoir bien eu connaissance de l'initiative prise par le président de la Cour yougoslave. Cependant, il révèle avoir estimé « *que dans la procédure adoptée il n'avait pas été montré suffisamment de déférence à l'égard du Conseil constitutionnel français et, en accord avec le Ministère des Affaires étrangères, il a donc marqué une certaine distance dans la réponse* ». Par la suite, Gaston Palewski a cependant accepté d'y envoyer des « *observateurs* ». Le président du Conseil n'en avait parlé à aucun des membres du Conseil, et l'envoi de simples « *observateurs* », comme, semble-t-il, le manque de « *déférence* » vis-à-vis de la juridiction française, démontre à quel point le Conseil constitutionnel ne dispose pas encore de l'image d'une véritable Cour constitutionnelle auprès de ses homologues européens. C'est pour cette raison que Luchaire insiste sur ses regrets de ne pas avoir été informé et sur la nécessité pour le Conseil d'y être représenté « *en raison de l'autorité qui s'attache au droit français* ». Il est assez significatif ici que Luchaire n'évoque pas l'autorité attachée à l'institution ou au droit produit par le Conseil constitutionnel. Il semble avoir conscience de la faiblesse de l'institution trouvant progressivement sa place parmi les juridictions constitutionnelles étrangères. François Luchaire sera alors l' « *observateur* » envoyé par Gaston Palewski[1530]. Il fera un compte rendu le 8 novembre 1972[1531]. Il y évoque l'influence jouée par les Yougoslaves qui, faisant face à des difficultés avec leurs assemblées locales, souhaitaient démontrer la supériorité du communisme. Il avoue alors avoir eu la sensation que la conférence tendait à se « *constituer en groupe de pression des juridictions constitutionnelles pour accentuer le contrôle des parlements* », ce qui, pour Luchaire, « *n'était évidemment pas son rôle* ». Cette expérience le convainc de prolonger la participation du Conseil à ces manifestations, particulièrement « *si elles portent sur des problèmes techniques précis, de procédure par exemple* ». Luchaire souhaite que le Conseil insiste auprès des organisateurs de la prochaine conférence de Karlsruhe pour qu'ils définissent les cadres d'un véritable échange de techniques et de méthodes juridictionnelles ; et il aimerait pouvoir faire bénéficier le Conseil d'une expertise étrangère afin de nourrir ses propres méthodes et sa procédure. Il faut dire qu'il est l'un des rares professeurs de droit public de cette période à avoir dispensé un cours de droits

[1530] La conférence se déroulait à Dubrovnik du 17 au 20 octobre 1972.

[1531] Séance du 8 novembre 1972, *Nature juridique des dispositions du paragraphe II de l'article L. 544 du code de la sécurité sociale*, A.N. n° 20040168/6.

constitutionnels étrangers[1532]. Ses analyses des juridictions constitutionnelles étrangères démontrent par ailleurs le grand intérêt qu'il porte aux droits et aux systèmes constitutionnels étrangers[1533]. En octobre 1974, c'est au tour de Paul Coste-Floret et François Goguel d'être observateurs lors de la conférence des Cours constitutionnelles de Baden-Baden. Ils en font le compte-rendu lors de la séance du 21 octobre 1974[1534]. Dès 1974, Coste-Floret rapporte que les organisateurs de la conférence souhaitent une participation de la France, non plus seulement à titre d'observateur, mais de membre à part entière. Le Conseil constitutionnel semble finalement s'être fait accepté par les autres Cours constitutionnelles, sur un pied d'égalité. Puis, entre 1972 et 1988, les délibérations révèlent par deux fois la visite de membres de juridictions constitutionnelles étrangères. Le 11 septembre 1975 est l'occasion d'une visite au Conseil du juge Burger de la Cour suprême américaine. Le 23 octobre 1987, les membres ont ensuite l'occasion d'échanger un court instant, à la fin de la séance, avec le président de la Cour constitutionnelle autrichienne. Dans les deux cas, le contenu des échanges est à la fois très bref et sans intérêt juridique particulier. Les professeurs sont en retrait et les autres membres n'évoquent aucune véritable question de fond. Ils interrogent essentiellement leurs interlocuteurs à propos des règles d'organisation de leur juridiction constitutionnelle nationale. A partir de 1986, Robert Badinter a souhaité assurer le rayonnement international du Conseil constitutionnel, et ce dès le début de son mandat. Pour cela, il s'est entouré notamment de Georges Vedel dès 1987. Dominique Rousseau évoque à quel point sa détermination, sa réputation d'homme de droit, son crédit et ses relations ont permis de convaincre ses homologues internationaux du bien-fondé du contrôle de constitutionnalité français[1535]. À Lisbonne, en 1987, lors de la septième Conférence des Cours constitutionnelles, avec Georges Vedel et Bruno Genevois alors Secrétaire général du Conseil constitutionnel, Robert Badinter obtient l'admission du Conseil au nombre des Cours organisatrices membres de la Conférence des Cours constitutionnelles européennes. Deux ans avant la fin de son mandat, c'est au Conseil constitutionnel que se déroule du 10 au 12 mai

[1532] Voir par exemple, F. Luchaire, *Cours de droit constitutionnel étranger*, Les Cours de droit, Paris, 1968, 538 p.

[1533] Ses cours à Faculté de droit de Paris de droit constitutionnel étranger se poursuivent d'ailleurs jusqu'en 1968 (voir pour les cours de doctorat : F. Luchaire, *Cours de droit constitutionnel étranger : les institutions et la vie politique dans les pays d'Asie*, Les Cours de droit, Paris, 1964, 353 p. ; F. Luchaire, *Cours de droit constitutionnel étranger*, Les Cours de droit, Paris, 1968, 538 p. ; pour les cours de D.E.S., voir notamment F. Luchaire, *Cours de droit constitutionnel étranger : l'influence des religions et des croyances sur les institutions et la vie politique dans les Etats d'Asie*, Les Cours de droit, Paris, 1966, 371 p.).

[1534] Séance du 21 octobre 1974, *Réunion du Conseil constitutionnel à l'occasion de la tenue du congrès du Parlement à Versailles*, A.N. n° 20040168/7.

[1535] D. Rousseau, *Sur le Conseil constitutionnel. La doctrine Badinter et la démocratie*, précité, p. 94.

1993 la neuvième réunion de la Conférence. Cette réussite sur le plan de la légitimité externe est le résultat d'une « *action obstinée, régulière, quasi quotidienne et impliquant chaque membre pour combler le retard et faire accéder le Conseil au rang international ou évoluaient ses homologues européens* »[1536]. Cependant, Dominique Rousseau rappelle que cette renommée internationale n'est pas uniquement due à Robert Badinter. Elle est une œuvre qui conserve un caractère collectif : « *Nul doute que la personnalité du Doyen Vedel a contribué à convaincre des Cours au départ réticentes des mérites et du caractère juridictionnel du système français de contrôle de constitutionnalité* »[1537]. L'intérêt principal est, pour Robert Badinter, de « *rompre l'isolement du Conseil constitutionnel* »[1538]. L'engagement international du président du Conseil constitutionnel ne s'arrête pas aux liens entretenus avec les juridictions constitutionnelles déjà solidement implantées dans le paysage juridique international. A partir de 1989 et de l'effondrement du bloc de l'Est, Robert Badinter est sollicité par de nombreux pays d'Europe centrale et orientale pour leur fournir une aide juridique. En février 1993, le Conseil constitutionnel reçoit ainsi la visite du président de la Cour constitutionnelle albanaise avant que Robert Badinter ne soit à son tour reçu en mars 1993 en Albanie à Tirana[1539]. Comme l'explique Paul Cassia, « *beaucoup de ces Etats se tournèrent vers le président du Conseil constitutionnel français pour bénéficier de son expertise* »[1540]. Fort de sa position institutionnelle, à partir de 1990, le président du Conseil constitutionnel s'engage à faire rayonner le modèle du droit français dans toute l'Europe de l'Est[1541].

650. La nature du Conseil est discutée, mais, les professeurs de droit, au cours des délibérations, défendent le caractère juridictionnel du Conseil constitutionnel. Leurs efforts portent encore, et peut être surtout, sur la construction d'une procédure juridictionnelle. La

[1536] *Ibidem*.

[1537] *Idem*, p. 95.

[1538] D. Rousseau, *Sur le Conseil constitutionnel. La doctrine Badinter et la démocratie*, précité, p. 91.

[1539] P. Cassia, *Robert Badinter, un juriste en politique*, précité, p. 448.

[1540] *Ibidem*.

[1541] D'autres professeurs, s'associant à cette fonction d'expert constitutionnel promouvant un modèle français, participent à cette entreprise, notamment Jean-Claude Colliard et François Luchaire (Pour une analyse détaillée de cette influence voir P. Cassia, *Robert Badinter, un juriste en politique*, précité, pp. 447-460 ; D. Rousseau, *Sur le Conseil constitutionnel. La doctrine Badinter et la démocratie*, précité, pp. 90-100 ; Pour une analyse sociologique et critique de cet investissement international, voir R. Dorandeu, « Les pèlerins constitutionnels », in Y. Mény (dir.), *Les politiques du mimétisme institutionnel*, L'Harmattan, Paris, 1993, pp. 83-103).

difficulté de faire reconnaître de façon pérenne la nature juridictionnelle du Conseil impose en effet de fixer progressivement des règles de procédure inspirées des procédures juridictionnelles classiques.

B. Les professeurs de droit et la juridictionnalisation de la procédure

651. La « *rusticité* »[1542] des règles procédurales devant le Conseil constitutionnel laisse aux membres du Conseil une grande liberté dans leur application. Pour la plupart, elles ont été constituées (et se constituent encore) empiriquement[1543]. Les professeurs de droit ont joué un rôle non négligeable dans la construction de ces règles. Entre 1960 et 1988, les professeurs de droit, à l'exception notable de Paul Coste-Floret, défendent tous la nature juridictionnelle du Conseil et de ses activités contentieuses. La procédure évolue très lentement vers une forme juridictionnelle. La majorité des conseillers « *ne se vivent pas comme membres d'une juridiction* […] *exerçant une activité juridictionnelle* »[1544]. Mais, dès 1962, René Cassin contribue à définir l'étendue de l'autorité des décisions du Conseil, ce qui constituera une étape fondamentale dans la reconnaissance de la légitimité juridictionnelle du Conseil constitutionnel (1). Puis, c'est particulièrement au tournant des années quatre-vingt que la procédure se juridictionnalise en profondeur, sous l'impulsion de Georges Vedel et de Robert Badinter. Ensemble, ils contribueront activement à soumettre l'activité du Conseil aux règles du contradictoire et d'une publicité minimale de la procédure contentieuse (2).

1. La définition de l'étendue de l'autorité des décisions du Conseil

652. Le 16 janvier 1962, le Conseil constitutionnel adopte la première décision définissant avec précision l'étendue de l'autorité de la chose jugée[1545]. Elle est l'une des jurisprudences

[1542] G. Vedel, « Préface », in D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, précité, p. 8.

[1543] G. Vedel, « Réflexions sur les singularités de la procédure devant le Conseil constitutionnel », in *Nouveau juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Dalloz, Paris, 1996, pp. 537-556.

[1544] B. Mathieu, J.- P. Machelon, F. Mélin-Soucramanien, D. Rousseau, X. Philippe, *Les Grandes Délibérations du Conseil constitutionnel. 1958-1986*, précité, p. 237.

[1545] Décision n° 62-18 L du 16 janvier 1962, *Nature juridique des dispositions de l'article 31 (alinéa 2) de la loi n° 60-808 du 5 août 1960 d'orientation agricole*, J.O.R.F. du 25 février 1962, p. 1915.

essentielles qui a contribué au renforcement du caractère juridictionnel de l'institution[1546], quand bien même les constituants n'avaient pas considéré le Conseil constitutionnel comme une juridiction et avaient, en conséquence, choisi de ne pas faire figurer l'expression « *d'autorité de chose jugée* » au sein de l'article 62 de la Constitution[1547]. Les délibérations démontrent que cette décision est l'œuvre de René Cassin, dont le rapport puis le projet de décision, qui ne souffrira d'aucune contestation, conduiront à l'adoption de cette décision fondatrice. Depuis 1961, le Conseil constitutionnel a été saisi à trois reprises afin de déterminer la nature juridique de la fixation des prix en matière agricole. Cette lutte entre le Gouvernement et le Parlement à propos des prix agricoles trouve un dénouement dans la décision du 16 janvier 1962. Par deux fois, le Conseil constitutionnel avait reconnu une compétence au pouvoir règlementaire pour fixer les prix agricoles, dans le cadre d'une loi d'orientation agricole du 5 août 1960 qui donnait compétence au législateur pour la fixation des prix[1548]. Il s'agissait, dans un premier temps, d'une saisine par le président du Sénat à la suite d'une proposition de loi portant sur les prix agricoles déclarée irrecevable par le Gouvernement. Le Conseil avait alors estimé que la proposition n'entrait pas dans le domaine réservé à la loi par la Constitution[1549]. Dans un second temps, après qu'un amendement à un projet de loi portant sur la même matière eût été déclaré irrecevable, le président de l'Assemblée nationale avait saisi le Conseil constitutionnel. Celui-ci avait repris l'argumentation contenue dans sa décision du 8 septembre[1550]. Finalement, le Gouvernement

[1546] Comme l'explique François Luchaire : « *L'utilisation du concept de chose jugée présente* […] *un intérêt pédagogique plus que juridique : elle souligne que le Conseil constitutionnel est un juge qui prend des décisions juridictionnelles* » (F. Luchaire, *Le Conseil constitutionnel. Jurisprudence. Première partie : L'individu*, tome II, Economica, Paris, 1998, 2ème éd., 259 p., spéc. p. 12).

[1547] *D.P.S.*, vol. 3, précité, p. 164.

[1548] Décision n° 61-3 FNR du 08 septembre 1961, *Proposition de loi déposée par M. Blondelle, sénateur, et tendant à déterminer les conditions suivant lesquelles seront fixés par décret les prix d'objectif de certains produits agricoles*, J.O.R.F. du 9 septembre 1961, p. 8427 ; Décision n° 61-4 FNR du 18 octobre 1961, *Amendement présenté par Boscary-Monsservin, député, à un projet de loi relatif à la fixation des prix agricoles*, J.O.R.F. du 19 octobre 1961, p. 9538.

[1549] « *Considérant enfin que, si l'article 31 de la loi d'orientation agricole dispose, dans son second alinéa, que "dans le cas où la politique agricole commune n'aurait pas reçu au 1er juillet 1961 un commencement d'exécution suffisant, le Gouvernement déposera un projet de loi déterminant les conditions suivant lesquelles seront fixés par décret les prochains prix d'objectifs", cette disposition, dont le Conseil constitutionnel n'a pas eu, avant sa promulgation, à apprécier la conformité à la Constitution, ne saurait prévaloir sur celles des articles 34 et 37 de la Constitution et fournir un fondement suffisant à la compétence du législateur en matière de prix* » (Décision n° 61-3 FNR du 08 septembre 1961, *Proposition de loi déposée par M. Blondelle, sénateur, et tendant à déterminer les conditions suivant lesquelles seront fixés par décret les prix d'objectif de certains produits agricoles*, précité, cons. 5).

[1550] « *Considérant qu'un tel amendement, pour les motifs que le Conseil constitutionnel a déjà relevés dans sa décision du 8 septembre 1961 relative à une proposition de loi dont l'une des dispositions avait un objet identique, constitue une intervention du législateur dans la matière des prix qui n'est pas au nombre de celles*

avait décidé de déposer le 27 novembre 1961 un nouveau projet de loi sur les prix agricoles, projet rejeté par le Sénat en deuxième lecture. Il se décida alors à agir par décret, mais le Conseil d'Etat se refusa à procéder à l'examen du projet de décret à défaut pour le Conseil constitutionnel de n'avoir pas reconnu le caractère règlementaire de la disposition concernant la fixation des prix agricoles contenue dans la loi d'orientation, qui prévoit en cette matière l'intervention d'une loi. À la suite de l'avis rendu par la juridiction administrative, le Conseil est à nouveau saisi de la disposition concernant la fixation des prix agricole de la loi d'orientation du 5 août 1960, cette fois par le Premier ministre.

653. René Cassin, à qui est confié le rapport en 1962, avait déjà rapporté sur les décisions du 8 septembre et du 18 octobre 1961 ayant abouti au caractère règlementaire de la disposition contestée. Déjà, lors de la séance du 18 octobre[1551], il avait prévenu les membres du Conseil que l'amendement contesté était la reproduction exacte de la proposition de loi examinée quelques semaines plus tôt. Au cours de la discussion, le professeur de droit avait soutenu l'idée de réaffirmer implicitement, dans les motifs de la décision du 18 octobre, ceux qui avaient guidé celle du 8 septembre. Dans son rapport sur la décision de 1962, René Cassin propose aux membres du Conseil de rappeler les motifs fondant les deux décisions des 8 septembre et 18 octobre précédemment évoquées, puis de définir l'étendue de l'autorité des décisions du Conseil. Il remarque, d'une part, l'identité de cause et de parties dans ces trois saisines successives ; et, d'autre part, la nécessité pour le Conseil de clarifier l'étendue de l'autorité de ses décisions en application de l'article 62 de la Constitution, le Parlement comme le Gouvernement ayant visiblement ignoré la jurisprudence du Conseil. En effet, la disposition contestée avait été déclarée inopérante dans les motifs et non dans le dispositif des décisions des 8 septembre et 18 octobre 1961. Cassin se livre alors à une clarification de l'autorité de chose jugée pour l'appliquer aux décisions du Conseil. Il explique très clairement que « *c'est un principe général admis dans notre droit, aussi bien administratif que judiciaire, que l'autorité de la chose jugée s'attache non seulement au dispositif des décisions de justice, mais aussi aux motifs qui en sont le soutien nécessaire, qui en constituent le fondement même ou qui sont indispensables pour en déterminer et en compléter le sens* ».

réservées à sa compétence par l'article 34 de la Constitution » (Décision n° 61-4 FNR du 18 octobre 1961, Amendement présenté par Boscary-Monsservin, député, à un projet de loi relatif à la fixation des prix agricoles, précité, cons. 4).

[1551] Séance du 18 octobre 1961, *Amendement présenté par Boscary-Monsservin, député, à un projet de loi relatif à la fixation des prix agricoles*, A.N. n° 20040168/2.

Justifiant son propos, il rappelle que les jurisprudences du Tribunal des conflits et du Conseil d'État sont les mêmes que celle de la Cour de cassation dans les domaines où l'autorité de la chose jugée a un caractère absolu.

654. L'attachement toujours persistant de René Cassin à l'institution dont il fut longtemps le Vice-président se ressent à la lecture du rapport. Il se livre en effet à une analyse de la jurisprudence du Conseil d'État, dont il cite une formule de principe, concernant l'inséparabilité des motifs et du dispositif qui constituent l'autorité qui s'attache à la chose jugée[1552]. Au fil de son rapport, le professeur insiste sur le fait que l'autorité de la chose jugée figure au nombre des principes généraux du droit, renvoyant à la thèse de Benoît Jeanneau[1553] et à un article de Letourneur sur les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative[1554]. Cependant, il estime que le Conseil constitutionnel ne rend pas des jugements au sens strict. Pour autant, il se réfère à l'article 62 de la Constitution pour justifier *in fine* que « *le principe général dégagé sur l'étendue de l'autorité de la chose jugée, doit donc être appliqué aux décisions du Conseil constitutionnel* ». Pour Cassin, concluant son rapport, le Conseil doit désormais « *invoquer formellement* » l'autorité de la chose jugée de ses décisions qui s'applique non seulement au dispositif mais aussi aux motifs qui en sont le « *soutien nécessaire* ». Lors de la discussion, les conseillers félicitent la qualité du rapport de René Cassin et se rallient aux conclusions du rapporteur, estimant désormais indispensable de rappeler les termes de l'article 62 de la Constitution. Le projet de décision du rapporteur sera adopté sans subir de modifications.

655. René Cassin, en rapportant sur ces décisions relatives à la fixation des prix agricoles, a donc été amené, aidé par les circonstances particulières de ces trois affaires, à élaborer une décision définissant avec force l'autorité des décisions de la juridiction constitutionnelle. Le professeur de droit est l'auteur principal de cette jurisprudence fondatrice[1555] qui a permis

[1552] C.E., Sect., 28 décembre 1949, *Société anonyme des automobiles Berliet*, Rec. p. 579 ; P. Weil, *D.*, Juris., 1950, pp. 383-386.

[1553] B. Jeanneau, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, Sirey, Paris, 1954, 287 p., spéc. pp. 102-105.

[1554] M. Letourneur, « Les "principes généraux du droit" dans la jurisprudence du Conseil d'État », *E.D.C.E.*, 1951, pp. 19-31.

[1555] L. Favoreu, L. Philip, *Les Grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, Paris, 1999, 10ème éd., n° 13, pp. 165-183.

d'affirmer la nature juridique de l'autorité attachée aux décisions du Conseil s'imposant, en application de l'article 62 alinéa 2 de la Constitution, « *aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles* »[1556]. Ce constat souligne ainsi la dimension volontariste de l'influence de René Cassin et de son rapport.

656. Parallèlement, deux professeurs, au cours des années quatre-vingt eurent un rôle décisif dans l'approfondissement des attributions juridictionnelles du Conseil, à travers la consécration du contradictoire et d'une forme de transparence du processus décisionnel.

2. La transparence et le contradictoire : renoncer « *aux secrets de polichinelle* »[1557]

657. C'est principalement sous l'impulsion de Georges Vedel[1558] et de Robert Badinter que la procédure applicable devant le Conseil constitutionnel tend progressivement à se juridictionnaliser. Au cours des années quatre-vingt, la saisine du Conseil est l'un des thèmes régulièrement discuté par les membres. Une analyse contextuelle explique cette prise en considération de la saisine, notamment parlementaire, par les conseillers constitutionnels[1559]. A partir des années quatre-vingt, le nombre des saisines est presque multiplié par dix sous l'effet notable de l'alternance[1560] et de l'utilité politique et institutionnelle qu'elle revêt

[1556] « *Considérant, d'une part, qu'aux termes de l'article 62 in fine de la Constitution : "les décisions du Conseil constitutionnel s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles" ; que l'autorité des décisions visées par cette disposition s'attache non seulement à leur dispositif mais aussi aux motifs qui en sont le soutien nécessaire et en constituent le fondement même* » (Décision n° 62-18 L du 16 janvier 1962, *Nature juridique des dispositions de l'article 31 (alinéa 2) de la loi n° 60-808 du 5 août 1960 d'orientation agricole*, précité, cons. 1).

[1557] Au cours des délibérations, Georges Vedel résumait ainsi la période de transformation que connaissait le Conseil constitutionnel depuis 1980 : « *Rappelons que dans la période actuelle on s'explique, on renonce au secret de polichinelle* » (séance du 10 juillet 1985, *Loi organique modifiant le code électoral et relative à l'élection des députés*, A.N. n° 20040168/11).

[1558] Le professeur était à ce point convaincu du caractère juridictionnel de la procédure, qu'il estimait que la saisine parlementaire avait une « *forme contradictoire établie par la pratique prétorienne*» par l'intermédiaire des débats au Parlement, de la saisine et des débats dans la presse, constituant pour lui « *une situation unique pour une juridiction constitutionnelle* » (séance du 10 juillet 1985, *Loi organique modifiant le code électoral et relative à l'élection des députés*, précité).

[1559] G. Vedel, « La manière dont les saisines sont perçues par les membres du Conseil constitutionnel et prises en compte dans les discussions », in *Vingt ans de saisine parlementaire du Conseil constitutionnel*, Economica-P.U.A.M., Paris, 1995, pp. 57 à 65.

[1560] P. Jan, *La saisine du Conseil constitutionnel*, L.G.D.J., coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », Paris, 1999, 716 p., spéc. pp. 413-424.

désormais dans la culture parlementaire depuis 1974. Sur le fond, elles sont souvent finement motivées, notamment parce qu'elles sont généralement préparées ou inspirées par des juristes universitaires[1561]. La saisine correspond alors à la mise en œuvre des attributions juridictionnelles du Conseil[1562]. Et les particularités des modalités de la saisine[1563] sont probablement les éléments les plus caractéristiques de la juridiction constitutionnelle française. Certains auteurs vont même jusqu'à faire des règles concernant la saisine du Conseil la preuve de son caractère non juridictionnel[1564]. Cette prise en compte de la saisine induit même un changement des méthodes de discussion des projets de décision. Par exemple, au moment de la discussion du rapport en séance, Georges Vedel propose, lors de la délibération du 29 décembre 1982[1565], une nouvelle manière de discuter les rapports qui sera adoptée puis généralisée. Il suggère ainsi qu'après l'examen de chaque moyen de la saisine, une discussion puisse s'engager. Pour le professeur de droit, cette nouvelle forme de discussion en séance a « *le mérite d'éviter des risques d'oubli ou de chevauchement si le Conseil, comme il le fait habituellement, n'engage la discussion générale qu'à la fin du rapport complet* ». L'évolution réclamée par Georges Vedel, et adoptée à l'unanimité, se révèle être dictée par les changements que connaît la saisine du Conseil et, plus précisément, par la technicité de plus en plus grande des questions de constitutionnalité. Les saisines participent en effet désormais au processus législatif et leur contenu, souvent très précis, rend nécessaire une analyse minutieuse du rapporteur. Georges Vedel recherche donc la qualité et l'efficacité du travail au cours de la délibération.

658. Les conseillers constitutionnels ont, durant cette période, une conscience accrue de l'importance des saisines et un large débat va s'ouvrir en 1983 concernant leur publicité. Les séances du 28 mai 1983 et du 15 juin 1983 constituent à ce titre deux dates clés, tant par la qualité des délibérations et l'influence jouée par Georges Vedel, que par la portée de la

[1561] Voir *supra* § 28.

[1562] *Idem*, p. 25.

[1563] Il faudrait ainsi distinguer entre la notion de « transmission », applicable aux lois organiques et celle de « saisine » qui s'appliquerait seulement au contentieux facultatif. Pourtant, même pour les lois organiques, le Conseil constitutionnel se déclare saisi par le Premier ministre, ce qui correspond « *à la volonté pour le Conseil de se considérer comme une juridiction* » (F. Luchaire, *Le Conseil constitutionnel*, tome I, précité, p. 135).

[1564] Cl. Franck, *Les fonctions juridictionnelles du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat dans l'ordre constitutionnel*, L.G.D.J., Paris, 1974, 327 p., spéc. p. 79.

[1565] Séance du 29 décembre 1982, *Loi de finances pour 1983*, A.N. n° 20040168/10.

décision finalement adoptée concernant la publicité des saisines. Au cours de la séance du 28 mai 1983[1566], Louis Joxe présente un rapport aux termes duquel le projet de décision contient la reproduction intégrale de la lettre de saisine des sénateurs auteurs du recours. Cette nouvelle pratique avait été voulue par Daniel Mayer. Nommé récemment président du Conseil, il désirait très probablement marquer le début de son mandat par une réforme d'envergure de la procédure suivie devant le Conseil. Cependant, Georges Vedel, découvrant avec surprise le projet de décision, s'y oppose. Selon lui, cette nouvelle pratique démontre une méconnaissance de la part du rapporteur et du président de la signification de la saisine du Conseil constitutionnel. « *Cette nouvelle pratique* », indique Georges Vedel, « *a un effet pervers en ce qu'elle constitue une méconnaissance de ce qu'est la saisine du Conseil constitutionnel. Le principe est en effet que le Conseil est saisi d'une loi, peu importe les moyens invoqués par ceux qui la critiquent* ». Le professeur de droit en profite alors pour donner, une fois encore, une explication détaillée et très didactique de la situation dans laquelle se trouve le Conseil lorsqu'il est saisi. Il rappelle les termes de l'article 61 de la Constitution et précise d'emblée que l'ensemble de la loi est déféré au Conseil et qu'il s'agit là « *d'un acte à la fois politique et juridictionnel* ». Par conséquent, même saisi d'une loi sans qu'aucun moyen d'inconstitutionnalité ne soit soulevé par les requérants, le Conseil est tenu à l'examen de l'ensemble du texte. De plus, il rappelle que la saisine s'accompagne souvent de documents émanant non des auteurs de la saisine mais de divers groupements ou individus. Dans tous les cas, saisi de l'ensemble du texte, le Conseil n'est pas lié par les éventuels moyens développés à l'appui de la saisine, les juges constitutionnel pouvant à ce titre « *statuer d'office sur des moyens non invoqués si ceux-ci paraissent d'une gravité certaine* »[1567]. L'analyse qu'il mène est donc purement procédurale, allant même jusqu'à préciser que, face à une lettre de saisine motivée, c'est par « *simple loyauté* » envers ses auteurs que le Conseil répond à chacun des moyens soulevés. Pour Vedel, publier la saisine avec la décision reviendrait finalement à lier le contrôle du Conseil aux moyens développés par les requérants. Les auteurs de la saisine auraient alors le droit de penser que leur lettre fixe l'étendue de la saisine « *comme jadis les plaideurs devant le Conseil d'État, obligés de viser dans leur mémoire tous les articles du texte attaqué et de soulever toutes sortes de moyens passe-partout* ». D'un point de vue très pratique, le professeur fait remarquer encore que la

[1566] Séance du 28 mai 1983, *Loi portant diverses mesures relatives aux prestations de vieillesse*, A.N. n° 20040168/11.

[1567] Le Doyen Vedel prend d'ailleurs pour exemple la décision sur la loi « Sécurité et liberté », dont il fut lui-même le rapporteur.

longueur des argumentations parfois développées dans les lettres de saisine n'est « *en rien favorable à une lecture aisée du projet* » et ne présente à ses yeux « *aucune valeur pédagogique* ». Plus étonnant encore, Daniel Mayer, peu rompu aux subtilités du contentieux constitutionnel, tente de répondre à Georges Vedel en soulevant un faux paradoxe : comment expliquer que le Conseil accepte de soulever des moyens d'office alors qu'il refuse de s'autosaisir ? Georges Vedel lui répond alors que le Conseil commettrait une « *forfaiture* » s'il décidait un jour de s'autosaisir, les termes de l'article 61 de la Constitution étant clairs à ce sujet. D'ailleurs, comme il l'explique, « *un tribunal civil ou une juridiction administrative ne statuent que s'ils sont saisis par les parties. Mais ils doivent relever d'office les moyens d'ordre public, moyens qui ne peuvent être laissés à la fantaisie des plaideurs* ».

659. Finalement, Vedel propose de conserver la présentation traditionnelle des décisions et d'organiser ultérieurement une séance pour résoudre collégialement cette question. En outre, pour ne plus être surpris par un mauvais projet de décision, il souhaiterait que ces derniers soient communiqués aux membres du Conseil avant le début de la séance. L'improvisation dont fait preuve cette pratique voulue par Daniel Mayer place ici Georges Vedel dans une position de garant du bon fonctionnement de l'institution. Nommé en 1980, en à peine trois ans de mandat, il en est déjà la mémoire et le technicien. Et son autorité se déploie avec force sur l'institution. Il va même jusqu'à intervenir, comme l'aurait fait le président du Conseil lui-même, lorsqu'il propose de conserver le régime existant et de reporter la discussion, ou encore de se voir transmettre les projets de décisions avant la séance ! Son intervention, visiblement non prévue, semble d'ailleurs surprendre le président Mayer qui, pensant faire œuvre de logique, se rétracte immédiatement à l'écoute des arguments du professeur de droit et reporte la discussion à la séance du 15 juin 1983.

660. En marge de la séance du 15 juin 1983[1568], la discussion est reprise sur le point de savoir quel sort doit être réservé aux saisines parlementaires. Vedel ouvre le débat en en rappelant les termes : « *1°) Est-il souhaitable d'incorporer la lettre de saisine dans la décision ? 2°) Est-il nécessaire d'assurer la publicité de la lettre de saisine ?* ». Il maintient son opposition à l'incorporation de la lettre de saisine dans la décision, notamment car elle

[1568] Séance du 15 juin 1983, *Loi organique relative à la représentation au Sénat des Français établis hors de France*, A.N. n° 20040168/11.

rendrait les décisions « *incompréhensibles* » et que le juge constitutionnel serait obligé de « *faire un travail de clarification* » consistant à distinguer les argumentations et à regrouper les saisines lorsqu'elles se recoupent. L'argument qui convaincra la majorité de ses collègues est celui de l'importance de la brièveté des décisions et du respect de la logique juridique par le juge: « *Grand lecteur de décisions de justice, l'intelligibilité d'une décision dépend de sa brièveté, de la maîtrise qu'a le juge pour reprendre le problème sans inventer, sans omettre, mais en suivant le sens de la logique juridique* ». Cependant, Georges Vedel est particulièrement favorable à une publicité des saisines. Mais à nouveau, il en détermine les différentes possibilités. La première est la publication dans un recueil annexe aux décisions du Conseil, qu'il considère comme « *de la moutarde après le dîner, car dix-huit mois après, connaître la saisine, ce n'est peut-être pas être à la pointe de l'actualité* ». La seconde porte sur une publication au journal officiel dont il est convaincu qu'elle est la bonne solution. La troisième consisterait enfin en une publication dans les documents parlementaires. La discussion fait apparaître de nombreuses divergences, particulièrement sur le principe de la publication des saisines et sur les apports réels ou supposés à la clarté des décisions. Sur ce point, Georges Vedel rappelle que, depuis « *quelques années* », en réalité depuis la décision « Sécurité et liberté » de 1981 dont il fut le rapporteur, les décisions du Conseil répondent point par point et par « *courtoisie* », selon la terminologie vedélienne, à tous les arguments soulevés dans les saisines motivées. Pour le professeur, ce n'est donc pas la clarté des décisions qui importe, mais le fait que la lettre de saisine « *s'inscrive dans la procédure législative* » et qu'elle soit publiée au Journal officiel. Si les membres sont partagés sur l'opportunité d'une telle réforme, ils épousent pourtant les arguments développés par Georges Vedel, votant finalement à l'unanimité le principe d'une publication des saisines au Journal officiel. La saisine sera alors publiée dans la rubrique « *information parlementaire* » du Journal officiel. Puis en 1994, sous l'influence de Robert Badinter, souhaitant que soient aussi rendus publics les moyens de défense du Gouvernement pour que les « *commentateurs puissent juger de leur pertinence et de leur qualité* »[1569], le texte de la saisine sera publié entre la décision du Conseil et les observations du Gouvernement[1570].

[1569] R. Badinter, « Ouverture », in *vingt ans de saisine parlementaire du Conseil constitutionnel*, Economica-P.U.A.M., Paris, 1995, pp. 11-14, spéc. p. 13.

[1570] D. Rousseau, *Sur le Conseil constitutionnel. La doctrine Badinter et la démocratie*, précité, p. 61.

661. Lorsque Robert Badinter entre en fonction, il fait part d'une volonté farouche d'approfondir la juridictionnalisation du Conseil constitutionnel : « *Dès ma prise de fonction, j'exprimais clairement ma conception devant les autres membres du Conseil. Évoquant la méfiance originelle qui avait entouré le Conseil constitutionnel, je déclarais "comme pour toute juridiction, les décisions rendues par le Conseil suscitent trop volontiers, chez la partie qui succombe ou ses amis, la critique et parfois même la mise en accusation des juges". Le mot était lâché. Les membres du Conseil devaient se considérer comme des juges, disant le Droit et rendant des décisions juridictionnelles. Et non des juges, se prononçant en équité en fonction de leurs convictions* »[1571]. Trois mois après sa prise de fonction, le 5 juin 1986, à l'occasion de la première saisine, il adresse une lettre au président des deux Assemblées dans laquelle il propose que le rapporteur au Conseil constitutionnel puisse « *prendre l'attache tant du rapporteur de la commission qui, dans chaque assemblée, a été saisi au fond du texte de la loi que d'un représentant des auteurs de la saisine, afin qu'ils puissent éventuellement communiquer toutes observations complémentaires qu'ils jugeraient utiles à l'appui du rapport ou de la saisine* »[1572]. Robert Badinter considérant le Conseil constitutionnel comme une juridiction, il est à ce titre indispensable que le contradictoire y soit respecté. Cependant, dans une lettre adressée au président du Conseil constitutionnel, Jacques Chaban-Delmas et Alain Poher refusent sa proposition. Les rapporteurs de la loi ne sont pas compétents pour la défendre devant le Conseil car leur fonction prend fin avec le vote du texte. Cela ferait revivre un débat sur la loi hors de l'enceinte parlementaire, débat devant être considéré comme achevé après le vote de la loi[1573]. Contraint de revoir son projet, Robert Badinter chargera Bruno Genevois de rédiger un « *guide interne* »[1574] déterminant la procédure applicable au contrôle de constitutionnalité des lois. Ce guide prévoit notamment l'échange des mémoires entre les saisissants et le Secrétariat général du Conseil, l'audition éventuelle des parlementaires, l'audition par le rapporteur au Conseil de toute personne susceptible d'améliorer l'instruction. À plusieurs reprises et avec plus d'insistance à la fin de son mandat, Robert Badinter essaya de convaincre le Conseil de la nécessité d'y imposer la publicité et

[1571] R. Badinter, « Une longue marche. "Du Conseil à la Cour constitutionnelle"», *C.C.C.*, n° 25, 2008, pp. 6-8, spéc. pp. 6-7.

[1572] *Idem*, p. 51.

[1573] G. Vedel, « Réflexions sur les singularités de la procédure devant le Conseil constitutionnel », in *Nouveau juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Dalloz, Paris, 1996, pp. 537-556, spéc. p. 547.

[1574] P. Cassia, *Robert Badinter, un juriste en politique*, précité, p. 430.

l'oralité des débats[1575]. Il fut beaucoup critiqué pour cela : volonté corporatiste d'ouvrir un nouveau prétoire aux avocats[1576], réaction à la suite des critiques de l'avocat de Jack Lang après la décision annulant son élection de député[1577] et le déclarant inéligible pour une durée d'un an. D'autres y ont vu une initiative destinée à se prémunir d'une condamnation par la Convention européenne des droits de l'homme qui fait de la publicité de la procédure juridictionnelle une garantie du droit à un procès équitable[1578]. Or, ainsi que l'explique Dominique Rousseau, « *pourquoi ne pas considérer aussi que la publicité des débats et l'intervention d'avocats à l'audience ne soient pas, pour Robert Badinter, les éléments structurants de toute procédure juridictionnelle démocratique, ne soient pas l'expression même de sa philosophie de la justice* »[1579]. Il semble effectivement l'être, le professeur de droit ayant semble-t-il une réelle volonté d'approfondir la juridictionnalisation de la procédure.

662. La séance du 6 mai 1986[1580] démontre précisément cette volonté de Robert Badinter d'instaurer une procédure contradictoire. Elle s'ouvre en effet sur diverses questions relatives à la procédure applicable au contentieux fiscal. Robert Badinter informe le Conseil qu'il a eu un échange informel, puis épistolaire, avec Maître Arnaud Lyon-Caen, « *entretien amical où a percé la sensibilité frémissante de l'avocat au Conseil* ». Ce dernier lui a fait remarquer le manque d'attention du Conseil constitutionnel à l'égard des avocats, particulièrement à l'égard des avocats aux Conseils. Plusieurs questions abordées par les deux hommes sont alors soumises à la discussion des conseillers. La première question concerne les difficultés qu'éprouvent les avocats pour remplir les formalités d'accès au Conseil lors d'un contentieux électoral. En effet, pour obtenir les dossiers des élus, les avocats doivent produire un pouvoir spécial. Or, le président du Conseil estime qu'ils doivent être crus sur parole, de manière à

[1575] D. Rousseau, *Sur le Conseil constitutionnel. La doctrine Badinter et la démocratie*, précité, p. 54.

[1576] *Ibidem*.

[1577] Décision n° 93-1328/1487 A.N. du 09 décembre 1993, *A.N., Loir-et-Cher (1ère circ.)*, J.O.R.F. du 10 décembre 1993 p. 17197 ; « L'annulation de l'élection de Blois par le Conseil constitutionnel. Jack Lang se plaint d'une "régression du droit"», *Le Monde* du 11 décembre 1993 ; « Jack Lang L'inconscient des neuf "sages"», *Le Monde* du 23 décembre 1993.

[1578] D. Rousseau, *Sur le Conseil constitutionnel. La doctrine Badinter et la démocratie*, précité, p. 55 ; C.E.D.H., *Werner c. Autriche*, 24 novembre 1997, Req. n° 21835/93.

[1579] D. Rousseau, *Sur le Conseil constitutionnel. La doctrine Badinter et la démocratie*, précité, p. 55.

[1580] Séance du 6 mai 1986, *Diverses questions relatives à la procédure applicable au contentieux électoral*, A.N. n° 20040168/12.

soustraire les avocats à cette exigence, particulièrement lorsqu'un seul avocat défend des élus contestés d'une même liste électorale. Il propose ainsi que le requérant précise par écrit la personne choisie pour le représenter, et que l'avocat n'ait *« plus besoin de présenter un pouvoir spécial pour obtenir communication des dossiers, un coup de téléphone préalable, informant le Conseil de sa qualité de représentant, serait suffisant* ». Robert Badinter souhaite éviter que l'avocat ait à « *présenter ses papiers d'identité* », d'autant plus que par analogie, cette justification « *ne lui est pas demandée dans le cabinet du juge d'instruction* ». La seconde question a trait cette fois au contradictoire de la procédure. Arnaud Lyon-Caen désire obtenir du Conseil la communication des mémoires des autres parties, solution à laquelle Robert Badinter se déclare favorable, car elle permet de donner « *une large clarté au débat* ». Pour le président du Conseil, la communication devra être étendue à tous les intervenants de la procédure, obtenant le soutien de Vedel sur ce point : « *si on ne veut préjuger de l'élection, il faut communiquer à tous, car tous peuvent être concernés soit, par exemple, en cas d'annulation de l'ensemble, mais aussi en cas de réformation où même des non élus pourraient être intéressés* ». Finalement, Robert Badinter décide que la communication s'étendra jusqu'aux remplaçants.

663. L'évolution de la procédure, comme celle de l'image interne et internationale du Conseil constitutionnel, a donc été en grande partie influencée par les professeurs de droit. Ils sont conscients que l'acceptation du contrôle de constitutionnalité passe nécessairement par la reconnaissance du Conseil constitutionnel comme une véritable juridiction. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle les professeurs de droit ont appliqué avec rigueur, dans la mesure du possible, les règles déontologiques auxquelles doivent se conformer les membres d'une juridiction constitutionnelle.

§ 2. Le respect de règles déontologiques par les professeurs de droit

664. C'est en s'appropriant les règles déterminant les obligations des membres du Conseil constitutionnel que les professeurs de droit ont participé à un mouvement plus large de juridictionnalisation du Conseil constitutionnel. Il est nécessaire de comprendre que la notion

de déontologie renvoie ici aux règles propres à la régulation d'un groupe professionnel[1581]. Si le terme n'apparaît dans aucun texte, il constitue bien une réalité à laquelle se conforment les membres du Conseil. Comme l'explique Guillaume Drago, la déontologie a « *d'autant plus d'importance que le statut des membres du Conseil est de faible portée, peu organisé et limité à l'essentiel* »[1582]. L'article 7 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 interdit aux membres du Conseil « *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* ». Il renvoie à un décret pris en Conseil des ministres le soin de détailler l'ensemble des obligations déontologiques. L'article premier du décret du 13 novembre 1959 dispose 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* »[1583]. Son article second interdit « *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* » et « *de laisser mentionner leur qualité de membre du Conseil constitutionnel dans tout document susceptible d'être publié et relatif à toute activité publique ou privée* »[1584]. L'indépendance organique du Conseil constitutionnel lui assure de pouvoir déterminer seul le respect par ses membres des règles déontologiques gouvernant l'office de juge constitutionnel[1585], ces obligations étant « *solennisées* »[1586] par le serment prêté par les membres du Conseil constitutionnel[1587]. Comme pour l'ensemble de leurs obligations, les membres doivent donc s'autodiscipliner. En se fondant sur une connaissance nécessairement parcellaire de la pratique de ces règles par les professeurs de droit, il est toutefois possible

[1581] J. Moret-Bailly, « Déontologie », in L. Cadiet, (dir.), *Dictionnaire de la Justice*, précité, pp. 326-330, spéc. p. 326 ; J. Moret-Bailly, D. Truchet (dir.), *Pour une autre déontologie des juristes*, P.U.F., Paris, 2014, 100 p. ; Ch. Vigouroux, *La déontologie des fonctions publiques*, Dalloz, Paris, 2ème éd., 2012, 731 p., spéc. pp. 9-32.

[1582] G. Drago, « Ethique et déontologie du juge constitutionnel français », *D.*, Chron., 1999, pp. 263-269, spéc. p. 264.

[1583] Article 1 du Décret n°59-1292 du 13 novembre 1959 sur les obligations du Conseil constitutionnel.

[1584] Article 2 du Décret n°59-1292 du 13 novembre 1959 sur les obligations du Conseil constitutionnel.

[1585] L'article 5 du décret du 13 novembre 1959 dispose en effet que : « *Le Conseil constitutionnel apprécie, le cas échéant, si l'un de ses membres a manqué aux obligations générales et particulières mentionnées aux articles 1er et 2 du présent décret* ». L'article 6 dispose : « *Dans le cas prévu à l'article 5 ci-dessus, le Conseil constitutionnel se prononce au scrutin secret à la majorité simple des membres le composant, y compris ses membres de droit* ». L'article 7 dispose : « *Pour l'application des dispositions du présent décret, le Conseil constitutionnel peut recourir, s'il y a lieu, à la procédure prévue à l'article 10 de l'ordonnance susvisée du 7 novembre 1958* » ; voir aussi : « *Le Conseil constitutionnel est seul juge du respect par ses membres des obligations qui s'imposent à eux* » (C.E., ord. Réf., 6 mai 2005, Hoffer, précité).

[1586] F. Luchaire, *Le Conseil constitutionnel*, tome I, précité, p. 83.

[1587] Ils jurent de bien et fidèlement remplir leurs fonctions et de les exercer en toute impartialité dans le respect de la Constitution, ainsi que de garder le secret des délibérations et des votes.

d'en déterminer deux orientations générales : l'une a trait au devoir de réserve et place le professeur de droit dans une situation bien particulière (A) ; l'autre a trait à l'impartialité du juge (B). Dans les deux cas, la pratique des professeurs de droit tend à démontrer qu'ils s'identifient véritablement à des juges, même si l'application des règles déontologiques est très souple et renseigne sur des pratiques plus ou moins respectueuses du devoir de réserve.

A. Une libre interprétation du devoir de réserve

665. Il est difficile de déterminer avec certitude et exhaustivité les pratiques de chacun des professeurs de droit membres du Conseil constitutionnel à l'égard de leur devoir de réserve dans la mesure où il relève d'une démarche personnelle et d'une interprétation plus ou moins stricte des obligations qui s'imposent aux membres du Conseil. D'un point de vue scientifique, il existe peu de sources pertinentes susceptibles d'offrir un état des lieux complet de cette pratique[1588]. On peut cependant citer un certain nombre de pratiques connues.

666. Certains professeurs de droit ont respecté très strictement l'obligation qui était la leur « *de ne 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* »[1589] ou bien encore « *de laisser mentionner leur qualité de membre du Conseil constitutionnel dans tout document susceptible d'être publié et relatif à toute activité publique ou privée* »[1590]. Le cumul des fonctions de professeur de droit et de membre du Conseil constitutionnel, jusqu'en 2013[1591], plaçait pourtant les juges concernés par cette situation dans une position ambivalente. Les professeurs de droit avaient la possibilité d'assurer des cours à l'université mais dans les limites imposées par leur devoir de réserve. François Luchaire confirme que cette interdiction limite particulièrement l'activité d'un avocat ou d'un professeur. Cependant, il estime qu'un enseignement réservé aux seuls étudiants ne peut être interprété comme une « *activité*

[1588] Pour être appréhendée pleinement, elle nécessite l'étude de témoignages des intéressés ou de personnalités extérieures.

[1589] Article 2 du Décret n°59-1292 du 13 novembre 1959, précité.

[1590] *Ibidem*.

[1591] Voir *supra* § 118 et s.

publique » au sens de l'ordonnance du 7 novembre 1958[1592]. Pour être contraire au devoir de réserve, la position prise sur une question relevant de la compétence du Conseil constitutionnel doit faire l'objet d'une publication. Pourtant, la pratique montre que bien souvent, les professeurs de droit ont veillé à éviter de prendre des positions personnelles dans leurs enseignements. Marcel Waline fut de ceux qui ont interprété le plus strictement ces obligations. Il avait souhaité conserver des enseignements à la Faculté de droit de Paris. Cependant, pour s'assurer d'un respect complet de son devoir de réserve, il décida d'abandonner son cours de droit administratif[1593], ne conservant qu'un cours de doctorat consacré au droit minier[1594]. Pour respecter son devoir de réserve, Marcel Waline avait donc limité son enseignement à des matières techniques, peu susceptibles de donner lieu à des décisions du Conseil[1595]. Même lors de la rédaction de la 9ème édition de son Traité de droit administratif en 1963, Marcel Waline s'assure du respect de ses obligations. L'étude qu'il y mène sur la répartition des domaines de la loi et du règlement l'incite à préciser que : « *Les membres du Conseil constitutionnel ne pouvant prendre de positions publiques sur les questions pouvant être soumises à leur juridiction, je me contenterai de relever, sans y ajouter aucune approbation ni improbation, les principales solutions données, à ce jour, aux problèmes de répartition des matières entre la loi et le règlement, qui ont donné lieu à des décisions du Conseil constitutionnel* »[1596]. Ce respect des règles de la réserve par Marcel Waline est d'ailleurs confirmé par François Luchaire : « *Marcel Waline, comme moi-même, avons toujours évité dans nos cours de prendre des positions personnelles sur les questions relevant de la compétence du Conseil. Il est d'ailleurs toujours possible devant un problème quelconque de présenter les arguments pour et les arguments contre telle ou telle solution, tels qu'ils sont exposés par d'autres auteurs ou hommes politiques* »[1597].

667. Certains professeurs n'ont, en revanche, pas eu à effectuer le choix délicat de limiter leur enseignement. Georges Vedel, par exemple, lorsqu'il entre au Conseil en 1980 ne donne plus de cours de droit constitutionnel ; et, à partir de 1980, il s'est associé à un co-auteur,

[1592] F. Luchaire, *Le Conseil constitutionnel*, tome I, précité, p. 81.

[1593] C. Janura, *Le droit administratif de Marcel Waline : essai sur la contribution d'un positiviste au droit administratif français*, précité, p. 49.

[1594] L. Favoreu, « Marcel Waline et l'enseignement du droit », *R.D.P.*, 2002, n° 4, pp. 925-931, spéc. p. 929.

[1595] P. Wachsmann, « Sur la composition du Conseil constitutionnel », *Jus Politicum*, n° 5, 2010, p. 31.

[1596] M. Waline, *Traité élémentaire de droit administratif*, Sirey, Paris, 9ème éd., 1963, 934 p., spéc. p. 131.

[1597] F. Luchaire, *Le Conseil constitutionnel*, tome I, précité, p. 81.

Pierre Delvolvé, pour la rédaction de son *Manuel de droit administratif*. Ainsi, les opinions émises par Pierre Delvolvé dans ce manuel, en particulier sur les compétences du Conseil constitutionnel, ne sont plus imputables à Georges Vedel[1598]. Son mandat de conseiller constitutionnel ne l'empêcha cependant pas de participer à des jurys de thèse et à être préfacier lors de la publication du travail doctoral[1599]. Même en ces circonstances, la déontologie est respectée par Georges Vedel : « *Je ne suis pas autorisé à dire si les analyses qu'il donne des décisions du Conseil constitutionnel sont plausibles, car se serait trahir le secret du délibéré* […] *Je ne le suis pas davantage à donner mon sentiment sur les déductions et les vues d'avenir retenues par l'auteur, car se serait prendre une position publique sur des questions susceptibles d'être portées devant le Conseil constitutionnel* »[1600].

668. D'autres professeurs ont cependant interprété plus souplement les règles s'imposant à eux en matière de réserve. C'est le cas tout d'abord de Robert Badinter, qui, le 23 novembre 1993 publia un article dans le journal *Le Monde*, pour prendre la défense du Conseil constitutionnel[1601]. L'institution avait subi de nombreuses critiques après avoir censuré certaines dispositions de la loi relative à la maîtrise de l'immigration. Sans véritablement prendre publiquement position sur des questions relevant de la compétence du Conseil, le président du Conseil avait cependant défendu publiquement l'institution en estimant que le contrôle de constitutionnalité s'inscrit « *dans une conception de la démocratie fondée sur un équilibre complexe de pouvoirs et de contre-pouvoirs, qui innove au regard de la tradition politique française. Quant aux décisions du Conseil constitutionnel, il en va d'elles comme de toute décision de justice, elles sont œuvres humaines et, comme telles, soumises à la critique de la raison, qui ne saurait être confondue avec la passion ou l'intérêt politique* »[1602]. A la

[1598] *Ibidem*. La page précédant le sommaire contient en effet en terme explicite cette volonté : « *Le Professeur Pierre Delvolvé a effectué la mise à jour du manuscrit* […]. *De plus, il assume seul la responsabilité des opinions portant sur les questions ressortissant à la compétence du Conseil constitutionnel* » (G. Vedel, P. Delvolvé, Droit administratif, t. 1, précité).

[1599] Voir en ce sens G. Cagnon, « Georges Vedel préfacier », *7ème printemps de la jeune recherche en droit administratif*, 3 juin 2015, à paraître.

[1600] G. Vedel, « Préface », in A.-S. Ould Bouboutt, *L'apport du Conseil constitutionnel au droit administratif*, Economica/P.U.A.M., Paris, pp. 5-11, spéc. p. 5.

[1601] Après le discours d'Edouard Balladur devant le Parlement réuni en Congrès le 19 novembre 1993 pour réviser la Constitution sur le droit d'asile, Charles Pasqua avait reproché au Conseil constitutionnel d'outrepasser ses prérogatives et de tendre à s'instituer en pouvoir suprême. Cette déclaration avait conduit Robert Badinter à prendre la défense de l'institution dont il était alors président (R. Badinter, « Le pouvoir et le contre-pouvoir », *Le Monde* du 23 novembre 1993).

[1602] R. Badinter, « Le pouvoir et le contre-pouvoir », précité.

suite de cette déclaration, le Conseil lui apporta son « *soutien unanime dans une résolution écrite* » et Jacques Robert révèle que Robert Badinter lui aurait avoué sa volonté « *de ne pas récidiver* »[1603]. Ce fut le cas ensuite de Jacques Robert lorsqu'il fut conduit à intervenir publiquement pour répondre à une polémique l'ayant soupçonné de promouvoir et de défendre l'église de scientologie[1604]. En 1977, le professeur de droit public est consulté par l'église de scientologie afin qu'il détermine si, juridiquement, elle constitue une religion susceptible d'être placée sous la protection de la législation relative à la liberté religieuse et des cultes. Il avait alors conclu que la scientologie constituait une véritable religion nécessitant une protection au même titre que les autres religions reconnues comme telles par le droit français[1605]. Lors d'une série de procès contre des représentants de la scientologie, un article publié dans le journal *Le Monde*, avait alors rappelé les positions défendues par Jacques Robert[1606]. Ce dernier s'était défendu en répliquant qu'« *une telle affirmation pourrait laisser croire à vos lecteurs que je suis un adepte ou un fidèle de cette Eglise, ce qui n'est - chacun le sait - aucunement le cas. Protestant pratiquant, ma foi religieuse me suffit. Mais la profondeur de mes convictions personnelles s'accompagne de la tolérance de celles des autres dans la mesure, bien entendu, où ces dernières respectent les lois républicaines qui s'imposent à tous. Sollicité, à plusieurs reprises, pour donner un avis juridique sur le concept de la laïcité ou la notion de religion, j'ai été amené - peut-être plus ou mieux qu'un autre - à me pencher sur les grandes difficultés qu'entraîne toute différenciation éventuelle entre les mouvements religieux* »[1607].

669. Les cas évoqués ici révèlent le caractère discrétionnaire de l'interprétation que les membres du Conseil peuvent donner de leurs obligations déontologiques[1608]. Si, pour

[1603] J. Robert, « Le Conseil constitutionnel a-t-il démérité ? », in *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs. Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Dalloz, Paris, 2003, pp. 862-883, spéc. p. 882.

[1604] J. Robert, « Sectes et religions », *Le Monde* du 15 mai 1992.

[1605] J. Robert, *La Scientologie une religion*, Freedom publishing, Los Angeles, 1977, 16 p. (consulté en ligne à l'adresse http://www.scientologie-experts.fr/wp-content/uploads/2008/07/robert01.pdf).

[1606] « *En France, les minorités religieuses comme les protestants, qui connaissent le prix de la discrimination, refusent aussi toute législation spécifique. M. Jacques Robert, juriste et membre du Conseil constitutionnel, milite depuis longtemps pour la reconnaissance de la scientologie comme religion à part entière* » (H. Tincq, « Un combat et ses limites », Le Monde du 2 mai 1992).

[1607] J. Robert, « Sectes et religions », précité ; voir aussi G. Klein, *Les sectes et l'ordre public*, Presses universitaires de Franche-Comté, Besançon, 2005, 352 p.

[1608] L'ensemble des membres du Conseil constitutionnel peuvent bien sûr se trouver en situation de violer leur devoir de réserve. Pour un exemple récent, voir l'ouvrage publié par P. Joxe, *Cas de conscience*, Labor et Fides, Genève, 2010, 245 p.

François Luchaire, les enseignements donnés aux étudiants ne constituent pas des activités publiques, ils restent tout de même, tout comme un article de doctrine, une prise de parole publique sur des sujets pouvant placer le professeur de droit en position de violer son devoir de réserve. D'une liberté totale dans la conduite de son enseignement, il paraît assez logique que le professeur soit en mesure de respecter une forme de discrétion sur les problématiques intéressant le Conseil constitutionnel. Plus délicate est, revanche, la question du respect des règles de l'impartialité au Conseil constitutionnel.

B. Le respect des règles de l'impartialité

670. L'impartialité constitue le socle de l'équité du jugement. Elle est l'élément essentiel, dans un État de droit, consistant pour le juge à ne fonder sa décision qu'à partir des éléments fournis par le procès et relatifs à sa mission. Sera partial le juge qui étaye sa conviction soit sur des intérêts personnels, soit sur ses relations privilégiées avec l'une des parties (impartialité subjective), soit sur un préjugé sur le fond de l'affaire qui le prive de l'objectivité nécessaire à la prise de décision (impartialité fonctionnelle ou objective)[1609]. Si l'impartialité renvoie, il est vrai, aux principes de philosophie de la justice, elle constitue cependant une manifestation éclatante de la nature juridictionnelle d'une institution comme le Conseil constitutionnel[1610]. Cependant, bien que l'impartialité soit l'attribut d'un tribunal, elle ne peut se concevoir sans que l'organe de justice soit totalement indépendant, l'indépendance étant alors la condition de réalisation de l'impartialité du juge[1611]. Or, à entrevoir les règles encadrant aujourd'hui, par l'intermédiaire notamment de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, l'exercice indépendant et impartial de la justice, aucune règle de fond ne permet, quel que soit le contentieux envisagé, de garantir *a priori* l'impartialité des membres du Conseil. L'impartialité, qu'elle soit subjective ou fonctionnelle,

[1609] N. Fricero, « Impartialité », in L. Cadiet, (dir.), *Dictionnaire de la Justice*, P.U.F., Paris, 2004, 1362 p., pp. 607-610. Selon le vocabulaire employé par la C.E.D.H. il faut distinguer « *l'impartialité objective* » et « *l'impartialité subjective* », l'une faisant intervenir « *des considérations de caractère organique* », qui concerne donc l'organisation de la juridiction et se fonde en grande partie sur la théorie des apparences, l'autre concerne le juge personnellement dans son attitude au cours de la séance (voir notamment, C.E.D.H., 1er octobre 1982, *Piersack c. Belgique*, Req. n° 8692/79 ; voir aussi M.-A. Frison-Roche, « L'impartialité du juge », *D.*, Chron., 1999, pp. 53-57).

[1610] Elle est une fonction de sa légitimité à la fois organique et fonctionnelle

[1611] F. Hourquebie, *Sur l'émergence du contre-pouvoir juridictionnel sous la Vème République*, précité, p. 445 ; voir aussi J. Thomas, *L'indépendance du Conseil constitutionnel*, précité, pp. 78-86.

relève au Conseil constitutionnel d'une discipline personnelle et d'exigences éthiques[1612] ou déontologiques. De ce point de vue, les professeurs de droit semblent avoir fait preuve d'une discipline particulièrement stricte. Cette attitude témoigne d'une conscience profonde chez les professeurs que le juge constitutionnel est avant tout un juge et le Conseil constitutionnel une juridiction. Deux exemples le démontrent particulièrement tant du point de vue de l'impartialité fonctionnelle (1) que du point de vue de l'impartialité subjective (2).

1. Georges Vedel et l'impartialité fonctionnelle

671. L'impartialité fonctionnelle induit une appréciation de « *l'impartialité structurelle* »[1613] et conduit à s'appesantir sur l'apparence, sur une « *impartialité qui se donne à voir* »[1614]. Aucun doute ne doit subsister quant à l'objectivité du jugement rendu. Elle implique qu'un juge, ayant eu à connaître d'une même question ou s'étant déjà prononcé sur la question à trancher, puisse être récusé ou tenu de se déporter[1615]. Si l'on tient compte de l'absence de règles formelles jusqu'en 2008, les professeurs de droit sont placés dans une situation particulière. Même dans le cadre du contrôle *a priori*, leur profession les met en mesure de prendre position sur des questions juridiques susceptibles d'être tranchées par le Conseil constitutionnel, soit au cours de leurs enseignements, soit dans le cadre d'une prise de parole publique. Ainsi, Georges Vedel fit le choix de s'effacer lors de l'examen de la loi instituant un quota de représentation pour chaque sexe aux élections municipales. Le contexte a ici son importance pour comprendre le choix déontologique du Doyen Vedel. Avant 1982, plusieurs projets de loi avait vu le jour afin de renforcer l'égalité entre homme et femme en matière de suffrage. En 1979, le Gouvernement avait souhaité imposer que les listes aux élections municipales contiennent au moins 20 % de personnes de sexe différent. C'est cette réforme, n'ayant finalement jamais abouti avant 1982, que le Doyen Vedel avait commenté dans un article du 3 février 1979[1616]. Bien que le professeur ait estimé qu'il ne s'agissait pas

[1612] J. Letowski, « De l'éthique du juge en période de transformations constitutionnelles », in *L'Etat de droit. Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Dalloz, Paris, 1996, pp. 441-450.

[1613] *Idem*, p. 446.

[1614] M.-A. Frison-Roche, « L'impartialité du juge », précité, p. 54.

[1615] Le juge qui a donné son avis au sein d'une formation consultative ne peut participer au jugement (C.E.D.H., 28 septembre 1995, *Procola c. Luxembourg*, Req. n° 14570/89).

[1616] G. Vedel, « les 20 % de femmes et la Constitution », *Le Monde* du 3 février 1979.

d'une chronique de droit, le contenu de l'article se révélait être une forme de consultation sur l'hypothèse d'un contrôle de constitutionnalité d'une telle réforme. Il y analysait notamment la question de l'atteinte au principe d'égalité ou à celui de la liberté du suffrage. Il concluait que si la réforme était rédigée conformément au principe d'égalité et si elle imposait des seuils garantissant la liberté du suffrage, elle ne pourrait souffrir d'aucun vice d'inconstitutionnalité. Cependant, Georges Vedel s'interrogeait encore sur l'opportunité d'une telle démarche et sur les risques d'extension de la politique des quotas au-delà de la seule question des sexes. Son choix de se déporter est très probablement lié à l'émotion qu'avait suscitée cet article, article dont les parlementaires s'étaient saisis au cours des débats parlementaires[1617]. Ainsi, en 1982, alors que le président du Conseil annonce l'examen de la loi, Georges Vedel s'excuse et se retire de la salle des délibérations dans la mesure où il a « *dans un article du 3 février 1979, paru dans le journal Le Monde, pris position sur la question essentielle qu'aura à connaître le Conseil, c'est-à-dire l'obligation de mixité* »[1618]. Comme il le précise, l'article publié dans la presse « *ne peut être assimilé à une chronique de droit, même s'il ne présente pas un caractère polémique* ». Le professeur de droit ne « *veut pas être dans la position de "Barbe molle", avocat cher à Courteline, qui est tantôt juge, tantôt avocat* » Georges Vedel préfère donc se déporter. Ces « *scrupules* », selon les mots du président Roger Frey, révèlent une pratique et une interprétation très stricte d'une obligation d'impartialité dont le professeur a lui-même fixé le cadre. Dans une situation identique, un autre membre ne serait pas nécessairement allé jusqu'à se déporter pour avoir, avant son entrée au Conseil, émis par hasard son avis dans la presse.

2. François Luchaire et l'impartialité subjective

672. Les règles relatives à l'impartialité subjective, imposant le déport, avant celles heureusement introduites dans le cadre de la question prioritaire de constitutionnalité[1619],

[1617] Sur ce point voir le rapport sur la décision rédigé par Louis Gros (Séance du 18 novembre 1982, *Loi modifiant le code électoral et le code des communes et relative à l'élection des conseillers municipaux et aux conditions d'inscription des Français établis hors de France sur les listes électorales*, précité).

[1618] Séance du 18 novembre 1982, *Loi modifiant le code électoral et le code des communes et relative à l'élection des conseillers municipaux et aux conditions d'inscription des Français établis hors de France sur les listes électorales*, A.N. n° 20040168/10. La loi prévoyait notamment que les listes de candidats aux élections municipales ne pourraient comporter que 75% de personnes du même sexe.

[1619] La nouveauté vient de la codification d'une pratique officieuse. Il est d'ailleurs très probable que les règles inscrites dans le règlement du Conseil constitutionnel soient la retranscription de la pratique initiée par

relevaient d'une coutume instaurée par les membres de la juridiction constitutionnelle. François Luchaire y contribua largement lors du contrôle de la régularité de l'élection d'un de ses proches parents.

673. En 1967, au cours d'un contentieux électoral, François Luchaire avait souhaité fermement se déporter. Le Conseil avait été saisi pour annulation de l'élection de René Tomasini, député élu dans la 4ème circonscription du département de l'Eure, circonscription dans laquelle la fille de François Luchaire avait été candidate[1620]. Afin d'éviter tout jugement subjectif, ou pouvant paraître tel, le professeur de droit, fidèle à une conception stricte de la nature juridictionnelle du Conseil - tout particulièrement lorsqu'il statue en tant que juge électoral - préféra ne pas siéger. Il s'est ainsi tenu à une pratique consistant à garantir l'impartialité totale des membres du Conseil en contentieux électoral. Au cours de la séance du 20 janvier 1972[1621], François Luchaire rappelle ainsi aux membres du Conseil les termes de cette coutume instaurée quelques années plus tôt. Les termes de l'affaire méritent d'être cités. Le Conseil était saisi d'une loi organique visant principalement à compléter la liste des activités privées incompatibles avec l'exercice d'un mandat parlementaire en ajoutant de nouvelles incompatibilités au régime déjà existant. Au cours de la discussion, Luchaire évoque la présentation d'un amendement à la loi organique soumise au Conseil, amendement qui visait à rendre inéligibles les membres du Conseil constitutionnel « *afin d'éviter que l'un d'eux, candidat malheureux à une élection, puisse ensuite examiner la régularité de cette élection en tant que membre du Conseil et soit ainsi juge et partie* ». Il rappelle alors la coutume qu'il a instaurée en matière de récusation pour reconnaître le caractère parfaitement inopérant d'un tel amendement. La procédure applicable au Conseil constitutionnel semble ainsi convenir au professeur de droit, plus convaincu par les bienfaits de la pratique coutumière que par l'affirmation textuelle d'un régime trop rigide.

François Luchaire. D'après l'alinéa premier de l'article 4 du Règlement intérieur du Conseil constitutionnel sur la procédure pour les QPC : « *tout membre du Conseil constitutionnel qui estime devoir s'abstenir de siéger en informe le président* » (Article 4 du Règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité). Le même article organise une procédure de récusation par écrit motivé pouvant, en cas de refus du juge concerné, faire l'objet d'une décision collégiale.

[1620] Séance du 21 juin 1967, *Élections à l'Assemblée nationale*, 20040168/5.

[1621] Séance du 20 janvier 1972, *Loi organique modifiant certaines dispositions du titre II de l'ordonnance n° 58-998 du 24 octobre 1958 portant loi organique relative aux conditions d'éligibilité et aux incompatibilités parlementaires*, A.N. n° 20040168/6.

674. Même si l'ensemble des obligations déontologiques sont longtemps restées soumises à une discipline individuelle, les professeurs ont voulu, semble-t-il, les interpréter en s'inspirant des règles et pratiques existant devant les autres juridictions. C'est encore par le discours que les professeurs de droit ont cherché à légitimer une œuvre jurisprudentielle sur laquelle ils ont eu une influence considérable.

Section 2. Le discours au soutien de l'institution

675. La position de l'universitaire, pour autant qu'il place son analyse du droit dans une démarche doctrinale, est celle d'un commentateur[1622]. L'universitaire et le juge ne se définissent donc pas de la même manière sur le plan du discours juridique. Le premier se résout à un discours sur le droit[1623], quand le second est censé dire le droit. Autrement dit, en devenant juge, il s'agissait pour les professeurs de droit de passer « *de la réflexion, de la critique et de la proposition à la décision proprement dite* »[1624]. Dans l'avant-propos de la seconde édition de son ouvrage consacré au Conseil constitutionnel, François Luchaire appelait le juge et le professeur à faire preuve de « *modestie* », et à « *se comprendre mutuellement* »[1625]. Juges et professeurs ne sont pas soumis à des contraintes identiques pour justifier les décisions. Les premiers entreprennent la justification par la motivation ou la finalité de leur décision[1626] quand les seconds se donnent « *pour rôle de décrire, d'expliquer*

[1622] D'après Georges Vedel, « *le commentateur n'est pas au volant du véhicule. Il est un peu dans la situation du spectateur qui regarde passer le Tour de France du haut d'une éminence* » (G. Vedel, « Doctrine et jurisprudence constitutionnelles », précité, p. 12).

[1623] Il s'agit alors de définir la doctrine comme ensemble des opinions sur le droit, à laquelle on associe alors essentiellement la doctrine universitaire (E. Millard, « Ce que "Doctrine" veut dire », in *La doctrine en droit administratif*, précité, p. 7).

[1624] G. Vedel, « Neuf ans au Conseil constitutionnel », précité, p. 48.

[1625] F. Luchaire, « Avant-propos de la deuxième édition », in *Le Conseil constitutionnel*, Tome I, Organisation et attributions, précité, pp. VII-IX, spéc. p. VII. « *Au juge de dire le droit à travers les cas d'espèce ; au commentateur de systématiser des solutions particulières, de les coordonner en un tout organisé, d'en éclairer les formules les unes par les autres, de les transformer ainsi en une matière intelligible* » (J. Rivero, « Apologie pour les "faiseurs de systèmes" », précité, p. 23).

[1626] J. Wroblewski, « La motivation de la décision judiciaire », in Ch. Perelmann, P. Foriers, (dir.), *La motivation des décisions de justice*, Bruylant, Bruxelles, 1978, pp. 111-134. Voir aussi, F. Hourquebie, M.-C. Ponthoreau, (dir.), *La motivation des décisions des cours suprêmes et cours constitutionnelles*, Bruylant, Bruxelles, 2012, 308 p.

et, souvent d'évaluer les décisions des premiers »[1627]. Il semble cependant que pour les professeurs de droit membres du Conseil constitutionnel, la fin du mandat de juge constitutionnel ne puisse constituer un retour pur et simple à une position d'extranéité. Il apparaît en effet qu'après leur mandat - et parfois même au cours de ce mandat - les professeurs de droit conservent les habits du juge constitutionnel[1628] contribuant, à travers le discours doctrinal, à la légitimation d'une œuvre jurisprudentielle qu'ils ont eux-mêmes contribué à élaborer. La légitimation passe alors par un discours de justification consistant en une prise de parole explicative qui, tout en se distinguant matériellement d'un pur discours doctrinal, en emprunte les mêmes canaux de diffusion[1629]. Après leur passage au Conseil, la critique des décisions constitutionnelles peut se concevoir comme une critique constructive, même si elle peut être parfois interprétée comme une remontrance à l'égard de leurs successeurs. L'analyse du discours des professeurs de droit sur le Conseil constitutionnel, qu'il s'agisse de l'étude de l'organe ou de ses fonctions, démontre qu'existe une identification persistante aux anciennes fonctions exercées.

676. Le discours des professeurs de droit doit donc être examiné à la lumière de ces caractéristiques. Il peut tout d'abord s'analyser comme un discours officiel de justification. Il résulte en effet de l'examen du discours que les professeurs de droit-juges constitutionnels ont eu tendance à systématiquement adopter le point de vue du juge constitutionnel, dans un effort de légitimation du contrôle de constitutionnalité. Certes, ces professeurs sont membres de la doctrine, mais ils ne s'y reconnaissent plus quand il s'agit d'évoquer ce qui constitue la réalité du contrôle de constitutionnalité (§ 1). Le discours peut ensuite s'analyser comme un discours de promotion. Dans ce cas, le point de vue du juge constitutionnel est mis de côté pour construire un raisonnement doctrinal, portant sur la promotion de la nature juridictionnelle du Conseil constitutionnel (§ 2).

[1627] V. Champeil-Desplats, *Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. Principes constitutionnels et justifications dans le discours doctrinal*, Economica-P.U.A.M., Paris, 2001, 306 p., spéc. p. 23.

[1628] D'ailleurs, d'un point de vue purement protocolaire, les professeurs de droit intervenant dans des manifestations scientifiques ou publiant des ouvrages ou des articles font toujours mention de leur ancienne qualité de juge constitutionnel. Elle apparaît en général sous la mention : « *Ancien membre du Conseil Constitutionnel* ».

[1629] Cette forme de défense et de promotion de l'institution et de sa jurisprudence se comprend aisément. Les professeurs de droit conçoivent en effet leur nomination au Conseil constitutionnel comme l'aboutissement d'une brillante carrière universitaire. Dominique Schnapper précise de plus qu'au Conseil, ils sont « *les seuls à n'entretenir aucune réserve à l'égard de l'institution* » (D. Schnapper, *Une sociologue au Conseil constitutionnel*, précité, p. 191).

§ 1. Le discours officiel de justification

677. Ce discours contribue à la production d'un récit sur l'évolution et la place du Conseil constitutionnel, sur ses fonctions et ses méthodes. Ce récit, tout en étant fidèle à l'influence et aux prises de position des professeurs au cours des délibérations, contribue néanmoins à la reconstruction du point de vue du juge. Il s'agit en réalité, pour les professeurs de droit, de faire accepter le contrôle de constitutionnalité et, plus largement, une institution à laquelle ils ont appartenu et dans laquelle ils ont participé à l'élaboration des décisions[1630]. La justification devient alors un moyen de légitimation (A), dont les manifestations pourraient se confondre avec l'émergence d'une doctrine organique du Conseil constitutionnel (B).

A. La justification comme moyen de légitimation

678. Le discours de justification se conçoit chez les professeurs de droit à travers la défense du Conseil constitutionnel et de l'objectivité des juges constitutionnels (1) ; et dans un discours portant sur l'absence de pouvoir créateur du juge constitutionnel (2).

1. Défendre l'institution et l'objectivité des juges

679. Dans la préface des *Mélanges en hommage à Roland Drago*, Georges Vedel évoquait ce qu'il estimait être l'essence même du rôle du juge constitutionnel : « *Le juge constitutionnel est un contrôleur, non un fondateur, un censeur, non une muse* »[1631]. Cette définition ramassée témoigne extrêmement bien, à la fois de l'expérience vécue par Georges

[1630] Dans un entretien, à la question : un ancien membre du Conseil constitutionnel « *nourrit-il toujours une certaine sympathie pour l'institution à laquelle il a appartenu ?* », Jean-Claude Colliard répondait : « *Oui, indiscutablement. On a plutôt tendance à la défendre ! Il s'agit d'une institution que j'ai beaucoup aimée, que je continue à beaucoup aimer et que je défends donc car je la crois utile* » (J.-Cl. Colliard, « Entretiens », *A.I.J.C.*, 2011, pp. 11-19, spéc. p. 13).

[1631] G. Vedel, « Aspects généraux et théoriques », in *L'unité du droit. Mélanges en hommage à Roland Drago*, précité, pp. 1-8, spéc. p. 8.

Vedel au Conseil constitutionnel et de l'attitude visant à légitimer pour mieux conforter la place désormais acquise par le juge constitutionnel. Du fait même d'être ou d'avoir été juge constitutionnel, le discours produit par les professeurs de droit, conseiller ou ancien conseiller, sur le Conseil constitutionnel bénéficie toujours d'un caractère officiel, particulièrement lorsque le propos défend la légitimité organique du Conseil constitutionnel. Pour cette raison, le discours dispose généralement d'un contenu explicatif. Les professeurs de droit vont en effet justifier les solutions dégagées de façon à limiter les critiques en illégitimité. Le discours prendra alors une forme particulièrement pédagogique, laissant entrevoir le raisonnement mené par le juge. Cet effort se retrouve ainsi régulièrement sous la plume de ces professeurs, adoptant continuellement le point de vue du juge.

680. En 2003 Jacques Robert a ainsi livré une étude soutenant le Conseil constitutionnel: « *Sans doute le Conseil constitutionnel n'a-t-il point été assez convaincant dans sa défense. Ou, peut-être lassé d'un entêtement hostile, nourri, sans doute chez certains, d'une jalousie morbide ou d'une ambition déçue, a-t-il voulu traiter ses détracteurs avec désinvolture, voire avec mépris. Nous voudrions simplement ici répondre une fois encore – sans doute l'une des dernières pour clore définitivement le débat – aux critiques lancinantes et souvent injustes qui sont faites aux juges constitutionnels, avant de dresser, le plus objectivement possible, un bilan de l'action du Conseil depuis sa naissance. Le lecteur jugera* »[1632]. Ce constat est particulièrement prégnant lorsqu'il s'agit de démontrer l'objectivité du juge constitutionnel dans les périodes d'instabilité politique. Au cours des années quatre-vingt, par exemple, le Conseil constitutionnel est confronté à trois alternances politiques d'envergure et à une cohabitation. Évoquant ses souvenirs de conseiller, Georges Vedel rappelle « *qu'il a été possible, non pas en dépit, mais à la faveur de ces changements politiques engendrant des questions de principe, de poser des règles permanentes et objectives, susceptibles d'opérer indépendamment de la nature du pouvoir en place, qu'il soit de droite ou de gauche* »[1633]. A partir de l'alternance de 1981, les critiques sont systématiquement désamorcées par les professeurs de droit en s'attachant à justifier l'objectivité dont a fait preuve le juge constitutionnel. François Luchaire se fonde sur l'étude de la jurisprudence pour comprendre si l'alternance politique affecte la jurisprudence du Conseil, faute de pouvoir le faire par l'étude

[1632] J. Robert, « Le Conseil constitutionnel a-t-il démérité ? », in *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs. Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, précité, p. 861.

[1633] G. Vedel, « Neuf ans au Conseil constitutionnel », précité, p. 61.

sèche de la composition. Il remarque que dans l'application des principes constitutionnels, le Conseil constitutionnel s'est parfois contredit. Cependant il ne voit pas dans ces évolutions le signe d'une orientation politique. Ces évolutions relèvent pour lui de deux idées : la volonté de la juridiction constitutionnelle de ne pas entraver la confection des lois d'une part et la protection accrue des libertés, d'autre part[1634].

681. Sur le fond, le discours officiel prône l'absence de pouvoir initial d'édiction des normes et plus encore l'absence d'usurpation du pouvoir constituant par le juge constitutionnel.

682. Pour conforter cette entreprise de justification, les professeurs de droit ont révélé le raisonnement du juge constitutionnel[1635] en expliquant les solutions dégagées (généralement des solutions dégagées par le professeur lui-même), ainsi qu'en détaillant les méthodes d'interprétation du juge constitutionnel. Le discours officiel de Georges Vedel fut certainement le plus prolixe. Dès 1984, il réfutait tout Gouvernement des juges pour le remplacer par le concept de « *Gouvernement de la Constitution* »[1636]. Depuis l'alternance de 1981, le rôle du Conseil est de plus en plus visible. L'influence exercée par Georges Vedel sur la jurisprudence du Conseil à partir de 1980 induit une position de défense de l'institution. De nombreux auteurs ou hommes politiques ont contesté la jurisprudence du Conseil en ce qu'elle serait la manifestation d'une « *volonté de puissance* », l'institution s'arrogeant de plus « *une sorte d'empire sur l'ensemble du droit* »[1637]. Or, pour Georges Vedel, « *la vérité est que le Conseil applique tout simplement la Constitution*; il se garde « *de se créer lui-même de nouveaux chefs de compétence* »[1638]. Le discours, particulièrement chez Georges Vedel, déconstruit ainsi les critiques trop vives à l'égard du Conseil. Ce dernier ne fait

[1634] F. Luchaire, « Le Conseil constitutionnel et l'alternance politique », *R.F.D.C.*, n° 57, 2004, pp. 9-21 ; voir aussi G. Vedel, « G. Vedel, « Neuf ans au Conseil constitutionnel », précité.

[1635] Peu de juges constitutionnels ont contribué autant que les professeurs de droit à intervenir en dehors de leur fonction juridictionnelle pour éclairer le sens des décisions.

[1636] G. Vedel, « Le précédent judiciaire en droit public français », *R.I.D.C. Journées de la Société de législation comparée*, vol. 6, 1984, pp. 265-288, spéc. p. 287.

[1637] *Idem*, p. 288.

[1638] *Ibidem*.

« *qu'appliquer les textes* »[1639] en usant des dispositions constitutionnelles « *de manière très loyale* »[1640]. La liberté d'interprétation dont ferait preuve le juge constitutionnel cristallise fortement les critiques concernant la jurisprudence constitutionnelle. Dès lors, les professeurs de droit justifient l'absence de pouvoir créateur du juge par la création d'une dogmatique de l'interprétation. Elle tend à faire part des contraintes subies par les juges constitutionnels, constituant autant d'obstacles à la détermination d'un pouvoir initial de création de la norme. Pour cela, les professeurs de droit ont parfois été amenés à expliquer le raisonnement suivi par le juge sur certaines décisions, décisions dont les professeurs ont généralement eux-mêmes été les auteurs.

683. Georges Vedel a aussi développé une variante et une critique de la thèse de Hans Kelsen, devenue classique, selon laquelle il existerait deux théories opposées relatives à la liberté d'interprétation du juge, l'une étant fondée sur la connaissance, l'autre sur la volonté[1641]. Son expérience de la justice constitutionnelle lui permet d'affirmer que le juge ne s'estime, et ne peut s'estimer lié, que par une norme objective : la constitution. La première théorie admet que tout texte possède « *une signification unique* », « *véritable* », qu'il appartient au juge de découvrir par des méthodes appropriées. Dans ce cas, l'interprétation est alors une fonction de la connaissance. Les autres théories soutiennent que le texte n'a pas d'autre signification que celle donnée par le juge, l'interprétation n'est alors qu'une fonction de la volonté. S'agissant du juge constitutionnel, la théorie réaliste du droit conduit à affirmer que la constitution n'a pas d'autre sens que celui qui est déterminé par le juge, « *la constitution signifie ce que le juge dit qu'elle signifie* »[1642]. Ainsi, le juge constitutionnel serait le véritable auteur de la norme constitutionnelle. Comme il est en mesure de fonder le jugement de constitutionnalité sur une double interprétation, celle portant sur le texte constitutionnel et celle relative à la loi déférée, il deviendrait co-constituant et co-législateur. Or, pour Georges Vedel, il est impossible, mais aussi inutile d'entrer dans le détail de l'argumentation et d'examiner la pertinence de cette thèse, car il suffit de l'énoncer pour constater qu'il est extrêmement difficile pour le juge constitutionnel d'y adhérer. Pour lui en effet, c'est la théorie

[1639] G. Vedel, « Préface », in G. Drago, B. François, N. Molfessis (dir.), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Economica, Paris, 1999, pp. IX- XV, spéc. p. XI.

[1640] *Ibidem*.

[1641] H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, Traduction française de la 2ème éd., Dalloz, Paris, 1962, 547 p., spéc. pp. 469-462.

[1642] M. Troper, « Le réalisme et le juge constitutionnel », *C.C.C.*, n° 22, 2007, pp. 125-131, spéc. p. 127.

de l'« *interprétation – connaissance* ». Il faut donc que le juge « *croie, feigne de croire ou fasse croire, qu'il se borne à appliquer un droit préexistant* »[1643]. Pourtant, Vedel présente une variante de la première thèse à l'aide d'arguments inédits. D'abord il estime qu'aucune des deux thèses n'est applicable dans sa forme pure. La première, l'interprétation comme acte de connaissance, impossible à définir sans la référence à la décision du juge, est entachée d'une contradiction interne. La seconde ne tient pas compte des contraintes pesant sur le juge (grammaire, contrôle postérieur de la décision par exemple). Pour Georges Vedel, finalement, une théorie de l'interprétation peut être « *vraie* » si elle est indispensable pour fonder une pratique juridique. Comme l'a relevé Michel Troper, c'est donc pour lui la théorie de l'interprétation-connaissance qui est la plus « *vraie* » car elle explique la pratique des juges en se fondant sur le mythe du syllogisme : « *La fonction sociale du droit et la crédibilité de l'ordre juridique sont beaucoup mieux assurées…par un juge qui croit au maximum de contraintes dans l'accomplissement de sa mission que par celui qui croirait au maximum de liberté* »[1644]. Dès lors, il n'existe « *pas vraiment de sens objectif s'imposant absolument au juge ; son choix est finalement affaire de volonté non arbitraire certes mais non réductible à la reconnaissance d'une signification absolue et objective* »[1645]. Cette analyse des méthodes d'interprétation du juge, assise sur son expérience, permet ainsi au professeur de justifier l'absence de tout pouvoir créateur grâce à une théorie de l'interprétation insusceptible de souffrir de la critique d'un quelconque arbitraire du juge. Georges Vedel ne nie pas le pouvoir discrétionnaire du juge, mais son expérience lui permet d'évoquer plutôt l'idée d'une « *déontologie* » de l'interprétation[1646]. La légitimation passe alors par un discours qui offre le point de vue du juge sur sa conception du travail interprétatif.

684. Selon une finalité identique, François Luchaire s'est attaché à identifier et à systématiser la tâche du juge constitutionnel en « *trois opérations : poser clairement la question à laquelle il doit répondre, dégager la règle de droit, en faire application à la question posée* »[1647]. Pour lui, seule la seconde opération comporte des questions de méthode, car la multiplicité des sources du droit impose de sélectionner celle qui convient au cas. De

[1643] *Ibidem*.

[1644] M. Troper, « Le réalisme et le juge constitutionnel », précité, p. 127.

[1645] G. Vedel, « Préface », in G. Drago, B. François, N. Molfessis (dir.), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, précité, p. XIV.

[1646] *Ibidem*.

[1647] F. Luchaire, « De la méthode en droit constitutionnel », *R.D.P.*, 1981, pp. 276-329, spéc. p. 277.

plus, il faut « *dégager des textes la norme juridique* […] *car il est rare qu'une norme soit rédigée en termes suffisamment clairs et complets pour s'appliquer facilement en toute hypothèse* »[1648]. Selon Jacques Meunier, Luchaire élabore une « *dogmatique complète de l'interprétation de la Constitution* »[1649]. Il est nécessaire pour François Luchaire de construire un réseau dense de « *règles d'interprétations que l'on retrouve dans d'autres branches du droit, mais qui présentent en droit constitutionnel un éclairage particulier* »[1650]. Il donne alors quatre règles : 1/ Un terme revenant à plusieurs reprises dans le même texte doit à chaque fois être interprété dans le même sens ; 2/Lorsqu'une disposition est susceptible d'avoir deux sens, il faut adopter le sens lui conférant un effet juridique et non celui ne lui en donnant aucun[1651] ; 3/ Toutes les dispositions d'un même texte s'interprètent les unes par les autres, en donnant à chacune le sens qui résulte du texte entier[1652] ; 4/ Les termes susceptibles d'avoir deux sens doivent être pris dans le sens convenant le mieux à la matière en cause[1653]. Partant de la dogmatique évoquée de l'interprétation, François Luchaire évoque la nécessité de la conciliation. Comment concilier des dispositions contradictoires et comment choisir entre deux méthodes aboutissant à des résultats contradictoires ? La première se résout en faisant appel à la supériorité du texte le plus précis, au principe *specialia generalibus derogant*, la norme expressément formulée l'emportant sur la norme implicite. Pour la seconde, il suffit d'établir une hiérarchie des principes d'interprétation : « *Dans un conflit entre particuliers, le juge* […] *choisit la méthode d'interprétation qui lui paraît la plus équitable ; le juge constitutionnel doit avoir plus de rigueur sous peine de glisser vers le Gouvernement des juges* »[1654].

685. De cette analyse vécue de l'interprétation, découle le refus de toute hiérarchie normative au sein du bloc de constitutionnalité. Lorsque deux dispositions de la Constitution

[1648] *Idem*, p. 291.

[1649] J. Meunier, *Le pouvoir du Conseil constitutionnel. Essai d'analyse stratégique*, précité, p. 147.

[1650] F. Luchaire, « De la méthode en droit constitutionnel », précité, p. 292.

[1651] *Idem*, p. 293.

[1652] *Idem*, p. 296.

[1653] *Ibidem*.

[1654] F. Luchaire, « De la méthode en droit constitutionnel », précité, p. 298 ; voir encore F. Luchaire, *La protection constitutionnelle des droits et libertés*, Economica, Paris, 1987, p. 501, spéc. p. 41.

sont contradictoires, il est donc toujours procédé à une conciliation entre elles[1655]. Georges Vedel, qui eut à connaître au Conseil des difficultés d'interprétation de deux textes contradictoires, justifie la conciliation à opérer entre les textes constitutionnels non seulement comme un choix, mais encore comme une nécessité « *déontologique* ». Prenant l'exemple de la décision du 16 janvier 1982[1656], il révèle, pour mieux justifier la solution finalement adoptée, les difficultés auxquelles le juge constitutionnel a été confronté pour interpréter deux textes aussi contradictoires que la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et le Préambule de la Constitution de 1946. Faut-il que l'un prévale sur l'autre ? Dans l'affirmative, selon quelle justification objective ? Georges Vedel explique alors que le juge n'a aucun choix. L'interprétation du juge constitutionnel impose que les deux textes soient compris en tenant compte du sens global de la Constitution, cela serait sinon faire preuve de « *préférences* »[1657] personnelles. Il convient d'assurer de la sorte « *une cohérence pratique, sinon théoriquement parfaite, à sa jurisprudence* »[1658]. Et Georges Vedel rappelle encore la nécessité d'une politique de conciliation à travers des exemples de jurisprudence dont il fut directement l'auteur : « *Lecture actualisée du texte de 1789 (par exemple à propos de la liberté de la presse) ; démystification de prétendus conflits entre les générations de textes (par exemple à propos des nationalisations) ; et en dernier remède, recours à l'idée de la conciliation nécessaire entre règles de valeur égale et de sens opposé* »[1659]. Les professeurs de droit se sont ainsi clairement attachés à défendre l'institution en justifiant les méthodes interprétatives du juge constitutionnel. S'appuyant sur leur expérience, le discours des professeurs de droit se confond avec celui du juge. Les ressorts du discours sont d'ailleurs identiques lorsqu'il s'agit d'expliquer l'absence de pouvoir créateur du juge constitutionnel.

[1655] Pour une critique de la politique jurisprudentielle de conciliation, voir D. Rousseau, « De quoi le Conseil constitutionnel est-il le nom ? », *Jus politicum*, 2012, n° 7.

[1656] Décision dont il fut le rapporteur.

[1657] G. Vedel, « Le Conseil constitutionnel, gardien du droit positif et de la transcendance des droit de l'homme », précité, p. 155 ; cette analyse fut menée par Georges Vedel dès 1946, voir G. Vedel, J. Rivero, « Les principes économiques et sociaux de la Constitution : le préambule », précité, pp. 144-145 ; voir aussi G. Vedel, « Le précédent judiciaire en droit public français », précité, p. 284.

[1658] G. Vedel, « Préface », in *Humanité et droit international. Mélanges René-Jean Dupuy*, Pedone, Paris, 1991, pp. 349-362, spéc. p. 354.

[1659] *Ibidem*.

2. Le discours sur l'absence de pouvoir créateur du juge

686. C'est encore par la référence nécessaire au texte constitutionnel et aux règles écrites que les professeurs de droit ont cherché à justifier la jurisprudence du Conseil et, par-là, à légitimer l'exercice du contrôle de constitutionnalité. Georges Vedel pouvait par exemple affirmer en 1996 : « *Quand on est sur le siège et que sont en question les contrats, la responsabilité, les sociétés commerciales, le service public lui-même, on prend les notions de base telles qu'elles sont sans les redéfinir ou les réinventer* »[1660]. Pour autant, la construction de ce récit masque parfois la réalité du pouvoir créateur du juge[1661]. L'identification par le juge constitutionnel des droits et les libertés pose nécessairement la question de la légitimité du contrôle de constitutionnalité et de l'encadrement de l'interprétation des juges[1662]. Le Conseil découvre parfois de nouveaux principes, « *non expressément formulés dans les déclarations* »[1663]. Pour Georges Vedel, le Conseil constitutionnel s'inscrit dans une « *structure de droit écrit* »[1664], ce qui le différencie du Conseil d'État. Cette différenciation entre la jurisprudence administrative - essentiellement prétorienne - et celle du Conseil constitutionnel - fondée, sans rien inventer, sur le texte de la Constitution - assure une légitimation déterminante du contrôle de constitutionnalité[1665]. Pour cette raison, Georges Vedel a toujours défendu l'idée d'un rattachement textuel des principes dégagés par la jurisprudence constitutionnelle. Il n'admet pas que le juge constitutionnel puisse dégager des principes philosophiques ou des règles éthiques comme a pu le faire la Cour suprême

[1660] G. Vedel, « Propos d'ouverture », in B. Mathieu, M. Verpeaux, *La Constitutionnalisation des branches du droit*, précité, p. 15.

[1661] De ce point de vue, Georges Vedel ne nie pas que le juge ait pu recourir à des interprétations constructives. Cependant, son discours consiste uniquement à réfuter la critique du pouvoir créateur du juge (voir en ce sens G. Vedel, « Préface », in G. Drago, B. François, N. Molfessis (dir.), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, précité, p. XII). Comme l'exprime Michel Troper à propos du discours de Georges Vedel, « *prétendre se plier à la réalité a la même fonction que la prétention de découvrir dans les textes un sens déjà là et à les appliquer mécaniquement. Elle est de dissimuler sa marge de pouvoir discrétionnaire et donc de l'accroître* » (M. Troper, « Le réalisme et le juge constitutionnel », précité, p. 131).

[1662] Voir à ce propos la critique de J.-M. Denquin, « La jurisprudence du Conseil constitutionnel : grandeur ou décadence du droit constitutionnel ? Un regard surplombant sur les libertés publiques », précité.

[1663] D. Rousseau, « La jurisprudence constitutionnelle : quelle nécessité démocratique ? », in G. Drago, B. François, N. Molfessis (dir.), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, précité, pp. 363-376, spéc. p. 366.

[1664] G. Vedel, « Le précédent judiciaire en droit public français », précité, p. 284.

[1665] Pour Jean Rivero, « *la difficulté à laquelle se heurte un contrôle de constitutionnalité vraiment efficace réside peut-être moins dans ses instruments que dans sa base : les dispositions dont il doit assurer le respect* », J. Rivero, « Les "principes fondamentaux reconnus par les lois de la République" : une nouvelle catégorie constitutionnelle ? », précité, p. 268.

américaine ou la Cour constitutionnelle allemande[1666]. Enraciner la décision dans une règle de droit écrit est « *une exigence de légitimité* »[1667].

687. Le recours aux P.F.R.L.R., auxquels Georges Vedel a souvent fait appel en tant que rapporteur des décisions au Conseil constitutionnel, offre un exemple concret d'un discours officiel de légitimation des solutions dégagées. La référence au droit écrit se fait en effet ici plus difficile. Pourtant, le professeur évoque une utilisation « *très loyale* » de ces dispositions par le juge constitutionnel[1668], qu'il estime relever du droit écrit[1669]. A plusieurs reprises, il rappellera que le Conseil n'a jamais puisé dans ces principes pour « *inventer* » de nouvelles prescriptions constitutionnelles[1670]. Les principes ainsi reconnus procèdent toujours d'un « *fondement objectif* »[1671]. En cette matière, le Conseil constitutionnel a souvent été accusé de bénéficier d'un pouvoir de création des normes dont le rattachement à une pratique législative antérieure était très ou trop large. Mais comme le souligne Georges Vedel, fort de son expérience de juge constitutionnel, « *la jurisprudence du Conseil constitutionnel a fait de ces dispositions un usage rigoureux pleinement conforme aux exigences du préambule* »[1672]. La défaillance d'une seule des conditions (strictes) d'existence d'un P.F.R.L.R. suffit au Conseil constitutionnel pour refuser de le consacrer. De cette façon, les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République « *ne constituent pas une source formelle étrangère au droit écrit et ne s'analysent pas en une manifestation du pouvoir normatif du juge* »[1673]. L'effort de justification le plus important a été sans conteste celui de la décision « conseil de

[1666] G. Vedel, « Le précédent judiciaire en droit public français », *Journée de la société de législation comparée*, précité, p. 265. C'est d'ailleurs ce qui l'a conduit à réagir violemment aux accusations formulées contre le Conseil à propos de la décision portant sur le statut pénal du chef de l'État (G. Vedel, « Le sale plaisir de salir le Conseil constitutionnel », *Le Monde* du 21 novembre 2000).

[1667] G. Vedel, « Préface », in G. Drago, B. François, N. Molfessis (dir.), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, précité, p. XII.

[1668] G. Vedel, « Préface », in G. Drago, B. François, N. Molfessis (dir.), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, précité, p. XI.

[1669] G. Vedel, « Réflexions sur quelques apports de la jurisprudence du Conseil d'État à la jurisprudence du Conseil constitutionnel », précité, p. 668.

[1670] *Ibidem*.

[1671] G. Vedel, « La loi des 16 et 24 août 1790 : Texte ? Prétexte ? Contexte ? », précité, p. 705.

[1672] G. Vedel, « Réflexions sur quelques apports de la jurisprudence du Conseil d'État à la jurisprudence du Conseil constitutionnel », précité, p. 666.

[1673] *Idem*, p. 668 ; voir aussi G. Vedel, « La place de la Déclaration de 1789 dans le bloc de constitutionnalité », in *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, P.U.F., Paris, 1989, pp. 35-64.

la concurrence » du 23 janvier 1987[1674]. Les critiques ayant accompagné la décision ont visiblement conduit son auteur à révéler le raisonnement authentique du juge constitutionnel. Cependant, il semble qu'il y ait un décalage entre la justification apportée par Georges Vedel de l'absence totale de pouvoir créateur du juge et la part très grande de construction dont la décision a fait l'objet, particulièrement au regard des critères envisagés pour dégager le principe fondamental. En effet, pour reconnaître l'objectivité nécessaire de la jurisprudence, et en l'absence d'un texte reconnaissant effectivement le noyau dur de compétence du juge administratif, Georges Vedel a contribué à construire un critère inédit de découverte des principes fondamentaux. Ces principes, jusque-là puisés dans des dispositions législatives positives, peuvent désormais résulter de l'abstention ou du silence du législateur républicain[1675]. Dès lors, « *pour le Conseil constitutionnel, les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République peuvent être trouvés non seulement dans des dispositions législatives positives mais encore dans l'économie générale d'une législation faisant ressortir ce qui, selon la conviction du législateur, exprimée "en relief" et "en creux", relève du domaine législatif ou du domaine constitutionnel* »[1676]. Pour le professeur de droit, il s'agit de justifier une solution jurisprudentielle dont il a lui-même été l'auteur mais qui remet néanmoins en cause la légitimité organique du Conseil constitutionnel. Pour les mêmes raisons, Jacques Robert a lui aussi livré le raisonnement suivi par le juge, notamment lors de la décision bioéthique[1677]. Il dénonçait ainsi la critique de la création *ex nihilo* de nouveaux principes ne figurant pas dans le bloc de constitutionnalité. Il rappelle alors le cheminement du juge, l'ayant conduit à rattacher au préambule de la Constitution de 1946 le principe de la dignité de la personne humaine. Ceci lui a évité « *d'inventer un principe sans support* » textuel[1678]. François Luchaire mentionnera pour sa part la décision du 19 juin 1970, constituant pour lui une étape essentielle dans la protection constitutionnelle des droits et libertés. Il évoque l'effort du juge pour faire du préambule de la Constitution une source du

[1674] Pour une idée de l'influence de Georges Vedel sur cette décision, voir *supra* § 583 et s.

[1675] Voir en ce sens F. Melleray, *Essai sur la structure du contentieux administratif français. Pour un renouvellement de la classification des principales voies de droit ouvertes devant les juridictions à compétence générale* », L.G.D.J., coll. « Bibliothèque de droit public », Paris, 2001, 466 p., spéc. p. 354.

[1676] G. Vedel, « La loi des 16 et 24 août 1790 : Texte ? Prétexte ? Contexte ? », précité, p. 706.

[1677] Dès 1984, Jacques Robert s'est intéressé à la question de la morale et du droit et notamment à la bioéthique (J. Robert, « la révolution biologique et génétique face aux exigences du droit », *RDP*, 1984, pp. 1255-1300).

[1678] J. Robert, « Le Conseil constitutionnel a-t-il démérité ? », in *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs. Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, précité, pp. 865-867.

contrôle de constitutionnalité et retrace le raisonnement qui a incorporé le préambule de la Constitution de 1958 dans les visas de la décision[1679].

688. En dernière analyse, la justification du contrôle de constitutionnalité s'est concrétisée dans le discours des professeurs de droit sur le Conseil constitutionnel en tant que pouvoir constitué. Le juge constitutionnel n'est qu'un gardien de la Constitution « *subordonné au pouvoir constituant* »[1680]. C'est encore Georges Vedel, dont le discours officiel fut le plus abondant, qui établit cette forme de justification ultime du contrôle exercé par le juge constitutionnel. Seule la « *plénitude du pouvoir de révision constitutionnelle* » légitime le contrôle de constitutionnalité, le pouvoir constituant pouvant, « *dans une sorte de lit de justice, briser leurs arrêts* »[1681]. La position du juge constitutionnel par rapport au législateur est donc très mal comprise. Pour Georges Vedel, en censurant la loi, le Conseil constitutionnel se contente d'appliquer la Constitution qui peut à tout moment être modifiée par le souverain[1682]. De cette analyse prophétique[1683], il refuse absolument de reconnaître l'existence de normes supra-constitutionnelles : « *le juge se ferait source primaire du droit, puissance normative initiale, usurpateur de souveraineté* »[1684]. Appliquant une conception formelle de la Constitution, la déclaration d'inconstitutionnalité porte sur la procédure. Georges Vedel peut donc affirmer que le Conseil constitutionnel n'est pas un « *censeur mais un "aiguilleur"* »[1685]. Ce refus a semble-t-il une finalité très claire : celle de l'acceptation de

[1679] F. Luchaire, « Témoignage d'anciens du Conseil constitutionnel », in *Le Conseil constitutionnel a 40 ans*, LGDJ, Paris, 1999, pp. 37-53, spéc. pp. 40-41. Lors de la délibération, c'est François Luchaire lui-même qui a fait la proposition d'inscrire la référence au préambule dans les visas de la décision (voir *supra* § 560).

[1680] G. Vedel, « Préface », in G. Drago, B. François, N. Molfessis (dir.), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, précité, p. XV.

[1681] G. Vedel, « Schengen et Maastricht », *R.F.D.A.*, 1992, pp. 173-180, spéc. p. 173. Déjà en 1960, Georges Vedel définissait le contournement de « *l'obstacle* » à la déclaration d'inconstitutionnalité par la révision de la Constitution (G. Vedel, *Cours de droit constitutionnel et d'institutions politiques*, Les Cours de droit, Paris, 1959-1960, 1200 p., spéc. p. 1125-1126).

[1682] G. Vedel, « Témoignage d'anciens du Conseil constitutionnel », in *Le Conseil constitutionnel a 40 ans*, LGDJ, Paris, 1999, pp. 37-53, spéc. p. 44.

[1683] En 1993, la révision de la Constitution permettra de surmonter la jurisprudence du Conseil constitutionnel relative au droit d'asile (Décision n° 93-325 DC du 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*, J.O.R.F. du 18 août 1993, p. 11722).

[1684] G. Vedel, « Souveraineté et supra-constitutionnalité », *Pouvoirs*, n° 67, 1993, pp. 79-87 ; voir aussi G. Vedel, « Excès de pouvoir administratif et excès de pouvoir législatif (II) », précité.

[1685] G. Vedel, « Le Conseil constitutionnel, gardien du droit positif et de la transcendance des droits de l'homme », précité, p. 151. François Luchaire aussi estime que la conception formelle de la Constitution est la seule valable (F. Luchaire, « De la méthode en droit constitutionnel », précité, pp. 281-284). Voir encore la

l'exercice du contrôle de constitutionnalité par la justification des méthodes et des solutions dégagées par le juge constitutionnel. La légitimité du juge constitutionnel repose sur deux « *axiomes* » : la Constitution « *existe comme texte et non comme prétexte* » et le « *pouvoir constituant est le seul mode d'expression de l'opinion constituante et ce pouvoir n'appartient pas au juge* »[1686]. Cette thèse du conseil constitutionnel simple aiguilleur est, finalement, la plus favorable à la justification du contrôle de constitutionnalité. Le contrôle de constitutionnalité, à la suite de Kelsen[1687] et d'Eisenmann[1688] n'est qu'un contrôle de compétence.

689. Une question demeure cependant quant à la qualification que peut recevoir ce discours officiel des professeurs de droit, adoptant le point de vue du juge. Le discours officiel de justification paraît en effet illustrer une doctrine organique du Conseil constitutionnel, le juge constitutionnel lui-même révélant le sens de ses décisions.

B. L'apparente illustration d'une doctrine organique

690. Chez les professeurs de droit membres du Conseil constitutionnel, les fonctions du professeur et celles du juge sont vécues comme radicalement différentes, sans être considérées pour autant comme antagonistes[1689]. Le discours de justification de l'œuvre jurisprudentielle, entrant dans le champ de la légitimation tend bien à démontrer qu'il est celui du juge et non

conception de L. Favoreu : « Les décisions du Conseil constitutionnel dans l'affaire des nationalisations », *R.D.P.*, 1982, pp. 377-433, spéc. p. 419. ; L. Favoreu, «Souveraineté et supra-constitutionnalité », *Pouvoirs*, n° 67, 1993, pp. 71-77.

[1686] G. Vedel, « Préface », in D. Rousseau, *La démocratie continue*, L.G.D.J.-Bruylant, Paris, 1995, pp. V-XI, spéc. p XI.

[1687] H. Kelsen, « La garantie juridictionnelle de la Constitution », précité, p. 206.

[1688] C. Eisenmann, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, précité, p. 17.

[1689] « *Pendant longtemps j'ai regardé la jurisprudence administrative ou constitutionnelle de l'extérieur, et j'ai essayé de la comprendre pour en tirer les enseignements que je devais communiquer à mes étudiants, de la commenter et parfois d'apporter mon point de vue personnel. Puis je me suis trouvé plongé dans un univers tout à fait différent qui est celui du membre d'une juridiction* […] *devant statuer sur un cas concret et qui, à ce moment-là, est dans un esprit évidemment tout à fait différent du professeur, de l'auteur, du commentateur* » (G. Vedel, *« Doctrine et jurisprudence constitutionnelles* », R.D.P., 1989, n° 1, pp. 11-17, spéc. p. 11) ; voir aussi F. Luchaire, « Avant-propos de la deuxième édition », in Le Conseil constitutionnel, Tome I, Organisation et attributions, précité ; voir encore J. Robert, *Le juge constitutionnel, juge des libertés*, précité, p. 137.

celui de la doctrine. Il serait tentant, dans le champ d'analyse du droit public, de considérer ce discours comme révélant l'existence d'une doctrine organique, pour autant que cette dernière fasse l'objet d'une définition unanime[1690].

691. La doctrine organique se caractérise par l'opinion, au proche de l'activité juridictionnelle, constituant une « *annexe de la jurisprudence* »[1691]. Elle contribue à apporter des précisions sur le sens et la portée de la décision juridictionnelle et constitue, en somme, un prolongement, voire un complément de la jurisprudence. Elle serait une « *doctrine de l'institution* »[1692]. Elle est constituée à la fois de la publication des juridictions, documents officiels prenant place dans la diffusion et la publicité du travail juridictionnel, et à la fois de la publication des juges, soit de travaux réalisés dans le cadre de leur fonction, soit de travaux réalisés en dehors de leur fonction, mais toujours en lien direct avec leur activité juridictionnelle. La doctrine organique existe de tous ces points de vue au Conseil d'État. Elle y constitue un ensemble de positions institutionnalisées, se traduisant par une multitude d'informations diffusées, qu'il s'agisse des publications de la juridiction ou des travaux préparatoires des décisions[1693]. Les conclusions du rapporteur public jouent un rôle fondamental dans la compréhension des décisions et des évolutions de la politique jurisprudentielle du juge administratif et font parfois l'objet d'une publication pour les plus importantes. Cependant, au Conseil d'État, la doctrine organique a une signification particulière. En effet, le juge administratif a forgé les grands principes à partir desquels s'est progressivement construit le droit administratif. La place de ce juge a pu induire une confusion des rôles entre juge et doctrine, au point qu'une « *doctrine organique* » coexiste avec la « *doctrine universitaire* » en lui faisant « *concurrence* »[1694].

[1690] Sa définition n'est pas parfaitement unanime. Certains y voient l'ensemble des « *membres des juridictions, et spécialement du Conseil d'État* » analysant le droit administratif par l'intermédiaire des conclusions des commissaires du gouvernement, des articles, des notes de jurisprudence ou des traités (J.-J. Bienvenu, « Remarques sur quelques tendances de la doctrine contemporaine en droit administratif », *Droits*, 1985, n° 1, p. 153-160, spéc. p. 155). D'autres la réduisent à certains grands noms du Conseil d'État (J. Chevallier, « Changement politique et droit administratif », in D. Lochak (dir.), *Les Usages sociaux du droit*, C.U.R.A.P.P., P.U.F., Paris, 1989, p. 293-326 ; M. Deguergue, « Doctrine universitaire et doctrine organique », in *La doctrine en droit administratif*, précité).

[1691] Ph. Jestaz, Ch. Jamin, *La doctrine*, précité, p. 178.

[1692] X. Magnon, « Que faire des doctrines du Conseil constitutionnel ? », *N.C.C.C*, n° 38, 2013, pp. 206-211.

[1693] V. Rivollier, in P. Deumier (dir.), *Le raisonnement juridique. Recherche sur les travaux préparatoires des arrêts*, précité.

[1694] J. Chevallier, « Changement politique et droit administratif », précité, pp. 309-310.

692. Il est alors possible d'établir une analogie, révélant l'existence d'une doctrine organique au Conseil constitutionnel. Aujourd'hui, l'ensemble des publications institutionnelles provenant du Conseil constitutionnel pourraient constituer une doctrine organique, au sens d'une analyse institutionnelle et d'un complément (indispensable) des décisions. Par exemple, les dossiers documentaires relatifs aux décisions, publiés sur le site internet du Conseil constitutionnel, peuvent être l'illustration d'une doctrine institutionnelle[1695]. Ils contiennent en effet un commentaire de chacune des décisions rendues, commentaire généralement rédigé par le Secrétaire général ou le service juridique de la juridiction. Au Conseil constitutionnel, les rapports n'ont pas vocation à être publiés, ils ne constituent donc pas des références utiles à l'émergence d'une doctrine organique et, à l'instar des autres juridictions françaises, le secret des délibérations ainsi que le devoir de réserve des membres du Conseil constitutionnel prolongent le secret entourant le raisonnement du juge constitutionnel. Il semblerait alors que les écrits des professeurs de droit en dehors de la fonction juridictionnelle entrent dans la définition de la doctrine organique pour autant que ces écrits concernent leurs « *fonctions professionnelles* »[1696].

693. Pour autant, l'analogie avec l'existence d'une doctrine organique au Conseil d'État est très hasardeuse. D'une part, les modalités de construction du droit administratif et du droit constitutionnel empruntent des chemins différents. Le premier a été systématisé par le juge[1697], la systématisation du second s'est faite avant l'émergence du contrôle de constitutionnalité[1698]. Les liens entre la doctrine et le juge constitutionnel sont récents[1699] et ne

[1695] Cette doctrine de l'institution se distingue pour Xavier Magnon de la doctrine du juge : « *Ces doctrines ont pour point commun d'avoir pour objet la motivation du juge. Elles sont donc des doctrines secondes par rapport à la doctrine première que constitue la motivation. Si l'on tente d'identifier les fonctions qu'elles occupent, il en est une qui doit d'emblée être écartée, il s'agit de la fonction critique* » (X. Magnon, « Que faire des doctrines du Conseil constitutionnel ? », précité, p. 207).

[1696] V. Rivollier, in P. Deumier (dir.), *Le raisonnement juridique. Recherche sur les travaux préparatoires des arrêts*, précité. p. 122.

[1697] Bien qu'historiquement le droit administratif ait été enseigné très tôt, c'est bien la jurisprudence administrative qui allait permettre une systématisation du droit administratif (J. Rivero, « Apologie pour les "faiseurs de systèmes" », précité ; J. Rivero, « Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit administratif », précité ; F. Burdeau, *Histoire du droit administratif (de la Révolution au début des années 1970)*, précité ; J.-L. Mestre, « L'histoire du droit administratif », in P. Gonod, F. Melleray, P. Yolka (dir.), *Traité de droit administratif*, tome 1, précité.

[1698] O. Beaud, « Constitution et droit constitutionnel », précité ; O. Jouanjan, « Histoire de la science du droit constitutionnel », in M. Troper, D. Chagnollaud (dir.), *Traité international de droit constitutionnel. Théorie de la Constitution*, tome 1, Dalloz, coll. « Traités », Paris, 2012, pp. 69-111. Pour le droit privé, « *le modèle*

se conçoivent pas uniquement à la « *lueur des grands principes forgés par le juge* »[1700]. L'analogie est d'autant plus trompeuse que, pour le Conseil d'État, les écrits des membres de la juridiction sont produits par les membres d'un corps, le discours correspondant toujours à une forme d'institutionnalisation car procédant des rapports classiques entre juge et doctrine en droit administratif. Or, au Conseil constitutionnel, au contraire, il n'existe pas d'appartenance à un corps[1701], particulièrement chez les professeurs de droit manifestant plutôt leur appartenance à leur corps d'origine. Le discours des professeurs de droit n'entre alors pas dans un processus institutionnalisé. Le discours officiel de justification apparaît soit à l'occasion de la contestation de la légitimité de la juridiction constitutionnelle, soit dans les cas d'incompréhension ou de critique de certaines décisions[1702]. Jean Rivero contestait l'idée qu'il puisse exister une doctrine du Conseil d'État, estimant qu'« *il n'y a pas, il n'y eut jamais une "doctrine du Conseil d'État"; il n'existe que les écrits ou les enseignements d'hommes qui se trouvent aussi, par hasard, membres de ce grand corps* »[1703]. De la même manière, le discours des professeurs de droit ne permet pas de conclure à l'existence d'une doctrine organique du Conseil constitutionnel ou même d'une doctrine du juge constitutionnel.

694. L'analyse du discours des professeurs de droit sur l'institution à laquelle ils ont appartenu, souligne plutôt un trait sociologique caractéristique : celui de la persistance de l'identification des professeurs de droit aux anciennes fonctions exercées. La légitimation du contrôle de constitutionnalité passe par un discours officiel, révélant le point de vue du juge

---

doctrinal est unitaire : le professeur enseigne le droit, le systématise et propose éventuellement des évolutions; le juge, formé dans une faculté de droit, tranche les litiges et n'est pas supposé aller au-delà de ses fonctions juridictionnelles » (V. Rivollier, in P. Deumier (dir.), *Le raisonnement juridique. Recherche sur les travaux préparatoires des arrêts*, précité, pp. 105-133, spéc. p. 105).

[1699] Voir *supra* § 12 et s.

[1700] J. Chevallier, « Les interprètes du droit », précité.

[1701] Cela a été démontré et expliqué par Dominique Schnapper (D. Schnapper, *Une sociologue au Conseil constitutionnel*, précité). Cependant, on peut effectivement relever le sentiment d'appartenance à un « *club* », qui fait naître un esprit de groupe mais qui ne peut en aucun cas être assimilé à l'appartenance à un corps, comme celui né de la formation commune du fonctionnaire (voir en ce sens B. Latour, *La fabrique du droit. Une ethnographie du Conseil d'État*, La Découverte, Paris, 2004, 320 p., spéc. pp. 119-137).

[1702] Par exemple, c'est la raison pour laquelle Georges Vedel s'est souvent expliqué sur le sens qu'il fallait donner à la décision du 23 janvier 1987 (voir G. Vedel, « Doctrine et jurisprudence constitutionnelles », précité). Aujourd'hui, il est beaucoup plus rare que les membres du Conseil ou d'anciens membres du Conseil interviennent publiquement pour défendre la légitimité du contrôle de constitutionnalité, particulièrement depuis que la question prioritaire de constitutionnalité a permis de « *légitimer la légitimation* » (A. Manouguian, *La légitimation du système français de justice constitutionnelle*, précité, p. 64).

[1703] J. Rivero, « Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit administratif », précité, p. 9.

constitutionnel et non le point de vue doctrinal. L'évocation par ces professeurs de la réalité du raisonnement du juge offre un aperçu de leur conception de l'office du juge constitutionnel. Ce discours officiel permet ainsi de mettre à distance la critique politique ou doctrinale du contrôle de constitutionnalité. Pour y parvenir, les professeurs de droit empruntent les canaux de diffusion de la doctrine universitaire pour livrer le point de vue du juge constitutionnel, « *interprète authentique* »[1704]. Ce discours sert la juridiction ainsi qu'une jurisprudence qu'ils ont largement élaborée. Il témoigne de la distance créée entre le discours du juge et celui de la doctrine[1705]. L'officialité du discours de justification témoigne de la tendance qu'ont les juges à « *s'assurer de l'interprétation légitime des textes juridiques, en disqualifiant les interprétations concurrentes des autres acteurs sociaux et politiques* »[1706]. Cependant, ce même discours dévoile aussi des « *voies de la coopération* »[1707] entre doctrine et juges sans pour autant qu'il soit possible d'en conclure à l'existence d'une doctrine organique. D'autant plus que l'appartenance des professeurs membres du Conseil à la première catégorie leur offre l'opportunité de construire une analyse empruntant à la fois au registre du discours doctrinal et à celui du discours du juge. En prolongeant en dehors de l'institution un point de vue officiel, les professeurs de droit-juges constitutionnels ont construit le socle de l'analyse doctrinale actuelle de la légitimité du contrôle de constitutionnalité[1708].

695. Tout en s'incarnant dans un discours officiel de justification, la légitimation de l'œuvre jurisprudentielle passe encore par un discours de promotion. Ce dernier porte essentiellement sur la nature juridictionnelle du Conseil constitutionnel. Cette fois, les professeurs de droit envisagent un effort de construction doctrinale pour prolonger un effort de promotion déjà entrepris lorsqu'ils étaient au Conseil.

[1704] H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, précité, pp. 469-462.

[1705] G. Vedel, « Jurisprudence et doctrine : Deux discours », *Revue administrative*, 1997, pp. 7-12.

[1706] J. Chevallier, « Les interprète du droit », in *La doctrine juridique*, précité, p. 261.

[1707] G. Vedel, « Jurisprudence et doctrine : Deux discours », précité, p. 10.

[1708] « *La forme même du corpus juridique, notamment son degré de formalisation et de normalisation, dépend sans doute très étroitement de la force relative des "théoriciens" et des "praticiens", des professeurs et des juges, des exégètes et des experts, dans les rapports de force caractéristiques d'un état du champ (à un moment donné dans une tradition déterminée) et de leur capacité respective d'imposer leur vision du droit et de son interprétation. On peut comprendre ainsi les différences systématiques* » (P. Bourdieu, « La force du droit. Eléments pour une sociologie du champ juridique », Actes de la recherche en sciences sociales, vol. 64, 1986, pp. 3-19, spéc. p. 6).

§ 2. Le discours doctrinal de promotion

696. Parallèlement à un discours de justification, les professeurs de droit ont entrepris de construire un discours orienté vers l'affirmation du caractère juridictionnel du Conseil constitutionnel. Au cours des années soixante-dix, la nature juridictionnelle du Conseil constitutionnel a été particulièrement contestée[1709]. Pour nombre d'auteurs, le Conseil constitutionnel est avant tout un organe politique. Cette « *thèse* »[1710] de la nature politique du Conseil constitutionnel, s'inspirait essentiellement de l'analyse de la composition du Conseil mais aussi de ses fonctions, assimilant le contrôle de constitutionnalité à l'exercice du pouvoir législatif[1711]. D'autres s'attachaient à décrire le contrôle de constitutionnalité comme un « *contrôle institutionnel* », dans la mesure où il est exercé *a priori*, et qu'il peut être déclenché sans pour autant que la mesure fasse grief à individu[1712]. Au tournant des années soixante-dix, il apparaissait alors essentiel pour certains membres de la doctrine et pour d'anciens juges constitutionnels, d'entreprendre un travail de « *revendication de juridiction* »[1713]. Ce travail ne pouvait se concevoir sans une justification continue d'un « *modèle de juridicité* »[1714].

697. En 1975, dans la préface de la première édition des Grandes décisions du Conseil constitutionnel, Marcel Waline réalise un travail de légitimation du caractère juridictionnel du

[1709] Pour une analyse exhaustive des thèses en présence, voir F. Luchaire, « Le Conseil constitutionnel est-il une juridiction ? », précité, pp. 48-54 ; V. Bouvier, « La notion de juridiction constitutionnelle », précité ; D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, précité, pp. 75-79.

[1710] C'est en ces termes que François Luchaire présente la controverse doctrinale portant sur la nature des fonctions exercées par le Conseil constitutionnel (F. Luchaire, « Le Conseil constitutionnel est-il une juridiction ? », précité).

[1711] Bernard Chenot, par exemple, pourtant ancien membre du Conseil constitutionnel, considérait le Conseil constitutionnel comme « *un corps politique par son recrutement et par les fonctions qu'il remplit* » (B. Chenot, « Débat », in L. Favoreu (dir.), *Vingt ans d'application de la Constitution de 1958 : Le domaine de la loi et du règlement*, pp. 167-178, spéc. p. 178).

[1712] P. Julliard, « Difficultés du changement en matière constitutionnelle : l'aménagement de l'article 61 de la Constitution », *R.D.P.*, 1974, pp. 1703-1771.

[1713] B. François, « Une revendication de juridiction. Compétence et justice dans le droit constitutionnel de la V^e^ République », *Politix*, n° 10, pp. 92-109.

[1714] *Idem*, p. 99.

Conseil constitutionnel[1715]. Pour le professeur de droit, deux éléments convergent vers la reconnaissance de la nature juridictionnelle du Conseil constitutionnel, déterminés à partir de la définition de l'acte juridictionnel. Un élément matériel tout d'abord, d'après lequel, « *la juridiction statue en droit, et non en équité* […] *Cela ne signifie pas que la juridiction n'ait pas à établir les faits qui donnent lieu à son jugement : elle doit le faire dans toute la mesure où cela est nécessaire pour savoir quelle règle de droit est en jeu, soit pour constater sa violation, soit de façon générale, pour déterminer la norme juridique applicable* »[1716]. La fonction du Conseil constitutionnel est donc de statuer en droit dans le cadre du contrôle de constitutionnalité ; il doit résoudre un conflit entre deux textes juridiques et trouver dans la Constitution une réponse. Il n'a pas (en apparence) à construire un raisonnement, il lui suffit de lire la Constitution. Un élément formel intervient ensuite. Il s'agit même de « *l'élément essentiel* » qui permet à Marcel Waline de caractériser la juridiction[1717]. Le syllogisme employé part de la majeure suivante : « *c'est l'autorité de chose jugée qui s'attache à ses décisions, c'est-à-dire le fait que ce qui a été jugé, sous réserve des voies de recours, ne peut plus être remis en question, et s'impose de façon définitive à toutes les parties en cause* »[1718]. De ce point de vue, l'article 62 de la Constitution ne saurait « *mieux caractériser l'autorité de la chose jugée* »[1719].

698. Pour le professeur de droit, la nature juridictionnelle de l'institution se réalise dans la liaison de ces deux éléments, et seulement par eux : « *L'autorité de chose jugée suffit donc à caractériser l'activité juridictionnelle, avec la seule autre condition du jugement sur la base du droit (positif)* »[1720]. C'est pour cette raison que, lorsque le Conseil statue pour avis, il ne statue pas juridictionnellement. L'auteur entreprend ainsi de déterminer ce qui relève des

[1715] M. Waline, « Préface », in P. Gaïa, R. Ghevothian, F. Mélin-Soucramanien, E. Oliva, A. Roux, *Les Grandes décisions du Conseil constitutionnel*, précité, pp. XI-XVI. Son analyse s'inscrit dans le prolongement de l'étude déjà menée en 1928 (M. Waline, « Eléments d'une théorie de la juridiction constitutionnelle », précité).

[1716] *Idem*, pp. XI-XII.

[1717] *Idem*, p. XI.

[1718] *Ibidem*.

[1719] *Idem*, p. XIII. D'autant plus que ce critère est considéré comme le plus important et le plus difficile à concilier avec la volonté originaire des constituants. Car contrairement à ce que prévoyait le texte au départ, l'expression « *autorité de la chose jugée* » ne figure pas dans l'art 62 de la Constitution. Le Conseil constitutionnel a cependant interprété cette disposition constitutionnelle comme synonyme « *d'autorité de la chose jugée* » (Décision n° 58-90bis AN du 05 mai 1959, *A.N., Lozère (2ème circ.)*, J.O.R.F. du 16 mai 1959, p. 5063).

[1720] *Idem*, p. XII.

fonctions contentieuses et des fonctions non contentieuses de la juridiction constitutionnelle[1721]. De son point de vue, les contrôles des lois organiques, du règlement des Assemblées ou de celui exercé dans le cadre de l'article 37 alinéa 2 de la Constitution sont des activités non contentieuses. En revanche, appartiennent à des activités contentieuses le contrôle des élections des Assemblées parlementaires[1722], le contentieux né de l'article 41 de la Constitution, et bien sûr, le contrôle de constitutionnalité des lois ordinaires. Tout en distinguant le contentieux de la nature juridictionnelle de l'organe de justice constitutionnelle, Marcel Waline ne relie pas la fonction juridictionnelle à l'existence d'un litige. Se demandant si le fait de trancher un litige entre deux parties doit entrer dans la définition de la fonction juridictionnelle, il précise que l'existence d'un litige n'est pas « *essentiel* », même si celui-ci existe dans la plupart des cas. En effet, « *à cette idée de litige à trancher entre parties, répond une notion voisine, mais différente, celle de contentieux* »[1723]. Conscient de la difficulté à laquelle peut mener un tel débat, il use d'un argument historique empruntant, de nouveau, à la comparaison avec le Conseil d'État[1724]. Au début du siècle, rappelle Marcel Waline, le caractère juridictionnel du recours pour excès de pouvoir était discuté, puis on a admis ce caractère, et aujourd'hui, il faut bien admettre que le recours « *ouvre un litige entre partie* »[1725].

[1721] Marcel Waline élude d'ailleurs quelque peu la question de la définition des fonctions contentieuses puisqu'il se contente de la définir de manière négative : l'activité « *n'est pas contentieuse lorsque le Conseil n'est pas en présence de deux prétentions opposées* » (*Idem*, p. XIV).

[1722] Porté en modèle, il y a un « *demandeur* », un « *défendeur* » et surtout un débat « *contradictoire* » (*Idem*, p. XV).

[1723] *Idem*, p. XII. On retrouve ici l'analyse menée par Carré de Malberg à laquelle adhère Marcel Waline, analyse au terme de laquelle « *le mot juridiction n'implique point par lui-même l'existence d'un procès, il désigne simplement une fonction consistant à dire le droit* » (R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, tome 1, Sirey, Paris, 1920, Rééd. Dalloz, Paris, 2004, 837 p., spéc. p. 698).

[1724] Chez Marcel Waline, en tant qu'administrativiste, la diffusion d'une reconnaissance positive du Conseil constitutionnel comme juridiction s'ancre dans un « *modèle de juridicité administrativiste* » (B. François, « Une revendication de juridiction. Compétence et justice dans le droit constitutionnel de la Ve République », précité, p. 99). Il était en effet nécessaire d'ancrer l'analyse sur l'existant. La « *revendication de juridiction* » à laquelle conduit le discours sur l'organe de justice constitutionnelle passait alors par l'emprunt au modèle de juridiction qu'il connaissait et avec lequel le Conseil constitutionnel entretient des liens à la fois organiques et fonctionnels.

[1725] M. Waline, « Préface », in P. Gaïa, R. Ghevothian, F. Mélin-Soucramanien, E. Oliva, A. Roux, *Les Grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Précité, p. XII.

699. François Luchaire se ralliera à cette analyse en publiant, quatre ans plus tard, un article démontrant la nature juridictionnelle du Conseil constitutionnel[1726]. A nouveau, l'acceptation du caractère juridictionnel de l'organe nécessitait de définir les critères de définition de l'acte juridictionnel. François Luchaire épouse la conception de Marcel Waline reposant sur la réunion d'un élément formel et matériel. Il reconnaît encore la distinction établie par Marcel Waline entre juridiction contentieuse et juridiction non contentieuse[1727]. De cette manière, la présence d'un litige ne permet pas de conditionner l'existence de l'acte juridictionnel, reprenant l'exemple de la loi organique contrôlée en l'absence de toute contestation[1728]. Le professeur de droit prolonge finalement l'analyse succincte menée par Marcel Waline dans la préface des Grandes décisions du Conseil constitutionnel. Il entreprend, d'une part, de démontrer l'étendue et les manifestations de l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel[1729], confirmant et justifiant l'autorité de chose jugée telle que le Conseil constitutionnel l'a reconnue dans la décision du 16 janvier 1962[1730]. D'autre part, il souhaite déterminer, « *attribution par attribution* »[1731], l'étendue de la fonction juridictionnelle du Conseil constitutionnel. Les développements les plus significatifs sont alors ceux relatifs au contrôle de constitutionnalité des lois, apparaissant « *toujours juridictionnel* »[1732]. C'est notamment l'absence de contestation, constituant pour une partie de la doctrine l'élément nécessaire de l'acte juridictionnel, qui poserait problème particulièrement dans le cas des lois ordinaires et des lois organiques. Or, François Luchaire s'attache à démontrer que, pour les lois ordinaires, la faculté dont dispose le juge de soulever des moyens d'ordre public ou de faire porter son examen sur des articles autres que ceux soulevés par les requérants constitue bien la preuve de l'existence de l'exercice d'une fonction juridictionnelle[1733]. Tout l'effort de Luchaire a ainsi consisté à systématiser les fonctions du Conseil constitutionnel au regard de

[1726] F. Luchaire, « Le Conseil constitutionnel est-il une juridiction ? », *R.D.P.*, 1979, pp. 27-52. Il reprendra dans son manuel consacré au Conseil constitutionnel en 1980 puis en 1997, en les développant parfois, les arguments et la structure déployés dans son article en 1979 (F. Luchaire, *Le Conseil constitutionnel*, tome I, Organisation et attributions, précité, pp. 38-54).

[1727] *Idem*, p. 37.

[1728] *Ibidem*.

[1729] De ce point de vue, François Luchaire est le premier auteur à s'interroger sur ces questions dans un article de fond.

[1730] Décision n° 62-18 L du 16 janvier 1962, précité.

[1731] F. Luchaire, « Le Conseil constitutionnel est-il une juridiction ? », précité, p. 46.

[1732] *Idem*, p. 50.

[1733] Il prend d'ailleurs l'exemple de la Cour de cassation et du Conseil d'État soulevant d'office des moyens d'ordre public (*Idem*, p. 51).

la définition de l'acte juridictionnel employée quelques années plus tôt par Marcel Waline. Il précisera d'ailleurs, en 1980, dans son manuel consacré au Conseil constitutionnel, l'erreur que constitue le rattachement de l'acte juridictionnel à l'existence d'un litige. Il estime ainsi que « *ou bien il y a contestation et l'acte est juridictionnel même dans la conception qui place cet élément dans la définition de l'acte juridictionnel, ou bien il n'y a pas de contestation mais on s'aperçoit que la fonction du Conseil est la même que dans le cas précédent, ce qui justifie la conception de Marcel Waline qui distingue la juridiction contentieuse et la juridiction non contentieuse* »[1734]. Il reconnaît cependant le caractère très théorique du débat. Pour autant, la qualification des fonctions exercées par le Conseil est un élément fondamental chez l'ancien juge constitutionnel, car il conclut son article en rappelant qu'en fin de compte le poids des fonctions juridictionnelles du Conseil constitutionnel l'emporte largement sur celles qui n'entrent pas dans cette catégorie[1735]. La démonstration menée vise bien à promouvoir par l'analyse juridique le caractère juridictionnel des fonctions exercées par le Conseil. En publiant le premier article de fond consacré à cette question, il participe à la définition d'un cadre juridique légitimant l'institution ; et prolonge, de ce fait, les débats sur la nature juridictionnelle du Conseil en dehors de l'institution. François Luchaire explique d'ailleurs les raisons d'une analyse doctrinale consistant à reconnaître au Conseil constitutionnel les caractères d'une juridiction. Il a le « *sentiment* » qu'elle permet d'« *inciter le Conseil à "juridictionnaliser" sa procédure au maximum* […] *pour demander à ses membres de se comporter en toute circonstance comme un juge doit le faire* »[1736]. A l'extérieur du Conseil constitutionnel, François Luchaire fait ainsi part de la même implication dont il avait fait preuve en qualité de conseiller constitutionnel, afin de promouvoir la thèse de la nature juridictionnelle du Conseil.

700. Les études écrites par ces deux professeurs, anciens membres du Conseil constitutionnel, se révèlent nécessaires à la reconnaissance réelle de la nature juridictionnelle des fonctions exercées par le Conseil constitutionnel. Leurs analyses ont ainsi permis de

[1734] F. Luchaire, *Le Conseil constitutionnel*, tome I, précité, p. 53.

[1735] « *Nous avons exprimé quelques doutes sur l'utilité de qualifier l'organe puisque c'est seulement la fonction qui comporte des conséquences juridiques. Mais si l'on tient à répondre de façon précise au titre de cet article, le poids des premières fonctions l'emporte sur celui des secondes ; oui, dans ces conditions, le Conseil constitutionnel est une juridiction* » (Ibidem).

[1736] F. Luchaire, *Le Conseil constitutionnel*, tome I, précité, p. 48.

rallier une partie de la doctrine publiciste, particulièrement les « *néo-constitutionnalistes* »[1737]. Au cours des années soixante-dix, l'imposant essor de la jurisprudence constitutionnelle va de pair avec une investigation doctrinale dans le champ du contentieux constitutionnel. Par l'intermédiaire de Marcel Waline et de François Luchaire, la controverse sur la nature juridictionnelle du Conseil s'est progressivement apaisée grâce à la diffusion d'un discours de légitimation mais aussi grâce à l'acceptation des particularités propres à la justice constitutionnelle[1738]. C'est justement eu égard à ces particularismes, notamment en matière procédurale, que d'autres professeurs de droit, anciens membres du Conseil constitutionnel eux aussi, comme Robert Badinter, ont pu reprendre les termes de la controverse de façon à approfondir le débat portant sur la juridictionnalisation du Conseil[1739].

701. Pour Georges Vedel, la controverse sur la nature juridictionnelle du Conseil constitutionnel est évolutive et n'a plus d'intérêt[1740]. La nature à la fois juridique et politique des fonctions propres à la justice constitutionnelle rend le débat relativement stérile[1741]. Cependant, Georges Vedel contribue à clore le débat en affirmant qu'« *en pratique, le Conseil constitutionnel est pensé et même vécu comme un juge. La grande majorité de ses membres l'éprouve et en tire les conséquences techniques et déontologiques qui s'ensuivent* »[1742]. Tout en estimant que la présentation faite avant lui pour définir la juridiction constitutionnelle relève d'un « *existentialisme juridique* », Vedel considère qu'il aurait été possible de défendre « *une conception plus rigoureuse de la notion de juridiction* ». Pourtant, poursuit-il, « *le malheur est que cette notion n'est pas elle-même hors de toute controverse en ce qui concerne*

[1737] V. Bouvier, « La notion de juridiction constitutionnelle », *Droits*, 1989, n° 9, pp. 119-129.

[1738] Dominique Rousseau écrit en ce sens que l'ensemble des thèses en présence reposent sur un malentendu. Ce dernier s'explique par l'opposition trop nette entre le juridique et le politique pour définir les fonctions du Conseil. La représentation consistant à s'en tenir uniquement à un modèle d'explication juridique était « *illusoire* ». La discussion fut donc, un temps faussée, par des *a priori* qui rendent aujourd'hui la controverse dépassée (D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, précité, pp. 79-80).

[1739] Voir en ce sens R. Badinter, « Une longue marche. "Du Conseil à la Cour constitutionnelle"», précité.

[1740] G. Vedel, « Réflexions sur les singularités de la procédure devant le Conseil constitutionnel », in *Nouveau juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Dalloz, Paris, 1996, pp. 537-556, spéc. p. 541. Pour autant, Georges Vedel avait classé la juridiction constitutionnelle parmi les « *juridictions de droit public* » (G. Vedel, P. Delvolvé, *Droit administratif*, 7ème éd., précité, p. 88).

[1741] Bien qu'il semble concevoir comme pertinente la distinction entre « *contrôle institutionnel* » et « *contrôle juridictionnel* » (G. Vedel, « Réflexions sur les singularités de la procédure devant le Conseil constitutionnel », précité, p. 541).

[1742] *Ibidem*.

l'exigence d'un litige à la base de l'activité juridictionnelle »[1743]. Georges Vedel avoue qu'en certains cas (loi organique et règlement des assemblées), le Conseil est saisi sans contestation et, lorsqu'il statue sur saisine, son examen peut même « *déborder les limites de la contestation* »[1744]. Pour le professeur de droit, la pluralité des définitions ou des points de vue sur la nature juridictionnelle du Conseil n'enlève rien à deux données de fait empruntées de nouveau à Marcel Waline : « *La première est que* […] *le Conseil constitutionnel est investi d'une fonction spécifiquement juridique qui est d'examiner la conformité d'une loi à la Constitution, c'est-à-dire aux textes de valeur constitutionnelle. La seconde est que sa décision s'impose, selon l'article 62 de la Constitution, aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles* »[1745]. Bien que Georges Vedel ait pu trouver le débat sur la nature du Conseil stérile, il donne malgré tout son point de vue, justifiant la spécificité de la procédure et confirmant le caractère juridictionnel du Conseil constitutionnel. Il propose ainsi, non sans humour, la formule « *d'effet bénéfique involontaire* » du Conseil. Pour lui, c'est « *sa part d'irrationalité, sa rusticité, son empirisme, qui ont été quelques-unes des causes, et non des moindres, de sa réussite. Pour un pur cartésien, le Conseil constitutionnel est un être bizarre : il devrait être au-dessus de la mêlée et ses membres sont désignés par les grands acteurs du combat politique ; ils n'élisent même pas leur président ; on n'exige de ces juges aucune garantie de compétence juridique ; leurs travaux ne sont éclairés par aucune instruction contradictoire ; leurs décisions doivent intervenir dans des délais étrangement brefs ; prises à la majorité et dans le secret, elles étouffent la minorité qui n'y souscrit pas et qui ne peut ni s'exprimer ni se révéler ; et puis, comment travailler sans ces escouades de référendaires ou d'assistants qui font les maisons sérieuse ? Comment nommer les effets qui, contre toute attente, apportent des bienfaits nés de l'imperfection ?* »[1746].

702. Une analyse similaire a été établie par Bastien François à propos de la découverte et de la justification progressive par les constitutionnalistes d'un savoir technique empruntant aux références du droit administratif et développé à partir de la jurisprudence constitutionnelle. Cet auteur explique que « *la revendication de juridiction des juristes entendue à la fois*

[1743] *Idem*, p. 542.

[1744] *Ibidem*.

[1745] *Ibid*.

[1746] G. Vedel, « préface », in D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, précité, p. 8.

comme l'établissement d'un savoir spécialisé (une compétence) et l'extension de sa validité qui passe par l'élargissement des groupes de profanes qu'ils mobilisent à travers un appareil (la justice) permet singulièrement de rendre compte de la transformation du droit constitutionnel sous la V^e^ République »[1747]. Il y aurait donc eu une nécessité à qualifier le Conseil de juridiction afin de juridiciser le droit constitutionnel à partir du contentieux de constitutionnalité et ainsi concurrencer le droit administratif et surtout la science politique qui dominaient l'étude du droit constitutionnel depuis les années cinquante[1748]. Cette entreprise de « *labellisation* » viserait la restructuration du droit constitutionnel[1749]. Pourtant, à leur sortie du Conseil constitutionnel les professeurs de droit n'envisagent pas la reconstruction du droit public français à la lumière du contentieux constitutionnel. Chez Marcel Waline et François Luchaire, l'épanouissement progressif de la jurisprudence constitutionnelle, ainsi que les critiques en illégitimité qui l'accompagnait, ont cependant justifié un discours doctrinal de légitimation, voire de sur-légitimation de la juridiction constitutionnelle. Il était nécessaire pour ces professeurs de droit de faire preuve d'un certain « *volontarisme doctrinal* »[1750]. Leur position implique ainsi un point de vue pédagogique destiné à une large diffusion (particulièrement chez les étudiants en droit auxquels se destinera la publication des *Grandes décisions du Conseil constitutionnel*). Les termes juridictions, arrêts, jugement ou juges ne sont jamais employés dans la Constitution de 1958. L'analyse menée par ces deux professeurs de droit et l'effort poursuivi par d'autres pour justifier le caractère juridictionnel du Conseil, démontrent qu'il s'agit d'une vraie construction doctrinale. Il existe en effet un décalage entre la terminologie du texte constitutionnel - qui trahit l'intention des constituants ne considérant pas le Conseil comme une juridiction - et celle employée par la doctrine et notamment par les professeurs de droit membres du Conseil – qui révèle l'intention de légitimer une juridiction à laquelle ils ont appartenu. De ce point de vue, l'autorité de la thèse de la nature juridictionnelle du Conseil constitutionnel dépend de celle des auteurs qui la porte[1751]. Pour les professeurs de droit, anciens membres du Conseil constitutionnel, l'effort de légitimation

[1747] B. François, « Une revendication de juridiction. Compétence et justice dans le droit constitutionnel de la Ve République », *Politix*, n° 10, pp. 92-109, spéc. p. 93. Du même auteur, « *le Conseil constitutionnel et la Cinquième République. Réflexions sur l'émergence et les effets du contrôle de constitutionnalité en France* », *R.F.S.P.*, 1997, n° 3, pp. 377-404.

[1748] Voir en ce sens D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, précité, p. 80.

[1749] B. François, *La cinquième République dans son droit. La production d'un corps de connaissances spécialisées sur la politique et les institutions*, précité, p. 333.

[1750] *Idem*, p. 79.

[1751] D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, précité, p. 77.

de la nature juridictionnelle des fonctions et de l'organe de justice constitutionnelle se résume en l'affirmation de Jacques Robert: « *Que cela plaise ou déplaise, le Conseil constitutionnel est une juridiction* »[1752].

[1752] J. Robert, « Le Conseil constitutionnel a-t-il démérité ? », in *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs. Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, précité, p. 863.

Conclusion du chapitre 2

703. En étant acteurs du procès constitutionnel, les professeurs de droit ont aussi été les promoteurs d'une œuvre à laquelle ils ont participé et qu'ils se sont engagés à défendre. L'entreprise de légitimation de l'œuvre jurisprudentielle du Conseil constitutionnel s'est réalisée selon deux dimensions, chacune ayant *in fine* pour fonction la légitimation du contrôle de constitutionnalité des lois.

704. L'évolution lente et empirique de la juridictionnalisation du Conseil constitutionnel a été impulsée et favorisée par les professeurs de droit membres du Conseil. Au cours des délibérés, les professeurs de droit, à l'exception de Paul Coste-Floret, ont en effet été promoteurs de la nature juridictionnelle du Conseil constitutionnel, acteurs de la construction progressive d'une procédure juridictionnelle et attentifs, dans la plupart des cas, au respect des règles déontologiques applicables devant une juridiction. Ils ont contribué à définir des pratiques juridictionnelles et à considérer leur office comme celui d'un juge à part entière.

705. De plus, les prises de parole des professeurs de droit, pendant ou après leur sortie du Conseil, révèlent les tensions qui existent parfois entre doctrine et jurisprudence. Le monde du juge constitutionnel et celui de la doctrine, sans avoir été opposés par les professeurs, ont cependant des fonctions différentes. Il s'agit alors de deux mondes auxquels les professeurs sont susceptibles de s'identifier. Il faudrait donc distinguer « *la légitimité des autorités qui disent le droit (juridictionnelles) et la légitimité des non-autorités qui décrivent ce droit dans des discours scientifiques* »[1753]. Le discours des professeurs venant au soutien de l'institution, permet la rencontre de ces deux autorités mais n'aboutit pas forcément à un discours renouvelé. Soit le contenu du discours est la révélation de l'officiel ayant pour fonction de justifier le travail entrepris par le professeur en tant que juge constitutionnel, soit le discours est doctrinal et, en ce sens, il est au service d'une construction systémique, d'un positionnement sur le droit, comme le démontre le discours sur la nature juridictionnelle du Conseil constitutionnel.

[1753] E. Millard, « Ce que "Doctrine" veut dire », in *La doctrine en droit administratif*, précité, p. 11.

Conclusion du titre 2

706. L'étude des travaux préparatoires des décisions du Conseil constitutionnel a permis de confirmer les spécificités définissant les pratiques des professeurs dans l'exercice de l'office de juge constitutionnel. Il apparaît ainsi que chez les conseillers constitutionnels ayant véritablement fait carrière à l'université, dont la pensée a marqué le droit public ou privé, le lien avec l'université est conservé. La participation des professeurs de droit à l'œuvre jurisprudentielle, à savoir le travail juridictionnel d'élaboration des décisions en vue de la construction d'une jurisprudence constitutionnelle, est très dépendante à la fois des personnalités de chacun d'entre eux et du contexte politique et juridictionnel dans lequel s'est inscrit leur passage au Conseil constitutionnel. L'influence des professeurs diffère alors selon les périodes et l'on ne peut assimiler l'influence de René Cassin, Marcel Waline ou François Luchaire par exemple, à celle de Georges Vedel, dont la nomination se situe dans une période de grands bouleversements politiques qui ont permis de forger les grandes constructions jurisprudentielles dont il a très souvent été l'auteur. Si l'apport de ses prédécesseurs a été ponctuel tout en portant sur des décisions fondatrices, celui de Georges Vedel a été systémique, contribuant à définir une pratique jurisprudentielle offrant au juge constitutionnel une vision et une méthode en définissant les garanties de la préservation de la jurisprudence constitutionnelle. Les professeurs de droit ont sans nul doute étaient tout à la fois les maîtres d'œuvre de la construction de la jurisprudence du Conseil constitutionnel que ceux de sa légitimation. Au Conseil, ils ont entrepris de construire positivement une véritable juridiction. A l'extérieur du Conseil constitutionnel, le discours de ces professeurs-juges révèle leur attachement particulier à une institution dont ils ont forgé la structure et à une œuvre jurisprudentielle à l'élaboration de laquelle ils ont participé. Le discours de ces universitaires révèle alors une identification constante aux fonctions juridictionnelles exercées.

Conclusion de la seconde partie

707. L'étude des procès-verbaux des décisions du Conseil constitutionnel a permis de démontrer l'influence majeure exercée par les professeurs de droit sur l'élaboration de la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Leur présence au Conseil constitutionnel a eu un effet performatif sur la méthode du juge constitutionnel, démontrant *in fine* l'influence des professeurs de droit sur la qualité du raisonnement mené en amont des décisions. Leur participation à la construction des solutions jurisprudentielles démontre encore que ces universitaires ont été les auteurs de décisions fondatrices de la jurisprudence constitutionnelle, sans se départir de la tentation de respecter le texte de la Constitution tel qu'ils le connaissent et le commentent dans leur enseignement ou leurs productions scientifiques.

708. Si les professeurs de droit ont su s'identifier complètement à la fonction de juges, leurs méthodes de travail au cours des délibérations démontrent néanmoins une prise en compte non négligeable de positions prises avant leur nomination au Conseil constitutionnel. Les ressources professionnelles et donc identitaires de ces universitaires révélant un apport tout particulier à la construction des décisions du Conseil constitutionnel. Leur influence, bien loin d'être purement technique, a aussi été systémique. La contribution de Georges Vedel a été probablement la plus déterminante en ce sens, d'autant qu'elle s'inscrit dans un période politique et un contexte juridictionnel propice aux grandes constructions jurisprudentielles. Les professeurs ont aussi contribué à la légitimation de l'œuvre jurisprudentielle, défendant le caractère juridictionnel de la nature et des fonctions du Conseil constitutionnel et inspirant la construction de procédures juridictionnelles. Il a enfin été démontré que les professeurs de droit ont entrepris un discours de justification épousant le point de vue du juge constitutionnel et ayant pour fonction de faire accepter une institution à laquelle ils ont appartenu et au sein de laquelle ils ont fait œuvre de jurisprudence.

Conclusion générale

709. Lorsque l'on s'attarde sur l'étude de la composition du Conseil constitutionnel, on oublie parfois que onze professeurs de droit ont appartenu à l'institution et n'ont cessé d'y siéger depuis 1960, malgré une absence remarquée après le départ de Jean-Claude Colliard entre 2007 et 2013. Ces juges constituent un thème délaissé par la doctrine. Pourtant, la présence des professeurs de droit offre une nouvelle perspective d'analyse de la fabrication des décisions et, plus largement, des fonctions spécifiques des juristes universitaires dans les lieux de production du droit. L'objectif de ce travail était alors de comprendre à la fois les mécanismes à l'origine de la sélection des professeurs de droit et leurs rôles spécifiques et particuliers dans le processus d'élaboration des décisions.

710. La nomination des professeurs de droit au Conseil constitutionnel peut *a priori* être perçue comme relevant d'un choix exclusivement centré sur la compétence juridique. Pourtant, l'étude du processus de leur accès démontre qu'à côté de la compétence juridique, deux critères généraux et non exclusifs structurent leur sélection. Le premier est de nature politique, et détermine le processus de nomination des professeurs de droit ; le second est un critère d'équilibre, traduisant le moyen d'assurer une certaine stabilité de la composition de la juridiction. Finalement, l'accès des professeurs de droit au Conseil - loin d'être uniquement guidé par des raisons exclusivement liées à leur compétence - est bien plus dépendant de la détention d'un « *capital social* »[1754], constitué à partir d'un réseau de liens politiques permettant aux autorités de nomination de considérer certains professeurs de droit comme des candidats légitimes aux fonctions de juge constitutionnel. Sur l'ensemble des nominations, et malgré un choix libre et discrétionnaire des autorités de nomination, peu de professeurs de droit sont parvenus à être nommés au Conseil constitutionnel. Historiquement, l'explication réside dans la dévalorisation progressive de l'expertise des professeurs de droit et la relégation de la figure des juristes universitaires au moment de l'installation de la V^{ème} République. Contrairement à la IV^{ème} République qui a consacré tout particulièrement le rôle des professeurs de droit lors de son instauration, la V^{ème} République marque une rupture entre ces derniers et les institutions politiques et juridictionnelles, le recours à l'expertise universitaire

[1754] P. Bourdieu, « Le capital social », précité.

diminuant largement. Cet affaiblissement a pesé directement sur les réseaux d'influence des professeurs, et ce particulièrement au moment de la création du Conseil constitutionnel. Ce climat, défavorable aux professeurs, a contribué à limiter, et limite aujourd'hui encore, la nomination des professeurs de droit au Conseil constitutionnel.

711. Cet accès limité des professeurs de droit au Conseil constitutionnel est aussi une occasion de repenser la composition de la juridiction. L'analyse de nombreux exemples étrangers en matière de conditions d'accès des professeurs de droit aux juridictions constitutionnelles souligne que la France constitue bien une exception. La part plus largement laissée, dans tous les systèmes étudiés, aux juristes de profession concourt largement à éclairer ce constat. Il semblerait opportun d'assurer un encadrement précis des nominations, en réduisant la marge de manœuvre des autorités de nomination actuelles. Cette solution serait le moyen le plus sûr de garantir l'accès de personnalités disposant des qualifications juridiques indispensables. En s'inspirant des exemples étrangers, l'introduction d'une clause spéciale de compétence par une révision de l'article 56 de la Constitution du 4 octobre 1958 aurait le double avantage d'encadrer strictement les nominations et d'assurer une composition reflétant la compétence juridique des membres. Elle consisterait à définir précisément les qualifications juridiques que devraient avoir les futurs juges constitutionnels. Il faudrait alors choisir les professions représentées au sein de la formation collégiale. De cette manière, la compétence juridique se trouverait garantie en déterminant les catégories socio-professionnelles susceptibles, en termes de formation et de compétence, d'accéder au Conseil constitutionnel.

712. Après l'analyse de l'accès des professeurs, il était nécessaire d'entreprendre celle de l'exercice de l'office de juge constitutionnel. Les archives des procès-verbaux des séances de délibération du Conseil constitutionnel ont constitué autant d'éléments structurants et suffisamment objectifs pour réaliser un tableau le plus fidèle possible des fonctions spécifiques exercées par les professeurs de droit officiant au Conseil constitutionnel. La démarche a fourni une analyse circonstanciée, mais cependant révélatrice du rôle et des apports considérables des professeurs de droit au Conseil constitutionnel entre 1960 et 1988. Ces derniers ont assuré des fonctions d'orientation et de structuration des méthodes et de la jurisprudence du Conseil au cours d'une période d'installation puis d'émancipation de la juridiction constitutionnelle. Tous les professeurs de droit n'ont pas pour autant eu une

influence similaire, notamment du fait de l'hétérogénéité des parcours et de l'expérience de chacun d'entre eux. Certes, leur formation initiale est identique mais la carrière menée recèle des différences importantes, révélant parfois une disparité des pratiques et des méthodes d'analyse du droit au Conseil constitutionnel. Par exemple, les professeurs de droit public y jouent un rôle plus important que leurs homologues privatistes. Au cours de la période étudiée, cette prééminence s'explique particulièrement par la nature du contentieux, dans la mesure où les publicistes sont plus rompus à l'analyse et à l'interprétation des dispositions constitutionnelles, appartenant au champ d'analyse du droit public. De plus, il est clair que l'apport des professeurs ayant eu une carrière principalement académique fut plus prégnant. Ceux dont la carrière fut principalement politique, ont, juridiquement, moins pesé sur les débats au cours des délibérations. En ce sens, le rôle de François Luchaire, Marcel Waline et Georges Vedel a été particulièrement retentissant. La compétence technique a été indéniablement facteur d'autorité au Conseil constitutionnel. La renommée de la plupart de ces professeurs, la maîtrise présumée des concepts et du langage juridique leur ont offert une position privilégiée au sein de la formation collégiale. Egalement, du point de vue des méthodes de travail, les délibérations démontrent à quel point les professeurs de droit ont porté une attention particulière à ce que le sens des notions juridiques employées au cours des discussions ne soit pas dévoyé ou mal compris. Se plaçant régulièrement dans une fonction pédagogique, le sens précis des définitions et de l'usage des catégories juridiques fut fréquemment rappelé aux autres membres du Conseil par les professeurs. Leurs compétences ont été mises au service d'un raisonnement juridique technique, dont l'influence sur la qualité de la décision finale a été considérable. Par leur « *méthodologie* »[1755] et leur « *déontologie* »[1756], les professeurs ont été peu sujets à des « *préférences étrangères au droit* »[1757]. La spécificité de leurs pratiques a fait d'eux les gardiens de l'orthodoxie du raisonnement juridique au cours des délibérations. Ils ont donc été les artisans de la production d'une jurisprudence et de pratiques conformes aux standards juridictionnels ainsi que les acteurs de la construction progressive d'une procédure et de méthodes juridictionnelles, permettant de faire du conseiller constitutionnel un juge à part entière.

[1755] G. Vedel, « Témoignages d'anciens du Conseil constitutionnel », précité, pp. 66-67.

[1756] *Ibidem*.

[1757] *Ibid*.

713. Si les professeurs de droit ont su s'identifier à de véritables juges, leurs méthodes de travail au cours des délibérations démontrent néanmoins une influence non négligeable des positions tenues avant leur nomination au Conseil constitutionnel. Les ressources professionnelles, mais aussi culturelles, de ces universitaires ont révélé un apport tout particulier à la construction des décisions. Leur influence, loin d'être uniquement technique, a de plus consisté en une manière spécifique de faire du droit au Conseil constitutionnel. Si l'on prolonge la réflexion, il semble qu'une des conséquences de la présence de professeurs de droit au Conseil est la réconciliation entre un certain degré d'abstraction juridique et le réalisme nécessaire à la pratique contentieuse[1758]. En définitive, les professeurs ne se sont pas départis de la tentation de respecter le texte de la Constitution tel qu'ils le connaissent et, souvent, tel qu'ils l'ont commenté et interprété dans leurs enseignements ou dans leurs productions scientifiques. Les apports des professeurs de droit ne peuvent se mesurer qu'en prenant en considération un certain nombre de contraintes tenant au contexte politique et au degré d'émancipation de la juridiction constitutionnelle. Substantiellement, les apports des juristes universitaires sont donc moins retentissants avant les années quatre-vingt où les professeurs de droit sont réduits à un rôle plus technique. La nomination de Georges Vedel a constitué un véritable tournant, si ce n'est une révolution, au Conseil constitutionnel. Il a, sans aucun doute, eu l'influence la plus déterminante au cours d'une période politique et d'un contexte juridictionnel propices aux grandes constructions jurisprudentielles, constructions dont il fut bien souvent l'unique maître d'œuvre. S'il n'est pas possible d'observer précisément une « doctrine Waline » ou une « doctrine Luchaire » au Conseil constitutionnel, il est possible d'affirmer qu'il y a bien eu une « doctrine Vedel ». Son apport à la construction de la jurisprudence constitutionnelle fut considérable, au point que la doctrine du professeur de droit est parfois devenue doctrine du juge constitutionnel.

714. En définitive, il est clair que le Conseil constitutionnel ne serait pas devenu ce qu'il est aujourd'hui sans le travail mené par les professeurs de droit. Certes, le régime légal d'ouverture des archives a contraint à ne disposer que d'une vision parcellaire du rôle des professeurs de droit, l'analyse ne couvrant pas la période dépassant l'année 1988. Néanmoins, l'étude est déjà le témoin de l'importance que constitue, dans la juridiction constitutionnelle, la présence des juristes universitaires. Les fonctions juridictionnelles du Conseil

[1758] M. Waline, « Empirisme et conceptualisme dans la méthode juridique : faut-il tuer les catégories juridiques ? », précité.

constitutionnel imposent alors désormais que les juges nommés disposent des qualifications juridiques nécessaires au contrôle de constitutionnalité ; les professeurs de droit doivent trouver dans cet agencement une place significative. Il y a dorénavant un anachronisme à l'absence de règles permettant de garantir un accès spécifique – une espèce de "voie réservée" - des professeurs de droit au Conseil constitutionnel. En effet, si, pour beaucoup d'observateurs, leur présence n'était pas essentielle dans le cadre du contrôle *a priori*, elle semble désormais indispensable dans le cadre de la question prioritaire de constitutionnalité. La complexification, l'afflux du contentieux et l'accélération de la constitutionnalisation des branches du droit nécessitent que la présence de professeurs spécialisés dans les grandes branches du droit soit exigée dans des proportions raisonnables, en s'appuyant sur les modèles étrangers. En retour, l'Université profiterait aussi de la présence de ces professeurs de droit au Conseil. Elle permettrait peut-être de renouveler et de consolider le dialogue déjà bien en place entre la doctrine et le Conseil constitutionnel.

715. L'investissement des professeurs de droit dans les lieux de production du droit est aujourd'hui majoritairement circonscrit à l'expertise ponctuelle et consultative auprès d'institutions politiques. Le travail du juge constitutionnel est peut-être trop souvent opposé à celui de la doctrine. Mais, si la fonction de la doctrine est de contribuer à la formation du droit, le dialogue entre le Conseil constitutionnel et l'Université gagnerait à voir clairement assumé le rôle des professeurs dans l'entreprise jurisprudentielle de création du droit. Ces derniers pourraient ainsi incarner « *les deux voix du dialogue* »[1759] trop souvent opposées.

[1759] J. Rivero, « Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit administratif », précité, p. 29.

Bibliographie

§ 1. Bibliographie générale

A. Manuels, traités et dictionnaires

1. Manuels et traités

Ardant (Ph.), Mathieu (B.), *Droit constitutionnel et institutions politiques*, L.G.D.J., coll. « Manuel », Paris, 27ème éd., 2015, 574 p.

Avril (P.), Gicquel (J.), Gicquel (J.-E.), *Droit parlementaire*, Montchrestien, coll. « Domat droit public », Paris, 5ème éd., 2014, 398 p.

Barthélémy (J.), Duez (P.), *Traité de droit constitutionnel*, Dalloz, édition refondue de 1933, coll. « Les introuvables », Paris, 2004, 955 p.

Carbonnier (J.), *Droit civil. Introduction. Les personnes. La famille, l'enfant, le couple*, P.U.F., coll. « Quadrige », Paris, 2004, 1496 p.

Chantebout (B.), *Droit constitutionnel,* Sirey, coll. « Université Paris», Paris, 31e éd., 2014, 636 p.

De Laubadère (A.), *Traité élémentaire de droit administratif*, L.G.D.J., Paris, 4ème éd., 1967, 697 p.

Dord (O.), *Droit de la fonction publique,* P.U.F., coll. Thémis, Paris, 2ème éd., 2012, 373 p.

Drago (G.),

- *Contentieux constitutionnel français*, P.U.F., coll. « Thémis », Paris, 2ème éd., 2006, 759 p.
- *Contentieux constitutionnel français,* P.U.F., coll. « Thémis », Paris, 3ème éd., 2011, 683 p.

Duguit (L.), *Traité de droit constitutionnel. La théorie générale de l'Etat*, tome III, de Boccard, Paris, 1930, 856 p.

Duhamel (O.) et Tusseau (G.), *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Seuil, Paris, 3ème éd., 2013, 984 p.

Duverger (M.), *Droit constitutionnel et institutions politiques. Théorie générale des régimes politiques*, tome 1, P.U.F., Paris, 4e éd., 1959, 397 p.

Duverger (M.), *Institutions politiques et droit constitutionnel*, P.U.F., Paris, 5ème éd., 1960, 818 p.

Favoreu (L.), et *allii.*, *Droit constitutionnel*, Dalloz, coll. « Précis », Paris, 16ème éd., 2014, 1070 p.

Favoreu (L.) et *allii*, *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, coll. « Précis », Paris, 6ème éd., 2012, 728 p.

Gicquel (J.), Gicquel (J.-E.), *Droit constitutionnel et institutions politiques*, L.G.D.J., coll. « Domat droit public », Paris, 29ème éd., 2015, 860 p.

Hamon (F.), Troper (M.), *Droit constitutionnel*, L.G.D.J., coll. « Manuel », Paris, 35ème éd., 2014, 798 p.

Hauriou (M.), *Précis de droit constitutionnel*, Sirey, Paris, 1929, réédition C.N.R.S., Paris, 1965, 759 p.

Kelsen (H.), *Théorie pure du droit*, Traduction française de la 2ème éd., Dalloz, Paris, 1962, 547 p.

Laferrière (J.), *Manuel de droit constitutionnel*, Domat-Montchrestien, Paris, 2ème éd., 1947, p. 553.

Masclet (J.-Cl.), *Droit électoral*, P.U.F., Paris, 1989, 445 p.

Melleray (F.), *Droit de la fonction publique*, Economica, Paris, 2ème éd., 2010, 395 p.

Pactet (P.) et Mélin-Soucramanien (F.), *Droit constitutionnel*, Sirey, coll. « Université », Paris, 33e éd., 2014, 643 p.

Frier (P.-L.), Petit (J.), *Droit administratif*, Montchrestien, Paris, 2013, 8ème éd., 634 p.

Pierre (E.), *Traité de droit politique, électoral et parlementaire*, Loysel, Paris, 1989, 760 p.

Prélot (M.), *Précis de droit constitutionnel*, Dalloz, Paris, 3ème éd., 1955, 556 p.

Ponthoreau (M.-C.), *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, Economica, coll. « Corpus droit public », Paris, 2010, 401 p.

Odent (R.), *Contentieux administratif*, tome I, rééd, Dalloz, Paris, 2007, 1051 p.

Rousseau (D.),

- *Droit du contentieux constitutionnel*, Montchrestien, Paris, 1990, 404 p
- *Droit du contentieux constitutionnel*, L.G.D.J., coll. « Domat droit public », 10ème éd., 2013, 584 p.

Terré (F.), *Introduction générale au droit*, Dalloz, Coll. « Précis », Paris, 9ème éd., 2012, 652 p.

Troper (M.) et Chagnollaud (D.) (dir.),

- *Traité international de droit constitutionnel – Théorie de la Constitution*, tome 1, 1ère éd., coll. Traités Dalloz, Dalloz, Paris, 2012, 816 p.
- *Traité international de droit constitutionnel – Distribution des pouvoirs*, tome 2, 1ère éd., coll. Traités Dalloz, Dalloz, Paris, 2012, 805 p.
- *Traité international de droit constitutionnel – Suprématie de la Constitution*, tome 3, 1ère éd., coll. Traités Dalloz, Dalloz, Paris, 2012, 825 p.

Trotabas (L.), *Institutions financières*, Dalloz, Paris, 1956, 427 p.

Trotabas (L.), *Précis de science et technique fiscale*, Dalloz, Paris, 1958, 419 p.

Turpin (D.),

- *Contentieux constitutionnel*, P.U.F., Paris, 1986, 436 p.
- *Droit constitutionnel*, P.U.F., coll. « Quadrige », Paris, 2ème éd., 2007, 846 p.

Zoller (E.), *Droit constitutionnel*, P.U.F., Paris, 1999, 2ème éd., 642 p.

2. Dictionnaires

Alland (D.), S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, P.U.F., coll. « Quadrige », Paris, 2003, 1534 p.

Cadiet (L.), (dir.), *Dictionnaire de la Justice*, P.U.F., coll. « Quadrige », Paris, 2004, 1362 p.

Cornu (G.), *Vocabulaire juridique*, P.U.F., coll. « Quadrige », Paris, 7ème éd., 2005, 970 p.

Gavois (A.), Martial (P.) (dir.), *Dictionnaire des parlementaires français. Notices biographiques sur les parlementaires français de 1940 à 1958*, La Documentation française, Paris, 1994, 458 p.

Julliard (J.), Winock (M.) (dir.), *Dictionnaire des intellectuels français. Les personnes, les lieux, les moments*, Seuil, Paris, 2009, 1530 p.

Le Petit Larousse, Larousse, Paris, 1999, 1870 p.

Rey (A.) (dir.), *Dictionnaire historique de la langue française*, Le Robert, 2010, 4ème éd., 2614 p.

Yvert (B.) (dir.), *Dictionnaire des ministres de 1789 à 1989*, Perrin, Paris, 1990, 1028 p.

B. Thèses et mémoires

Azemayech (A), *Les mesures de sûreté : étude comparée du droit français et du droit iranien*, thèse dact., Université de Montpellier I, 1970, 210 p.

Bailleux (J.), *Faut-il réformer le Conseil constitutionnel ? Les professeurs de droit constitutionnel aux prises avec le succès du contrôle de constitutionnalité, Mémoire, D.E.A. de science politique*, Université Paris I Panthéon-Sorbonne, 2003, 110 p.

Batailler (F.), *Le Conseil d'État juge constitutionnel*, L.G.D.J., Paris, 1966, 675 p.

Baumert (R.), *La Découverte du juge constitutionnel, entre science et politique*, LGDJ, Paris, 2009, 612 p.

Bonnet (J.), *Le juge ordinaire français et le contrôle de la constitutionnalité des lois. Analyse critique d'un refus*, Dalloz, Paris, 2009, 716 p.

Bougrab (J.), *Aux origines de la Constitution de la IVe République*, Dalloz, Coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », Paris, 2002, 768 p.

Brachet (B.), *La délimitation des domaines respectifs de la loi et du règlement dans la Constitution du 4 octobre 1958*, thèse dact., Université de Bordeaux, 1965, 348 p.

Cartier (E.), *La transition constitutionnelle en France (1940-1945). La reconstruction révolutionnaire d'un ordre juridique "républicain"*, L.G.D.J., coll. « Thèses », Paris, 2005, 680 p.

Champeil-Desplats (V.), *Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. Principes constitutionnels et justifications dans le discours doctrinal*, Economica-P.U.A.M., Paris, 2001, 306 p.

Chevallier (J.), *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, L.G.D.J., coll. « Bibliothèque de droit public », Paris, 1970, 317 p.

Chifflot (N.), *Le droit administratif de Charles Eisenmann*, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », Paris, 2009, 450 p.

Debré (J.-L.), *Les idées constitutionnelles du Général de Gaulle*, L.G.D.J., Paris, 1974, 461 p.

Delvolvé (J.), *Les délégations de matières en droit public*, Sirey, Paris, 1930, 355 p.

De Montalivet (P.), *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », Paris, 2006, 680 p.

Di Manno (Th.), *Le juge constitutionnel et la technique des décisions interprétatives en France et en Italie*, Economica/P.U.A.M., Paris, 1997, 617 p.

Duclercq (J.-B.), *Les mutations du contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, L.G.D.J., coll. « Bibliothèque de droit constitutionnel et de science politique », 2015, 537p.

Eisenmann (Ch.), *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, 1928, rééd., Economica/P.U.A.M., coll. « Droit public positif », Paris, 1986, 383 p.

Esplugas (P.), *Conseil constitutionnel et service public*, L.G.D.J., Coll. « Bibliothèque de droit public », Paris, 1996, 321 p.

Fisch (B.), *La nomination des membres du Conseil constitutionnel. Mise en perspective avec d'autres Cours constitutionnelles*, Mémoire de D.E.A., Université Paris I, 1995, 112 p.

François (B.), *La cinquième République dans son droit. La production d'un corps de connaissances spécialisées sur la politique et les institutions*, thèse dact., Université Paris I, 1992, 591 p.

Fortsakis (T.), *Conceptualisme et empirisme en droit administratif français*, L.G.D.J., coll. « Bibliothèque de droit public », Paris, 1987, 542 p.

Franck (Cl.), *Les fonctions juridictionnelles du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat dans l'ordre constitutionnel*, L.G.D.J., Paris, 1974, 327 p.

Gaudemet (Y.), *Les méthodes du juge administratif*, L.G.D.J., Paris, 1972, 321 p.

Goguel (F.), *Le rôle financier du Sénat français : essai d'histoire parlementaire*, Sirey, Paris, 1937, 262 p.

Gonod (P.), *Edouard Laferrière un juriste au service de la République*, L.G.D.J., Paris, 1997, 446 p.

Hourquebie (F.), *Sur l'émergence du contre-pouvoir juridictionnel sous la V*^{ème} *République*, Bruylant, Bruxelles, 2004, 678 p.

Jan (P.), *La saisine du Conseil constitutionnel*, L.G.D.J., coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », Paris, 1999, 716 p.

Janura (C.), *Le droit administratif de Marcel Waline : essai sur la contribution d'un positiviste au droit administratif français*, thèse dact., Université d'Artois, 1999, 508 p.

Jeanneau (B.), *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, Sirey, Paris, 1954, 287 p.

Lambert (E.), *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis. L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Giard, 1921, rééd., Dalloz, Paris, 2005, 276 p.

Lemasurier (J.), *La Constitution de 1946 et le contrôle juridictionnel du législateur*, L.G.D.J., Paris, 1954, 269 p.

Malhière (F.), *La brièveté des décisions de justice (Conseil constitutionnel, Conseil d'Etat, Cour de cassation). Contribution à l'étude des représentations de la justice*, Dalloz, Coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », Paris, 2013, 665 p.

Mélin-Soucramanien (F.), *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Economica/P.U.A.M., Paris, 1997, 397 p.

Leroyer (S.), *L'apport du Conseil d'Etat au droit constitutionnel de la V*^{e} *République. Essai sur une théorie de l'Etat*, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », Paris, 2011, 756 p.

Manouguian (A.), *La légitimation du système français de justice constitutionnelle*, Publication de l'Université Jean Moulin Lyon III, Lyon, 2014, 136 p.

Mastor (W.), *Les opinions séparées des juges constitutionnels*, Economica/P.U.A.M., Paris, 2005, 361 p.

Mborantsuo (M.-M.), *La contribution des Cours constitutionnelles à l'Etat de droit en Afrique*, Economica, Paris, 2007, 366 p.

Meunier (J.), *Le pouvoir du Conseil constitutionnel. Essai d'analyse stratégique*, Bruylant/L.G.D.J., Paris, 1994, 373 p.

Metzger (M.-J.), *L'Evolution de la notion de manœuvres frauduleuses dans le délit d'escroquerie et la réforme de l'article 405 du code pénal*, thèse dact., Université de Montpellier I, 1976, 158 p.

Michon-Traversac (A.-S.), *La citoyenneté en droit public français*, L.G.D.J., coll. « Bibliothèque de droit public », Paris, 2008, 655 p.

Milet (M.), *Les professeurs de droit citoyens. Entre ordre juridique et espace public, contribution à l'étude des interactions entre les débats et les engagements des juristes français (1914-1995)*, thèse dact., Université Panthéon-Assas, 2000, 791 p.

Philip (L.), *Le contentieux des élections aux assemblées politiques françaises. De la vérification des pouvoirs par les chambres au contrôle juridictionnel du Conseil constitutionnel*, L.G.D.J., Paris, 1961, 234 p.

Philippe (X.), *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelles et administratives*, Economica/P.U.A.M., Paris, 1990, 541 p.

Pinon (S.), *Les réformistes constitutionnels des années trente aux origines de la V^e^ République*, L.G.D.J., Coll. «Bibliothèque constitutionnelle et de science politique», Paris, 2003, 632 p.

Ponthoreau (M.-C.), *La reconnaissance des droits non-écrits par les Cours constitutionnelles italienne et française. Essai sur le pouvoir créateur du juge constitutionnel*, Economica, coll. « Droit public positif », Paris, 1994, 280 p.

Redor (M.-J.), *De l'Etat légal à l'Etat de droit. L'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française (1879-1914)*, Economica/P.U.A.M., Paris, 1992, 330 p.

Richard (G.), *Enseigner le droit public à Paris sous la Troisième République*, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », Paris, 964 p.

Sacriste (G.), *La république des constitutionnalistes. Professeurs de droit et légitimation de l'Etat en France (1870-1914)*, Presses de la fondation nationale des sciences politiques, Paris, 2011, 578 p.

Sénac (Ch.-E.), *L'office du juge constitutionnel. Etude du contrôle de constitutionnalité par les juridictions françaises*, L.G.D.J., Paris, 2015, 613 p.

Severino (C.), *La doctrine du droit vivant*, Economica/P.U.A.M., Paris, 2003, 282 p.

Sy (M.-M.), *La protection constitutionnelle des droits fondamentaux en Afrique. L'exemple du Sénégal*, L'Harmattan, Paris, 2007, 562 p.

Thomas (J.), *L'indépendance du Conseil constitutionnel*, L.G.D.J., Collection des Thèses, Paris, n° 38, 2010, 446 p.

Toulemonde (B.), *Les libertés et franchises universitaires en France*, thèse doctorat dact., Université Lille II, 1971, 763 p.

Viala (A.), *Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, L.G.D.J., coll. « Thèses », Paris, 1999, 336 p.

C. Ouvrages généraux et spécialisés

Ancel (F.), *Les incompatibilités parlementaires sous la V^{ème} République*, P.U.F., Paris, 1975, 136 p.

Arnaud (A.-J.), *Les juristes face à la société du XIX^{e} siècle à nos jours*, P.U.F., Paris, 1975, 228 p.

Andrieu (C.), *Pour l'amour de la République. Le Club Jean Moulin 1958-1970*, Fayard, Paris, 2002, 608 p.

Agulhon (M.), *1848 ou l'Apprentissage de la République (1848-1852)*, Seuil, Paris, 1992, 320 p.

Audren (F.), Halpérin (J.-L.), *La culture juridique française. Entre mythes et réalités*. XIX^{e} - XX^{e} siècles, éd. C.N.R.S., Paris, 2013, 334 p.

Avril (P.), Gicquel (J.), *Le Conseil constitutionnel*, Montchrestien, coll. Clefs politique, Paris, 6ème éd., 2011, 160 p.

Beaud (O.), *Les libertés universitaires à l'abandon*, Dalloz, coll. « Les sens du droit », Paris, 2010, 345 p.

Beauvois (Y.), *Léon Noël de Laval à de Gaulle via Pétain (1888-1987)*, Presse Universitaires du Septentrion, Paris, 2001, 468 p.

Benoist (P.), *François Goguel, haut fonctionnaire et politiste*, Les Cahiers du C.E.V.I.P.O.F., n° 50, 2009, 218p.

Bigaut (C.), *Les cabinets ministériels*, L.G.D.J., « Coll. Droit public », Paris, 1997, 215 p.

Bigot (G.), *Introduction historique au droit administratif depuis 1789*, P.U.F., coll. « Droit Fondamental », Paris, 2002, 390 p.

Bourdieu (P.),

- *Homo academicus*, Les éditions de minuit, 1984, 317 p.
- *Sur l'Etat. Cours au Collège de France 1989-1992*, Seuil, Paris, 2012, 657 p.

Callon (J.-E.), *Les projets constitutionnels de la Résistance*, La documentation Française, Paris, 1998, 244 p.

Carbonnier (J.), *Droit et passion du droit sous la Vème République*, Flammarion, coll. « Champs essais », Paris, 1996, 276 p.

Carré de Malberg (R.),

- *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Tome 1, 1920, rééd. Dalloz, Paris, 2004, 837 p.
- *La loi, expression de la volonté générale*, 1931, rééd., Economica, Coll. « Classiques », Paris, 1984, 228 p.

Charles (Ch.), Verger (J.), *Histoire des universités*, P.U.F., coll. « Que-sais-je ?», Paris, 2007, 126 p.

Cassia (P.), *Robert Badinter, un juriste en politique*, Fayard, Paris, 2009, 547 p.

Charles (Ch.), Verger (J.), *Histoire des Universités*, P.U.F., coll. « Quadrige », Paris, 2012, 352 p.

Chêne (Ch.), *L'enseignement du droit français en pays de droit écrit (1679-1793)*, Droz, Genève, 1982, 365 p.

Chevallier (J.), *Institutions politiques*, L.G.D.J., coll. « Systèmes », Paris, 1996, 207 p.

Club Jean Moulin, *L'Etat et le citoyen*, Club Jean Moulin/Seuil, Paris, 1961, 410 p.

Collectif :

- *Le Conseil constitutionnel et les partis politiques*, Economica, Coll. « Droit public positif », Paris, 1988, 119 p.
- *Témoignages sur l'écriture de la constitution de 1958 : autour de Raymond Janot*, La Documentation Française, Paris, 1997, 118 p.
- *Le Conseil constitutionnel a 40 ans*, L.G.D.J., Paris, 1999, 221 p.

Comité national chargé de la publication des travaux préparatoires des institutions de la Vème République :

- *Documents pour servir à l'histoire de la Constitution du 4 octobre 1958, vol. 1 : des origines de la loi constitutionnelle du 3 juin 1958 à l'avant-projet du 29 juillet 1958*, La documentation française, Paris, 1987, 613 p.
- *Documents pour servir à l'histoire de la Constitution du 4 octobre 1958, vol. 2 : Le Comité consultatif constitutionnel de l'avant-projet du 29 juillet 1958 au projet du 21 août 1958*, La documentation française, Paris, 1988, 787 p.
- *Documents pour servir à l'histoire de la Constitution du 4 octobre 1958, vol. 3 : du Conseil d'Etat au référendum, 20 août-28 septembre 1958*, La documentation française, Paris, 1991, 777 p.

De Béchillon (D.), *Qu'est-ce qu'une règle de droit*, Odile Jacob, Paris, 1997, 302 p.

De Gaulle (Ch.), *Mémoires de Guerre. Tome 1, L'Appel : 1940-1942*, 1954, rééd. Pocket, Paris, 1999, 440 p.

De Menthon (F.), *Vers la IV*^{ème} *République*, Hachette, Paris, 1946, pp. 45-50.

Debré (M.),

- *Trois républiques pour une France. Combattre*, tome 1, Albin Michel, Paris, 1984, 478 p.

- *Trois républiques pour une France. Agir, 1946 – 1958 : dix ans d'opposition, le retour du Général de Gaulle, une nouvelle Constitution*, tome 2, Albin Michel, Paris, 1988, 457 p.

Denquin (J.-M.), *1958. La genèse de la V^e^ République*, P.U.F., coll. « Politique d'aujourd'hui », Paris, 1988, 429 p.

Dulong (D.), *Moderniser la politique. Aux origines de la V^ème^ République*, L'Harmattan, Coll. « Logiques Politiques », Paris, 1997, 291 p., spéc. p. 148.

Dumoulin (L.), La Branche (S.), Robert (C.), Warin (P.) (dir.), *Le recours aux experts : raisons et usages politiques*, Presses universitaires de Grenoble, Grenoble, 2005, 479 p.

Durkheim (E.), *Les règles de la méthode sociologique*, P.U.F., coll. « Quadrige », Paris, 1997, 149 p.

Favoreu (L.) (dir.), *Nationalisations et Constitution*, Economica-P.U.A.M., Paris, 1982, 388 p.

Favoreu (L.), Philip (L.),

- *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Sirey, Paris, 1975, 442 p.
- *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Sirey, Paris, 3ème éd., 1984, 679 p.
- *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, Paris, 5ème éd., 1989, 808 p.
- *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, Paris, 10ème éd., 1999, 1024 p.

Favoreu (L.) et Mastor (W.), *Les Cours constitutionnelles*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, Paris, 2011, 161 p.

Fondation Charles de Gaulle, *De Gaulle et le R.P.F. 1947-1955*, Armand-Colin, Paris, 1998, 864 p.

Fontaine (L.), *Qu'est-ce qu'un "grand" juriste ? Essai sur les juristes et la pensée juridique moderne*, Lextenso, Paris, 2012, 194 p.

François (B.), *Naissance d'une constitution. La Cinquième République 1958-1962*, Presse de Science Po, Paris, 1996, 263 p.

Foyer (J.), *Sur les chemins du droit avec le Général. Mémoires de ma vie politique, 1944-1988*, Fayard, Paris, 506 p.

Gaïa (P.), Ghevothian (R.), Mélin-Soucramanien (F.), Oliva (E.), Roux (A.), *Les Grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, Paris, 17ème éd., 2013, 658 p.

Gatti-Montain (J.), *Le système d'enseignement du droit en France*, P.U.L., Lyon, 1987, 312 p.

Genevois (B.), *La jurisprudence du Conseil constitutionnel. Principes directeurs*, S.T.H., Paris, 1986, 406 p.

Gény (F.), *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Tome 1, L.G.D.J., Paris, 2ème éd., 1919, 446 p.

Goltzberg (S.), *L'argumentation juridique*, Dalloz, Coll. « Connaissance du droit », Paris, 2013, 118 p.

Gonod (P.), *La présidence du Conseil d'Etat républicain*, Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », Paris, 2005, 176 p.

Hamon (F.), Wiener (C.), *La justice constitutionnelle en France et à l'étranger*, LGDJ, Paris, 2011, 204 p.

Hamon (L.), *Les juges de la loi. Naissance et rôle d'un contre-pouvoir : le Conseil constitutionnel*, Fayard, Paris, 1987, 700 p.

Hourquebie (F.), Ponthoreau (M.-C.), (dir.), *La motivation des décisions des cours suprêmes et cours constitutionnelles*, Bruylant, Bruxelles, 2012, 308 p.

Jan (P.), *Le procès constitutionnel*, L.G.D.J., coll. « Systèmes », Paris, 2ème éd., 2010, 240 p.

Jansen (S.), *Pierre Cot. Un antifasciste radical*, Fayard, Paris, 2002, 680 p.

Jestaz (Ph.), Jamin (Ch.), *La doctrine*, Dalloz, Coll. « Méthodes du droit », Paris, 2004, 314 p.

Joxe (P.), *Cas de conscience*, Labor et Fides, Genève, 2010, 245 p.

Julien-Laferrière (F.), *Les députés fonctionnaires sous la Monarchie de Juillet*, P.U.F., Paris, 1970, 192 p.

Klein (G.), *Les sectes et l'ordre public*, Presses universitaires de Franche-Comté, Besançon, 2005, 352 p.

Krynen (J.), *L'Etat de justice. France, XIIIe-XXe siècle. L'emprise contemporaine des juges*, tome 2, Gallimard, coll. « N.R.F. », Paris, 2012, 432 p.

Laffaille (F.), *Le Président du Sénat depuis 1875*, L'Harmattan, coll. « Logiques Juridiques », Paris, 2003, 402 p.

Latour (B.), *La fabrique du droit. Une ethnographie du Conseil d'Etat*, La Découverte, Paris, 2004, 320 p.

Lecucq (O.) (dir.), *La composition des juridictions. Perspectives de droit comparé*, Bruylant, Bruxelles, 2014, 280 p.

Letamendia (P.), *Le Mouvement Républicain Populaire. Histoire d'un grand parti français*, Beauchesne, Paris, 1995, 381 p.

Magnon (X.), Bioy (X.), Mastor (W.), Mouton (S.) (dir.), *Le réflexe constitutionnel. Questions sur la question prioritaire de constitutionnalité*, Bruylant, Bruxelles, 2012, 228 p.

Mathieu (B.), Machelon (J.- P.), Mélin-Soucramanien (F.), Rousseau (D.), Philippe (X.), *Les Grandes délibérations du Conseil constitutionnel. 1958-1986*, Dalloz, Paris, 2013, 598 p.

Maus (D.), Favoreu (L.), Parodi (J.-L.) (dir.), *L'écriture de la Constitution de 1958*, Economica/P.U.A.M., Paris, 852 p.

Maus (D.), Roux (A) (dir.), *30 ans de saisine parlementaire du Conseil constitutionnel*, Economica/P.U.A.M., Paris, 2006, 200 p.

Mitterrand (F.), *Le coup d'état permanent*, Les Belles Lettres, Paris, 2010, 256 p.

Monnerville (G.), *Vingt-deux ans de présidence*, Plon, Paris, 1980, 477 p.

Morabito (M.), *Histoire constitutionnelle de la France de 1789 à nos jours*, L.G.D.J., coll. « Domat droit public », 13ème éd., 2014, 550 p.

Moret-Bailly (J.), Truchet (D.) (dir.), *Pour une autre déontologie des juristes*, P.U.F., Paris, 2014, 100 p.

Noël (L.), *De Gaulle et les débuts de la Ve République1958-1965*, Plon, Paris, 1976, 310 p.

Odent (R.),

- *Contentieux administratif*, Fascicule I, Les Cours de droit, Paris, 1961, 356 p.
- *Contentieux administratif*, Les Cours de droit, Paris, 1970-1971, 1728 p.

Ouvrard (D.), *Alain Poher : l'autre force tranquille*, L'Harmattan, 2011, 209 p.

Perelman (C.),

- *Le raisonnable et le déraisonnable en droit*, L.G.D.J., Paris, 1984, 203 p.
- *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, Dalloz, Paris, 2ème éd., 1999, 193 p.

Peyrefitte (A.), *C'était de Gaulle*, vol. II, éd. de Fallois/Fayard, Paris, 1997, 653 p.

Prost (A), Winter (J.),

- *René Cassin*, Fayard, Paris, 2011, 444 p.
- *René Cassin et les droits de l'homme : le projet d'une génération*, Fayard, Paris, 444 p.

Raibaut (J.) (dir.), *La légitimité des juges*, Presses de l'Université des Sciences sociales de Toulouse, Toulouse, 2004, 224 p.

Renoux (T. S.), De Villiers (M.), *Code constitutionnel*, Lexis-Nexis, Paris, 2013, 1771 p.

Ricœur (P.), *Du texte à l'action. Essai d'herméneutique II*, Le Seuil, Paris, 1998, 452 p.

Rivero (J.), Vedel (G.), *Les problèmes économiques et sociaux et la Constitution du 27 octobre 1946*, Librairie sociale et économique, Paris, 1947, 61 p.

Rousseau (D.), *Sur le Conseil constitutionnel. La doctrine Badinter et la démocratie*, Descartes et Cie, Paris, 1997, 194 p.

Roussel (E.), *Le naufrage*, Gallimard, Paris, 2009, 249 p.

Roussillon (H.), Esplugas (P.), *Le Conseil constitutionnel*, Dalloz, Paris, 8ème éd., 2015, 220 p.

Rouvillois (F.), *Les origines de la V^e République*, P.U.F., coll. « Que sais-je », Paris, 1998, 127 p.

Salzmann (C.), *Le bruit de la main gauche : 30 ans d'amitié et de confidences politiques avec François Mitterrand*, Robert Laffont, Paris, 1999, 283 p.

Sauvadet (F.), *Raymond Janot. Un itinéraire vers l'essentiel,* Bien public, Dijon, 1991, 160 p.

Schiffres (M.), Sarazin (M.), *L'Élysée de Mitterrand : secrets de la maison du Prince*, Éditions Alain Moreau, Paris, 1985, 413 p.

Schnapper (D.), *Une sociologue au Conseil constitutionnel*, Gallimard, coll. « N.R.F. Essais », Paris, 2010, 452 p.

Schrameck (O.), *Dans l'ombre de la République. Les cabinets ministériels*, Dalloz, Paris, 2006, 211 p.

Singer (C.), *Vichy, l'université et les juifs*, Les Belles Lettres, Paris, 1992, 435 p.

Steckel (M.-C.), *Le Conseil constitutionnel et l'alternance*, L.G.D.J., Paris, 2002, 398 p.

Troper (M.), Champeil-Desplats (V.), Grzegorczyk (C.) (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, L.G.D.J., Paris, 2005, 203 p.

Verdussen (M.) (dir.), *La justice constitutionnelle en Europe centrale*, Bruylant/LGDJ, Bruxelles/Paris, 1997, 258 p.

Vannier (G.), *Argumentation et droit. Introduction à la Nouvelle Rhétorique de Pérelman*, P.U.F., Paris, 2001, 191 p.

Viansson-Ponté (P.), *Les Gaullistes. Rituel et annuaire*, Seuil, Paris, 1963, 190 p.

Vigouroux (Ch.), *La déontologie des fonctions publiques*, Dalloz, Paris, 2ème éd., 2012, 731 p.

Wachsmann (P.) (dir.), *La notion de « justice constitutionnelle »*, Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », Paris, 2005, 188 p.

Weber (M.), *Le savant et le politique*, La Découverte, Paris, 2003, 206 p.

Wieviorka (O.), *Histoire de la résistance* : 1940-1945, Perrin, Paris, 2013, 575 p.

Winock (M.), *La gauche en France*, Perrin, coll. « Tempus », Paris, 2006, 502 p.

D. Articles de doctrine

Amselek (P.), « Brèves réflexions sur la notion de "sources du droit" », *Archives de philosophie du droit*, Tome 27, pp. 251-258.

Amselek (P.), « Le service public et la puissance publique. Réflexions autour d'une étude récente », *A.J.D.A.*, 1968, pp. 492-514.

Andrieu (C.), « Club Jean Moulin », in J. Julliard, M. Winock (dir.), *Dictionnaire des intellectuels français. Les personnes, les lieux, les moments*, Seuil, Paris, 2009, pp. 324-326.

Ardant (Ph.), « Le Conseil constitutionnel d'hier à demain », in *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz et P.U.F., Paris, 1999, pp. 731-747.

Avril (P.), « Une revanche du droit constitutionnel ? », *Pouvoirs*, n° 49, 1989, pp. 5-13.

Balluteau (M.), De Baecque (F.), Lochak (D.), Tricot (B.), Wright (V.), « Débat : La politisation du Conseil d'Etat : mythe ou réalité ? », *Pouvoirs*, n° 40, 1987, pp. 95-119.

Baudoin (M.-E.), « La Cour constitutionnelle de la Fédération de Russie vue par un juriste français », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 28, 2010, pp. 55-62.

Beaud (O.),

- « Joseph Barthélémy ou la fin de la doctrine classique », *Droits*, n° 32, 2000, pp. 89-108.
- « Découvrir un grand juriste : le "premier" René Capitant », *Droits*, n° 35, 2002, pp. 163-193.
- « Constitution et droit constitutionnel », in Alland (D.), S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, P.U.F., coll. « Quadrige », Paris, 2003, pp. 257-266.
- « Doctrine », in Alland (D.), S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, P.U.F., coll. « Quadrige », Paris, 2003, pp. 384-388.
- «Les personnels associés à l'université : une singulière discordance entre un statut privilégié et le mode d'accès à ce statut », *R.D.P.*, 2009, n° 4, pp. 959-991.
- « L'Etat », in Gonod (P.), Melleray (F.), Ph. Yolka, (dir.), *Traité de droit administratif*, tome 1, Dalloz, Paris, 2011, pp. 207-267.
- « Le Conseil constitutionnel et les libertés universitaires », *Commentaire*, n°134, 2011, pp. 509-518.
- « Brèves remarques sur la nomination du Secrétaire général du Conseil constitutionnel », *A.J.D.A.*, 2015, n° 18, p. 1009.
- « Libres propos sur le concours d'agrégation du supérieur », *A.J.D.A.*, 2015, n° 16, pp. 920-927.

Beauvois (Y.), « Le Conseil constitutionnel à ses débuts (1959-1962) (I), *Commentaire*, n° 116, 2006, pp. 943-954.

Benetti (J.), « Les lois du 11 octobre 2013 relatives à la transparence de la vie publique », *A.J.D.A.*, 2014, n° 3, pp. 157-163.

Beignier (B.), « Charles de Gaulle et la République (1940-1944) », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Malaurie, liber amicorum*, Defrénois, Paris, 2005, pp. 51-106.

Bergougnous (G.),

- « De l'application récente des dispositions constitutionnelles et organiques à la nomination d'un membre du Conseil constitutionnel », *Constitutions*, 2010, n° 4, pp. 507-509.
- « Le Conseil constitutionnel et le législateur », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 38, 2013, pp. 7-21.
- « La Q.P.C. et la revalorisation du Parlement », *Politéia*, n°23, 2013, pp. 243-261.

Berlia (G.), « Le projet de Constitution française du 19 avril 1946 », *R.D.P.*, 1946, pp. 209-236.

Bernaudeau (V.), « Origines et carrières des enseignants à la Faculté de droit de Paris (XIXe-XXe) », in Halpérin (J.-L.) (dir.), *Paris, capitale juridique (1804-1950). Etude de socio-histoire sur la Faculté de droit de Paris*, Editions rue d'Ulm, Paris, 2011, pp. 89-141.

Bienvenu (J.-J.),

- « Remarques sur quelques tendances de la doctrine contemporaine en droit administratif », *Droits*, n° 1, 1985, pp. 153-160.
- « Le droit administratif : une crise sans catastrophe », *Droits*, n° 4, 1986, pp. 93-98.

Bobbio (N.), « Sur le principe de légitimité », *Droits*, n° 32, 2000, pp. 147-155.

Bon (P.), « Présentation du Tribunal constitutionnel espagnol », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, 1997, n° 2, pp. 38-43.

Bonnard (R.), « Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir », *R.D.P.*, 1923, pp. 5-34.

Bonnet (J.), « Les contrôle a priori et a posteriori », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 40, 2013, pp. 105-115.

Botton (A.), De Lamy (B.), « La Q.P.C., révélateur des limites du droit constitutionnel ? Lectures contrariées et contradictoires (1) », *Dalloz*, 2012, n° 31, pp. 2030-2032.

Bouchard (M.), « Les universités françaises », *Revue de l'enseignement supérieur*, n° 3, 1960, pp. 32-55.

Boudant (J), « Les Présidents du Conseil constitutionnel », *R.D.P.*, 1987, n° 3, pp. 589-676.

Boudou (G.), « Autopsie de la décision du Conseil constitutionnel du 16 juillet 1971 sur la liberté d'association », *R.F.D.C.*, 2014, n° 97, pp. 5-120.

Boulouis (J.)**, «** Note sous décision n° 83-165 DC, 20 janvier 1984 », *A.J.D.A.*, 20 mars 1984, pp. 161-166.

Bouricaud (F.), « Science politique et sociologie. Réflexions d'un sociologue », *R.F.S.P.*, n° 2, 1958, pp. 249-276.

Bouvier (V.), « La notion de juridiction constitutionnelle », *Droits*, 1989, n° 9, pp. 119-129.

Bourdieu (P.),

- « Le capital social », in *Le capital social,* Actes de la recherche en sciences sociales, vol. 31, 1980, pp.2-3.
- « La force du droit. Eléments pour une sociologie du champ juridique », *Actes de la recherche en sciences sociales*, vol. 64, 1986, pp. 3-19.

Brunet (P.), « Le juge constitutionnel est-il un juge comme les autres ? Réflexion méthodologiques sur la justice constitutionnelle », in Grewe (C.), Jouanjan (O.), Maulin (E.), Wachsmann (P.), *La notion de "justice constitutionnelle"*, Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », Paris, 2005, pp. 115-135.

Burdeau (G.), « Une survivance : la notion de Constitution », in *L'évolution du droit public. Etudes offertes à Achille Mestre*, Sirey, Paris, 1956, pp. 53-62.

Braibant (G.), « "Qu'est-ce qu'un grand arrêt?", *A.J.D.A.*, 2006, n° 26, pp. 1428-1430.

Breen (E.), « Le Doyen Vedel et Charles Eisenmann : une controverse sur les fondements du droit administratif », *R.F.D.A.*, 2002, n° 2, pp. 232-243.

Brimo (S.), « Les conséquences de la modulation dans le temps des effets des décisions Q.P.C. », *R.D.P.*, 2011, n° 5, pp. 1189-1212.

Burt (R. S.), « Le capital social, les trous structuraux et l'entrepreneur », *Revue française de sociologie*, 1995, vol. 36, pp. 599-628.

Camou (P.), « Regards d'amitié sur François Luchaire. Un républicain, un homme des lumières. L'influence par la pensée, la parole et l'action », in Maus (D.), Bougrab (J.) (dir.), *François Luchaire, un républicain au service de la République*, Publications de la Sorbonne, Paris, 2005, pp. 219-255.

Capitant (R.),

- « L'œuvre juridique de Raymond Carré de Malberg », *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique*, n° 1, 1937, pp. 81-93.

- « Préface », in L. Hamon, *De Gaulle dans la République*, Plon, Paris, 1958, pp. III-XXIV.
- « Pour une constitution fédérale », in *Ecrits politiques*, éd. C.N.R.S., Paris, 1982, pp. 305-306.
- « La réforme du parlementarisme », Sirey, Paris, 1934, in *Écrits d'entre-deux-guerres (1928-1940)*, éd. Panthéon-Assas, coll. « Les Introuvables », Paris, 2004, pp. 325-342.

Camby (J.-P.), « La nomination des membres du Conseil constitutionnel, ou la liberté absolue de choisir (A propos de l'arrêt du Conseil d'Etat « Mme Ba » du 9 avril 1999) », *R.D.P.*, 1999, n° 6, pp. 1573-1583.

Cappelleti M., « Nécessité et légitimité de la justice constitutionnelle », in Favoreu (L.) (dir.), *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, , Economica-P.U.A.M., coll. « Droit public positif », Paris, 1982, pp. 461-493.

Carbasse (J.-M.),

- « Professeur à la faculté de droit », in Alland (D.), S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, P.U.F., coll. « Quadrige », Paris, 2003, pp. 1242-1247.
- « L'agrégation des facultés de droit », *R.D.P.*, 2009, n° 2, pp. 300-319.

Carcassonne (G.),

- « Les membres du Conseil constitutionnel : 1958-2008 », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, hors-série 2009, pp. 10-13, spéc. p. 12.
- « Parlement et QPC », *Pouvoirs*, n° 137, 2011, pp. 73-81.
- « Gare aux faux bon sens », *R.D.A.*, 2012, n° 5, pp. 97-98.

Carré de Malberg (R.), « Considérations théoriques sur la question de la combinaison du référendum avec le parlementarisme », *R.D.P.*, 1931, pp. 225-244.

Cartier (E.), « Les petites Constitutions : contribution à l'analyse du droit constitutionnel transitoire », *R.F.D.C.*, n° 71, 2007, pp. 513-534.

Ceaser (J.), « Le processus de sélection des juges », *Pouvoirs*, n° 59, 1991, pp. 31-43.

Chapus (R.), « Le service public et la puissance publique », *R.D.P.*, 1968, n° 2, pp. 236-282.

Charasse (M.), « Saisir le Conseil constitutionnel. La pratique du groupe socialiste de l'Assemblée nationale (1974-1979) », *Pouvoirs*, n° 13, 1980, pp. 81-94.

Charité (M.), « Les commentaires autorisés des décisions du Conseil constitutionnel », *R.D.P.*, 2015, n° 2, pp. 451-464.

Chaty (L.), « Eléments pratiques pour l'analyse des institutions », in *La méthode en acte*, C.U.R.A.P.P., P.U.F., Paris, 1999, pp. 253-274.

Chenot (B.),

- « La notion de service public dans la jurisprudence économique du Conseil d'État », *E.D.C.E.*, 1950, p. 77-83.
- «"L'existentialisme et le droit"», *R.F.S.P.*, 1953, n°1, pp. 57-63.

Chénédé (F.), « QPC : le contrôle de l'interprétation jurisprudentielle et l'interdiction de l'adoption au sein d'un couple homosexuel », *Dalloz*, 2010, n° 41, pp. 2744-2749.

Chevallier (J.),

- « Note sous Conseil constitutionnel, 23 janvier 1987. Décision n° 86-224 DC », *A.J.D.A.*, 1987, n° 5, pp. 345-350.
- « Changement politique et droit administratif », in D. Lochak (dir.), *Les Usages sociaux du droit*, C.U.R.A.P.P., P.U.F., Paris, 1989, pp. 293-326.
- « Le droit administratif entre science administrative et droit constitutionnel », in *Le droit administratif en mutation*, C.U.R.A.P.P., P.U.F., Paris, 1993, pp. 11-40.
- « Les interprète du droit », in *La doctrine juridique*, C.U.R.A.P.P., P.U.F., Paris, 1993, pp. 259-280.
- « La fin des écoles ? », *R.D.P.*, 1997, n° 3, pp. 679-700.
- « Doctrine juridique et science juridique », *Droit et société*, n° 50, 2002, pp. 103-120.
- « Le juge constitutionnel et l'effet Becket », in *Renouveau du droit constitutionnel : Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Dalloz, Paris, 2007, p. 83 à 95.

Chrétien (P.), « La science du droit administratif », in Gonod (P.), Melleray (F.), Yolka (Ph.) (dir.), *Traité de droit administratif*, Tome 1, Dalloz, Paris, 2011, pp. 59-100.

Clère (J.-J.), « Marcel Waline », in P. Arabeyre, Halpérin (J.-L.), Krynen (J.), *Dictionnaire historique des juristes français XII^e^ – XX^e^*, P.U.F., Coll. « Quadrige », Paris, 2011, pp. 778-780.

Cohen (S.), « Les hommes de l'Elysée », *Pouvoirs*, n° 20, 1981, pp. 87-100.

Cointet (M.), « Les juristes sous l'occupation : la tentation du Pétainisme et le choix de la résistance », in Gueslin (A) (dir.), *Les facs sous Vichy. Etudiants, universitaires et universités de France pendant la Seconde Guerre Mondiale*, Publications de l'Institut d'Etudes du Massif Central, Coll. « Prestige », Clermont-Ferrand, 1994, pp. 51-64.

Conord (F.), « De la "République sénatoriale" à la "forfaiture". Le Sénat et la Ve République 1959- 1962 », *Histoire@Politique. Politique, culture, société*, n°12, 2010, pp. 1-15, www.histoire-politique.fr.

Ciaudo (A.), « Un acteur spécifique du procès constitutionnel : le Secrétaire général du Conseil constitutionnel », *R.F.D.C.*, n° 73, 2008, pp. 17-26.

Club Jean Moulin,

- « Le régime présidentiel », *Bulletin*, n° 21, 1961.
- « Pour un vrai régime présidentiel », *Bulletin*, n° 31, 1962.

Conac (G.),

- « René Capitant et le référendum », in « *Rebâtir la République* ». *La reconstruction juridique et constitutionnelle de la France*, Economica/P.U.A.M., Paris, 1997, pp. 203-215.
- « François Luchaire, décolonisateur », in Maus (D.), Bougrab (J.) (dir.), *François Luchaire, un républicain au service de la République*, Publications de la Sorbonne, Paris, 2005, pp. 109-120.

Cot (P.), « Les avocats et les universitaires dans la politique », *Revue politique et parlementaire*, Août 1925, pp. 202-222.

Cossalter (Ph.), « Les Grands arrêts de la jurisprudence administrative », in Caillosse (J.), Renaudie (O.), (dir.), *Le Conseil d'Etat et l'université*, Dalloz, Paris, 2015, pp. 163-177.

Danelcjuc-Colodrovschi (N.), « Les juridictions constitutionnelles postsoviétiques et la doctrine : amorce d'un dialogue impératif », n° 91, *R.F.D.C.*, 2012 (supplément électronique).

De Béchillon (D.), « Appel au calme (sur la composition du Conseil constitutionnel) », *Revue de droit d'Assas*, 2012, n° 5, pp. 115-118.

De Bellescize (D.),

- « Le Comité général d'études de la résistance », *Revue d'histoire de la Deuxième Guerre mondiale*, n° 99, 1975, pp. 1-24.

- « Le rôle de François de Menthon dans la rédaction de la Constitution de la quatrième République », in *Le discours d'Epinal. « Rebâtir la République »*, Economica/P.U.A.M., Paris, 1997, pp. 123-136.

De Lamy (B.), « Réflexe, réflexion, réfléchir : déclinaison sur la Q.P.C. en droit pénal », in Magnon (X.), Bioy (X.), Mastor (W.), Mouton (S.) (dir.), *Questions sur la question prioritaire de constitutionnalité*, Bruylant, Bruxelles, 2013, pp. 29-35.

Denoix de Saint Marc (R.), « Note sous C.E., Ass., 27 février 1970, *Commune de Bozas* », *A.J.D.A.*, 1970, n° 1, pp. 225-227.

Despagnet (F.), « La fonction sociale des Facultés de droit », *Revue internationale de l'enseignement*, tome 21, 1891, pp. 533-560.

De Soto (J.), « La loi et le règlement dans la Constitution du 4 octobre 1958 », *R.D.P.*, 1959, pp. 240-297.

De Villiers (M.), *R. Adm.*, 1984, pp. 261-264.

Decaux (E.), « René Cassin : entre mémoire et histoire », *Droits fondamentaux*, n° 8, 2010, pp. 1-22.

Delcamp (A.), « La notion de loi organique relative au Sénat : entre affirmation du bicamérisme et parlementarisme "rationalisé" », *R.F.D.C.*, n° 87, 2011, pp. 465-498.

Deguergue M., « Doctrine universitaire et doctrine organique », in *La doctrine en droit administratif*, Litec, Paris, 2010, pp. 41-57.

Delvolvé (P.), « L'actualité de la théorie des bases constitutionnelles du droit administratif », *R.F.D.A.*, 2014, n°6, pp. 1211-1218.

Denquin (J.-M.), « La jurisprudence du Conseil constitutionnel : grandeur ou décadence du droit constitutionnel ? Un regard surplombant sur les libertés publiques », *Jus Politicum*, n° 7, 2012, 14 p.

Deumier (P.),

- « QPC : la question fondamentale du pouvoir d'interprétation (à propos de l'interprétation de la loi) », *RTD. civ.*, 2010, n° 3, pp. 508-513.
- « L'interprétation de la loi : quel statut ? Quelles interprétations ? Quel(s) juge(s) ? Quelles limites ? », *RTD. civ.*, 2011, n° 1, pp. 90-96.

- « Synthèse », in P. Deumier (dir.), *Le raisonnement juridique. Recherche sur les travaux préparatoires des arrêts*, Dalloz, Coll. « Méthodes du droit », Paris, 2013, pp. 249-269.

Devouèze (N.), « Marcel Waline, constitutionnaliste », *R.F.D.A.*, 2014, n° 1, pp. 183-190.

Dogan (M.), « Les filières de la carrière politique en France », *Revue française de sociologie*, 1967, n° 4, pp. 468-492.

Dorandeu (P.), « Les pèlerins constitutionnels », in Mény (Y.) (dir.), *Les politiques du mimétisme institutionnel*, L'Harmattan, Paris, 1993, pp. 83-103.

Drago (G.),

- « Les libertés universitaires », in La liberté dans tous ses états. Regards croisés sur la conception occidentale de la liberté. Liber amicorum en l'honneur de Jacques Georgel, Apogée, Rennes, 1998, pp. 185-199.
- « Ethique e déontologie du juge constitutionnel français », *D.*, Chron., 1999, pp. 263-269.

Dreyfus (P.), « François de Menthon (1900-1984), le garde des Sceaux oublié (4 septembre 1943-30 mai 1945) », in *La justice de l'épuration à la fin de seconde guerre mondiale*, La documentation française, Paris, 2008, pp. 288-296.

Drumeva (E.), « Présentation de la Cour constitutionnelle de Bulgarie », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 14, 2003, pp. 57-60.

Eisenmann (Ch.),

- « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », *Archives de philosophie du droit*, 1966, pp. 25-43.
- « La théorie des "bases constitutionnelles du droit administratif" », *R.D.P.*, 1972, pp. 1345-1442.

Emeri (Cl.), Gautron (J.-Cl.), « Chronique constitutionnelle et parlementaire française », *R.D.P.*, 1971, pp. 194-197.

Escarras (J.-C.), « Les juges constitutionnels-Italie », *A.I.J.C.*, Economica/P.U.A.M., Paris, 1988, pp. 165-181.

Esplugas (P.), « Les professeurs de droit au Conseil constitutionnel. L'exemple de Georges Vedel », in Hecquard-Théron (M.) (dir.), *Les facultés de droit inspiratrices du droit ?*, Travaux de l'I.F.R. Mutations des Normes Juridiques, Toulouse, 2006, pp. 217-225.

Fall (A.), « Le juge de l'élection dans l'impasse ? », in J.-P. Vettovaglia (dir.), *Démocratie et élections dans l'espace francophone*, Bruyant, Bruxelles, 2010, pp. 553-573.

Favoreu (L.),

- « Le Conseil constitutionnel, régulateur de l'activité normative des pouvoirs publics », *R.D.P.*, 1967, pp. 5-120.
- « La délégalisation des textes de forme législative par le Conseil constitutionnel », in *Le juge et le droit public. Mélanges offerts à Marcel Waline*, Tome 2, L.G.D.J., paris, 1974, pp. 429-450.
- « Le principe de constitutionnalité. Essai de définition d'après la jurisprudence du Constitutionnel », in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Cujas, Paris, 1975, pp. 33-48.
- « Rapport introductif », in Favoreu (L.), (dir.), *Le domaine de la loi et du règlement*, Economica/P.U.A.M., Paris, 2ème éd., 1981, pp. 25-37.
- « Les décisions du Conseil constitutionnel dans l'affaire des nationalisations », *R.D.P.*, 1982, pp. 377-433.
- « Propos d'un néo-constitutionnaliste », in J.-L. Seurin (dir.), *Le constitutionnalisme aujourd'hui*, Economica, Paris, 1984, pp. 23-27.
- « Le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires n'a pas valeur constitutionnelle », *R.F.D.A.* 1987, n° 2, pp. 301-304.
- « Les juges constitutionnels – France », *A.I.J.C.*, Economica/P.U.A.M., Paris, 1988, pp. 141-154.
- « L'apport du Conseil constitutionnel au droit public », *Pouvoirs*, n° 13, 1991, pp. 17-31.
- « Le juge administratif a-t-il un statut constitutionnel ? », in *Etudes offertes à Jean-Marie Auby*, Dalloz, Paris, 1992, pp. 111-128.
- « Juridiction constitutionnelle », in Duhamel (O.), Mény (Y.) (dir.), *Dictionnaire constitutionnel*, P.U.F., Paris, 1992, p. 547.

- « Souveraineté et supra-constitutionnalité », *Pouvoirs*, n° 67, 1993, pp. 71-77.
- « La légitimité du juge constitutionnel », *R.I.D.C.*, 1994, n° 2, pp. 557-581.
- « Les étapes du rétablissement », in « Rebâtir la République ». La reconstruction juridique et constitutionnelle de la France, Economica/P.U.A.M., Paris, 1997, pp. 79-81.
- « Marcel Waline et l'enseignement du droit », *R.D.P.*, 2002, n° 4, pp. 925-931, spéc. p. 929.

Foyer (J), « Le droit communautaire, droit de professeurs français ? », *Revue d'Histoire des facultés de droit et de la science juridique*, 1992, n°13, pp. 201-216.

François (B.),

- « Une revendication de juridiction. Compétence et justice dans le droit constitutionnel de la V^e^ République », *Politix*, n° 10, 1990, pp. 92-109.
- « Du juridictionnel au juridique. Travail juridique, construction jurisprudentielle du droit et montée en généralité », in *Droit et politique*, C.U.R.A.P.P., P.U.F., Paris, 1993, pp. 201-216.
- « Le Conseil constitutionnel et la Cinquième République. Réflexions sur l'émergence et les effets du contrôle de constitutionnalité en France », *R.F.S.P.*, 1997, n° 3, pp. 377-404.

Frison-Roche (M.-A.), « L'impartialité du juge », *D.*, Chron., 1999, pp. 53-57.

Fricero (N.), « Impartialité », in L. Cadiet, (dir.), *Dictionnaire de la Justice*, P.U.F., Paris, 2004, pp. 607-610.

Fromont (M.),

- « Présentation de la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 15, 2003, pp. 90-101.
- « République fédérale d'Allemagne : la jurisprudence constitutionnelle en 2009 », *R.D.P.*, 2010, n° 4, pp. 1149-1200.

Gaudemet (P.-M.), « L'autonomie des universités françaises », *R.D.P.*, 1961, n°1, pp. 21-39.

Gaudemet (Y.),

- « L'indépendance des professeurs d'université, principe commun des droits constitutionnels européens », *D.*, 1984, Chron., pp. 125-127.
- « Note sous Conseil constitutionnel, 23 janvier 1987, Déc. 86.224 DC », *R.D.P.* 1987, n° 5, p. 1341-1356.
- « Les bases constitutionnelles du droit universitaire », *R.D.P.*, 2008, n° 3, pp. 680-700.

Gazier (F.), « Le chœur à deux voix de la doctrine et de la jurisprudence. Les grands arrêts de la jurisprudence administrative par MM. Long, Weil et Braibant », *E.D.C.E.*, 1956, pp. 156-158.

Grémion (P.), « Preuves », in Julliard (J.), Winock (M.) (dir.), *Dictionnaire des intellectuels français. Les personnes, les lieux, les moments*, Seuil, Paris, 2009, 1530 p.

Genevois (B.),

- « Réforme du droit de la concurrence et respect des règles et principes à valeur constitutionnelle (à propos de la décision n° 86-224 DC du 23 janv. 1987 du Conseil constitutionnel), *R.F.D.A.*, 1987, n° 2, pp. 287-299.
- « Le commissaire du gouvernement devant le Conseil d'Etat statuant au contentieux ou la stratégie de la persuasion », *R.F.D.A.*, 2000, n° 6, pp. 1207-1218.
- « Un universitaire au Conseil constitutionnel : le Doyen Georges Vedel », *R.F.D.A.*, 2004, n° 2, pp. 215-223.
- « Secrétaire général du Conseil constitutionnel : un témoignage », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 25, 2008, pp. 40-44.

Giraud (E), « La responsabilité des facultés de droit dans le déclin de la démocratie française », *R.D.P.*, 1961, n° 2, pp. 225-285.

Goesel-Le Bihan (V.), « Le juge constitutionnel et la proportionnalité », *A.I.J.C.*, Economica/P.U.A.M., Paris, 2009, pp. 191-212.

Goguel (F.), « Le Conseil constitutionnel », *R.D.P.*, 1979, pp. 5-25.

Gracie (E.), « Présentation du Tribunal fédéral suprême et place dans le système judiciaire brésilien, *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 26, pp. 55-57.

Grewe (C.), « La question du statut des juges constitutionnels », in D. Rousseau (dir.), *Le Conseil constitutionnel en questions*, L'Harmattan, Paris, 2004, pp. 77-92.

Guillaume (M.), « La procédure au Conseil constitutionnel : permanence et innovations », in *Le Dialogue des juges. Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois*, Dalloz, Paris, 2009, pp. 519-532.

H. Davis (M.), « Les juges constitutionnels – Etats-Unis », *A.I.J.C.*, Economica/P.U.A.M., Paris, 1988, pp. 133-139.

Hakim (N.), « Les années de captivité : le Professeur Jean Rivero ou la liberté en action (1939-1945), in Mélin-Soucramanien (F.), Melleray (F.) (dir.), *Le Professeur Jean Rivero ou la liberté en action*, Dalloz, Coll. « Thèmes et commentaires », Paris, 2012, pp. 37-52.

Halpérin (J.-L.), « Un gouvernement de professeurs : réalité ou illusion ? », in Halpérin (J.-L.) (dir.), *Paris, capitale juridique (1804-1950). Etude de socio-histoire sur la Faculté de droit de Paris*, Editions rue d'Ulm, Paris, 2011, pp. 45-88.

Hamon, (L.), « Note sous décision n° 64-27 L., 17 mars 1964 », *D.*, 1965, pp. 189-190.

Hauuy (C.), « Le président de la République, vu par la doctrine publiciste, sous la III^{e} République », *R.F.D.C.*, n° 93, 2013, pp. 67-82.

Heuschling (L.), « Justice constitutionnelle et justice ordinaire. Epistémologie d'une distinction théorique », in Grewe (C.), Jouanjan (O.), Maulin (E.), Wachsmann (P.), *La notion de "justice constitutionnelle"*, Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », Paris, 2005, pp. 85-112.

Hourquebie (F.), « Les nominations au Conseil constitutionnel », *L.P.A.*, n° 108, 31 mai 2001, pp. 9-16.

Jalabert (L.), « La Convention des institutions républicaines (1964-1971) », *Vingtième siècle. Revue d'histoire*, n° 104, 2009, pp. 123-139.

Jeanneney (J.), « Du contrôle de la légalité », *les cahiers Politiques*, n° 19, 1946, pp. 1-5.

Jestaz (Ph.), Jamin (Ch.), « L'entité doctrinale française », *D.*, Chron., 1997, pp. 167-175.

Jèze (G.),

- « L'acte juridictionnel et la classification des recours contentieux », *R.D.P.*, 1909, pp. 667- 695.
- « De la force de vérité légale attachée par la loi à l'acte juridictionnel », *R.D.P.*, 1913, pp. 437- 502.
- « Le contrôle juridictionnel des lois », *RDP*, 1924, pp. 399-430, spéc. p. 406.

Jouanjan (O.),

- « Le Conseil constitutionnel est-il une institution libérale ? », *Droits*, n° 43, 2006, pp. 73-89.
- « Modèles et représentations de la justice constitutionnelle en France : un bilan critique », *Jus politicum*, n° 2, 2009, 26 p.
- « Histoire de la science du droit constitutionnel », in Troper (M.), Chagnollaud (D.) (dir.), Traité international de droit constitutionnel. Tome 1 : Théorie de la Constitution, Dalloz, coll. « Traités », Paris, 2012, pp. 69-111.

Jouve (E.), « François Luchaire serviteur de l'outre-mer », in Maus (D.), Bougrab (J.) (dir.), *François Luchaire, un républicain au service de la République*, Publications de la Sorbonne, Paris, 2005, pp. 121-129.

Jozefowicz (H.), « Le diable gît-il dans les détails ? Le Conseil constitutionnel met fin au long feuilleton du contrôle des nominations présidentielles », *Politeia*, n° 17, 2010, pp. 413-433.

Julliard (P.), « Difficultés du changement en matière constitutionnelle : l'aménagement de l'article 61 de la Constitution », *R.D.P.*, 1974, pp. 1703-1771.

Kelsen (H.), « La garantie juridictionnelle de la Constitution (la justice constitutionnelle) », *R.D.P.*, 1928, pp. 197-257.

Kokoroko (D.), « Les élections disputées : réussites et échecs », *Pouvoirs*, n° 129, 2009, pp. 115-125.

Labetoulle (D.),

- « Les méthodes de travail au Conseil d'Etat et au Conseil constitutionnel », in *Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat*, L.G.D.J./Montchrestien, Paris, 1988, pp. 249-267
- « Marcel Waline arrêtiste », *R.D.P.*, 2002, n° 4, pp. 965-983.

Lachaise (B.), « *Qu'est-ce qu'un compagnon ?* », in Berstein (S.), Birnbaum (P.), Rioux (J.-P.) (dir.), *De Gaulle et les élites*, La Découverte, Paris, 2008, pp. 62-73.

Lancelot (A.),

- « La légitimation du juge constitutionnel par la sagesse », in Krynen (J.) et Raibaut (J.) (dir.), *La légitimité des juges*, Presses de l'Université des Sciences sociales de Toulouse, Toulouse, 2004, pp. 127-130.

- « Où il est question de bonheur au sommet de l'Etat », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 25, 2008, pp. 22-25.

Larché (J.), « Le Conseil constitutionnel organe du pouvoir d'Etat », *A.J.D.A.*, 1972, pp. 132-137.

Larnaude (F.), « Notre programme », *R.D.P.*, n°1, Tome 1, 1894, pp. 1-14.

Latournerie (R.),

- « Essai sur les méthodes juridictionnelles du Conseil d'Etat », in Le Conseil d'Etat. Livre jubilaire publié pour commémorer son cent-cinquantième anniversaire, 4 nivôse an VIII-24 décembre 1949, Sirey, Paris, 1952, pp. 177-276.
- « Sur un Lazare juridique (bulletin de santé de la notion de service public : agonie ? convalescence ? ou jouvence ?) », *E.D.C.E.*, 1960, pp. 61-159.

Lebreton (J.-P.), « Les particularités de la juridiction constitutionnelle », *R.D.P.*, 1983, p. 419-485.

Legrand (A.), « Un toilettage du statut des enseignants-chercheurs, mais pas une révolution », *A.J.D.A.*, 2014, n° 40, pp. 2304-2308.

Lemaire (E.), « Dans les coulisses du Conseil constitutionnel. Comment le rôle de gardien des droits et libertés constitutionnellement garantis est-il conçu par les membres de l'institution ? », *Jus politicum*, n° 7, 2012, 41 p.

Lenoir N., « Le métier de juge constitutionnel », *Le Débat*, n° 114, 2001, pp. 178-192.

Letourneur (M.), « Les "principes généraux du droit" dans la jurisprudence du Conseil d'État », *E.D.C.E.*, 1951, pp. 19-31.

Letowski (J.), « De l'éthique du juge en période de transformations constitutionnelles », in *L'Etat de droit. Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Dalloz, Paris, 1996, pp. 441-450.

Liet-Veaux (G.), « La fraude à la Constitution. Essai d'une analyse juridique des révolutions communautaires récentes : Italie, Allemagne, France », *R.D.P.*, 1943, pp. 116-150.

Lochak (D.),

- « La doctrine sous Vichy ou les mésaventures du positivisme », in *Les usages sociaux du droit*, P.U.F., Paris, 1989, pp. 252-285.

- « Les hauts fonctionnaires et l'alternance : quelle politisation ? », in P. Muller (dir.), *L'administration française est-elle en crise ?*, L'Harmattan, Paris, 1992, pp. 35-58.

Magnon (X.),

- « La composition de la commission Balladur : brèves réflexions sur l'expertise en matière constitutionnelle », *R.F.D.C.*, 2008, n° 2, pp. 39-47.
- « La Q.P.C., révélateur des limites du droit constitutionnel ? Lectures contrariées et contradictoires (2) », *Dalloz*, 2012, n° 31, pp. 2032-2034.
- « Que faire des doctrines du Conseil constitutionnel ? », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 38, 2013, pp. 206-211.

Maherzi (D.), « La réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008 et le pouvoir de nomination du Président de la République rénové », *Politeia*, n° 17, 2010, pp. 435-458, spéc. p. 451.

Massieu (V.), « *Les amis du Conseil constitutionnel* », in Maus (D.), Roux (A.) (dir.), *30 ans de saisine parlementaire du Conseil constitutionnel*, Economica/P.U.A.M., Paris, 2006, pp. 177-198.

Mastor (W.), « L'effet performatif des opinions séparées sur la motivation des décisions constitutionnelles majoritaires », in Hourquebie (F.), Ponthoreau (M.-C.) (dir.), *La motivation des décisions des Cours suprêmes et Cours constitutionnelles*, Bruylant, Bruxelles, 2012, pp. 87-116.

Mathieu (B.), Mélin-Soucramanien (F.), « De la création de la revue *Constitutions* », *Constitutions*, n° 1, 2010, p. 3.

Mathieu (B.), « De la disparition d'un principe constitutionnel : l'indépendance des professeurs d'université. A propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 2010-20/21 Q.P.C. du 6 août 2010 », *J.C.P.G.*, 2010, n°36, pp. 1602-1603.

Mathiot (P.), Sawicki (F.), « Les membres des cabinets ministériels socialistes en France (1981-1993) recrutement et reconversion. Deuxième Partie : passage en cabinet et trajectoire professionnelle », *R.F.S.P.*, 1999, n° 2, pp. 231-264.

Maus (D.), « Démissions et révocations des ministres sous la Ve République », *Pouvoirs*, n° 36, 1986, pp. 128-131.

Maziau (N.), « Présentation de la Cour constitutionnelle de Bosnie-Herzégovine », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 11, 2001, pp. 30-47.

Melleray (F.),

- « Ecole de Bordeaux, école du service public et école Duguiste- Proposition de distinction », *R.D.P.*, 2001, n° 6, pp. 1887-1905.
- « L'école de Strasbourg, mythe ou réalité ? », in *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoir. Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Dalloz, Paris, 2003, pp. 319-338, spéc. pp. 326-328.
- « Sur une exception française », *A.J.D.A.*, 2007, p. 553.
- « Quel avenir pour les corps universitaires ? Brèves remarques sur les évolutions prévisibles de la condition des universitaires », *R.D.P.*, n° 3, 2008, pp. 701-712.
- « Remarques sur l'école de Toulouse », in *Etudes en l'honneur du professeur Jean-Arnaud Mazères*, LexisNexis, Paris, 2009, pp. 533-553.
- « Les concours nationaux d'agrégation de l'enseignement supérieur », *A.J.F.P.*, 2013-2, pp. 70-74.
- « Marcel Waline et la manière française contemporaine de faire du droit administratif », *R.F.D.A.*, 2014, n° 1, pp. 145-150.

Mény (Y.), « A la jonction du politique et de l'administratif : les hauts fonctionnaires », *Pouvoirs*, n° 40, 1987, pp. 5-23.

Mestre (J.-L.), « L'histoire du droit administratif », in Gonod (P.), Melleray (F.), P. Yolka (dir.), *Traité de droit administratif*, Tome 1, Dalloz, Paris, pp 3-58.

Michoud (L.), « Etude sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration », *R.G.A.*, 1914, Tome III, pp.5-26.

Milet (M.),

- « L'autonomisation d'une discipline. La création de l'agrégation de science politique en 1971 », *Revue d'histoire des sciences humaines*, 2001, n° 4, p. 95-116.
- « Paul Coste-Floret », in P. Arabeyre, Halpérin (J.-L.), Krynen (J.), (dir.), *Dictionnaire historique des juristes français XII^e^-XX^e^ siècle*, P.U.F., Paris, 2^ème^ éd., 2015, pp. 273-275.

Millard (E.), « Ce que "Doctrine" veut dire », in *La doctrine en droit administratif*, Litec, Paris, 2010, pp.3-12.

Miranda (J.), « Juges constitutionnels et doctrines-Portugal », *Juges constitutionnels et doctrine*, A.I.J.C., Economica/P.U.A.M., 2014, pp. 449-455.

Moderne (F.), « La déclaration de conformité sous réserve », in Favoreu (L.) (dir.), *Le Conseil constitutionnel et les partis politiques*, Economica-P.U.A.M., Paris, 1999, pp. 93-118.

Molfessis (N.),

- « L'irrigation du droit par les décisions du Conseil constitutionnel », *Pouvoirs*, n° 105, 2003, pp. 89-101.
- « La jurisprudence supra-constitutionem », *J.C.P.G.*, n° 42, 18 octobre 2010, pp. 1955-1962.

Monnerville (G.), « Une révision constitutionnelle est-elle nécessaire ? », *Revue Politique et Parlementaire*, 1961, n° 711 pp. 3-6.

Montay (B.), « Le pouvoir de nomination de l'Exécutif sous la Vème République. De la compétence liée au pouvoir de patronage », *Jus politicum*, n° 11, 130 p.

Morange (J.),

- « Droits civils et politiques », in Alland (D.), S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, P.U.F., coll. Quadrige, Paris, 2003, pp. 536-538.
- « La liberté du professeur des Facultés de droit », *R.D.P.*, n° 1, 2008, pp. 54-79.

Moret-Bailly (J.), « Déontologie », in L. Cadiet, (dir.), *Dictionnaire de la justice*, P.U.F., Paris, 2004, pp. 326-330.

Mouton (S.), « De Gaulle et les constitutionnalistes », in M. Hecquard-Théron (dir.), *Les facultés de droit inspiratrices du droit ?*, Travaux de l'I.F.R. Mutations des Normes Juridiques, Toulouse, 2006, pp. 203-216.

Normand (J.), « Office du juge », in L. Cadiet (dir.), *Dictionnaire de la justice*, P.U.F., Paris, 2004, pp. 925-934.

Picard (E.), « "Science du droit" ou "doctrine juridique" », in *L'unité du droit. Mélanges en hommage à Roland Drago*, Economica, Paris, 1996, pp. 119-171.

Philip (L.), « Les attributions et le rôle du Conseil constitutionnel en matière d'élections et de référendums », *R.D.P.*, 1962, pp. 46-101.

Philippe (X.),

- « Entretien avec Jean-Claude Colliard », *A.I.J.C.*, Economica/P.U.A.M., Paris, 2010, pp. 11-19.
- « Juges constitutionnels et doctrine-Afrique du sud », in *Juges constitutionnels et doctrine*, A.I.J.C., Economica/P.U.A.M., Paris, 2014, pp. 199-215.

Pizorusso (A.), « Présentation de la Cour constitutionnelle italienne », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 6, 1999, pp. 22-35.

Poirmeur (Y.), « Thèmes et débats autour du constitutionnalisme », in *Droit et politique*, C.U.R.A.P.P., P.U.F., Paris, 1993, pp. 13-39.

Poirmeur (Y.), Fayet (E.), « La doctrine administrative et le juge administratif. La crise d'un modèle de production du droit », in *Le droit administratif en mutation*, C.U.R.A.P.P., P.U.F., Paris, 1993, pp. 97-120.

Poirmeur (Y.), Rosenberg (D.) « La doctrine constitutionnelle et le constitutionnalisme français », in D. Lochak (dir.), *Les usages sociaux du droit*, C.U.R.A.P.P., P.U.F., Paris, 1989, pp. 230-251.

Pouillieute (A), « Regard d'un Français sur le Tribunal fédéral suprême », *Les Cahiers du Conseil* constitutionnel, n° 26, pp. 58-61.

Prélot (M.), « Le juriste dans la cité », *Revue de l'enseignement supérieur*, n° 3, 1958, pp. 135-140.

Quint (A), « La décision n° 98-396 D.C. sur le recrutement exceptionnel de magistrats de l'ordre judiciaire : une jurisprudence à pas comptés », *J.C.P.G.*, 1998, n° 26, pp. 1164-1168.

Réveillère (V.), « "Couvrez ces valeurs que je ne saurais voir". La discussion des valeurs au Conseil constitutionnel (1959-1985) », *R.D.P.*, 2015, n° 2, pp. 465-498.

Rials (S.), « Une doctrine constitutionnelle française ? », *Pouvoirs*, n° 50, 1989, pp. 81-95.

Rivero (J.), Vedel (G.), « Les principes économiques et sociaux de la Constitution : le préambule », *Droit social*, vol. 31, 1947, pp. 13-35, *Pages de doctrine*, pp. 93-145.

Rivero (J.),

- « Apologie pour les "faiseurs de systèmes" », *Dalloz*, chron. XXIII, 1951, pp. 99-102.
- « Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit administratif », *E.D.C.E.*, 1955, pp. 27-36.

- « Regard sur les institutions de la V^e^ République », *D.*, Chron. XXXVII, 1958, pp. 259-264.
- « Les droits et obligations du professeur d'enseignement supérieur », *Revue de l'enseignement supérieur*, 1960, n° 3, p. 128-132.
- « Réflexions sur l'enseignement du droit », in *Mélanges offerts à Monsieur le Doyen Louis Trotabas*, L.G.D.J., Paris, 1970, pp. 447-458.
- « Les "principes fondamentaux reconnus par les lois de la République" : une nouvelle catégorie constitutionnelle ? », *D.*, Chron., 1972, pp. 265-268.
- « Note sous décision du 15 janvier 1975», *A.J.D.A.*, 1975, pp. 134-138.
- « Pour la leçon en équipe », *D.*, Chron., 1976, pp. 137-139.
- « Rapport de synthèse », in Favoreu (L.), (dir.), *Le domaine de la loi et du règlement*, Economica/P.U.A.M., Paris, 2ème éd., 1981, pp. 261-273.
- « Rapport de synthèse », in Favoreu (L.) (dir.), *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, Coll. « Droit public positif », Economica-P.U.A.M., Paris et Aix-en-Provence, 1982, pp. 517-529.

Risacher (B.), « Jacques Latscha », *Nouveau dictionnaire de biographie alsacienne*, vol. 46, Fédération des sociétés d'histoire et d'archéologie d'Alsace, 2006, p. 4766.

Rouban (L), « Les entourages de l'Élysée et de Matignon : 1974-1997 », Revue administrative, 1998, n° 304, pp. 530-537.

Rousseau (D.),

- « Une résurrection : la notion de constitution », *R.D.P.*, 1990, n° 1, pp. 5-22.
- « La réforme du 29 octobre 1974 vue en 1994 : le big-bang de la démocratie constitutionnelle ? », in *Vingt ans de saisine parlementaire du Conseil constitutionnel*, Economica-P.U.A.M., Paris, 1995, pp. 67-79.
- « La jurisprudence constitutionnelle : quelle nécessité démocratique ? », in Drago (G.), François (B.), N. Molfessis (dir.), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Economica, Paris, 1999, pp. 363-376.
- « L'insoutenable autonomie constitutionnelle du Doyen Vedel ou Georges Vedel contradicteur de Georges Vedel », *R.D.P.*, 2003, n° 1, pp. 41-52.

- « Une procédure de nomination toujours discutable », *L.P.A.*, n° 254, 19 décembre 2008, pp. 101-103.
- « L'art italien au Conseil constitutionnel : les décisions des 6 et 14 octobre 2010 », *Gazette du Palais*, n° 294, 2010, pp. 12-15.
- « Le procès constitutionnel », *Pouvoirs*, n° 137, 2011, pp. 47-55.
- « De quoi le Conseil constitutionnel est-il le nom ? », *Jus politicum*, n° 7, 2012, 13 p.

Roussellier (N.), « Vedel (Georges) », in Julliard (J.), Winock (M.) (dir.), *Dictionnaire des intellectuels français. Les personnes, les lieux, les moments*, Seuil, Paris, 2009, pp. 1396-1397.

Saglam (M.), « La Cour constitutionnelle de Turquie », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°31, 2011, pp. 263-273.

Saleilles (R.), « Les méthodes d'enseignement du droit et l'éducation intellectuelle de la jeunesse », *R.I.E.*, 1902, t. XLIV, pp. 313-329.

Schoettl (J.-E.), « Le statut des juges de proximité devant le Conseil constitutionnel », *L.P.A.*, n° 52, 2003, pp. 7-22.

Schoettl (J.-E.), « Ma cinquantaine rue de Montpensier », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 25, 2008, pp. 47-54.

Schrameck (O.),

- « Fonction publique de l'Etat : influences politiques et garanties juridiques », *A.J.D.A.*, 1994, n° 6, pp. 429-435.
- « Les aspects procéduraux des saisines », in *Vingt ans de saisine parlementaire du Conseil constitutionnel*, Economica-P.U.A.M., Paris, 1995, pp. 81-89.
- « Le Conseil constitutionnel et l'université », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 1, 1996, p. 71.
- « Entretien », *A.I.J.C.*, Economica/P.U.A.M., Paris, 2010, pp. 21-29.

Scoffoni (G.), « La légitimité du juge constitutionnel en droit comparé : les enseignements de l'expérience américaine », *R.I.D.C.*, 1999, n° 2, pp. 247-280.

Sériaux (A.), « La notion de doctrine juridique », *Droits*, n° 20, 1994, pp. 64-74.

Soulier (A.), « La délibération du Comité constitutionnel du 18 juin 1948 », *R.D.P.*, 1949, pp. 195-216.

Souvignet (X.), Le *Traité élémentaire de Marcel Waline,* « vecteur du droit administratif moderne », *R.F.D.A.*, 2014, n° 1, pp. 174-182.

Touzeil-Divina (M.), « Le plan est en deux parties... parce que c'est comme ça », *A.J.D.A.*, 2011, n° 9, pp. 473-475.

Troper (M.),

- « Autorité et raison en droit public français », in G. Haarscher, L. Ingber (dir.), *Arguments d'autorité et argument de raison en droit*, Nemesis, Bruxelles, 1988, pp. 103-123.
- « La logique de justification du contrôle de constitutionnalité des lois », in *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs. Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Dalloz, Paris, 2003, pp. 911-935.
- « Le réalisme et le juge constitutionnel », *C.C.C.*, n° 22, 2007, pp. 125-131.

Truchet (D.),

- « A propos du concours d'agrégation et de sa préparation », *Droits*, n° 22, 1995, pp. 175-180.
- « La rhétorique universitaire des juristes contemporains », *Droits*, n° 36, 2002, pp. 57-68.

Tusseau (G.), « La fin d'une exception française ? », *Pouvoirs*, n°137, 2011, pp. 5-17.

Umek (U.), « Présentation de la Cour constitutionnelle de Slovénie », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 19, 2005, pp. 72-77.

Vadillo (F.), « Prendre le pouvoir : le joli mois de mai 1981 », *Note n° 88, Fondation Jean-Jaurès*, 2011, 11 p.

Vier (Ch.-L.), « Du plan dans le discours juridique », *A.J.D.A.*, 2011, pp. 641-643.

Wachsmann (P.),

- « Dignes, mais pauvres en droit(s) », *A.J.D.A.*, 2009, p. 2425.
- « Sur la composition du Conseil constitutionnel », *Jus Politicum*, n° 5, 2010, 31 p.

Wahl (N.), « Aux origines de la nouvelle Constitution », *R.F.S.P.*, 1959, n° 1, pp. 30-66.

Werner (V.-A.), « Le Conseil constitutionnel et l'appropriation du pouvoir constituant », *Pouvoirs*, n° 67, 1993, pp. 117-136.

Wodié (F.), « Le Conseil constitutionnel de Côte d'Ivoire », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 40, 2013, pp. 137-151.

Wroblewski (J.), « La motivation de la décision judiciaire », in Ch. Perelmann, P. Foriers, (dir.), *La motivation des décisions de justice*, Bruylant, Bruxelles, 1978, pp. 111-134.

Wyrzykowski (M.), « Présentation du Tribunal », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 3, 1997, pp. 46-53.

Zagrebelsky (G.), « La doctrine du droit vivant », *A.I.J.C.*, Economica/P.U.A.M., Paris, 1986, pp. 55-82.

Zakharova (M.), « Vingt ans après, la Russie est-elle dotée d'une véritable justice constitutionnelle ? », *Constitutions*, avril-juin 2012, pp. 235-245.

Zegrean (A), Toader (T.), « La Cour constitutionnelle de Roumanie », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 38, 2013, pp. 251- 259.

E. Articles de presse

Bastid (P.), « Restaurer l'exécutif, c'est bien ; humilier le Parlement, c'est inutile », *Le Monde* du 31 juillet 1958.

Charlier (R.-E.), « Une usure réciproque entre des intentions autoritaires et des scrupules libéraux », *Le Monde* du 31 juillet 1958.

Duverger (M.), « Une Fraude à la Constitution », *Le Monde* du 22 février 1986.

Eisenmann (Ch.), « Palindromes ou stupeur », *Le Monde* du 5 mars 1959.

Fromont (M.), *La justice constitutionnelle dans le monde*, Dalloz, Coll. « Connaissance du droit », Paris, 1996, 140 p.

Hauriou (A.), « Le contrôle préventif de la commission est-il légal ? », *Le Monde* du 24 novembre 1965.

Kajman (M.), « La longue vue du doyen Georges Vedel », *Le Monde* du 21 février 1989.

Mandrou (R.), « Le scandale de Nanterre », *Le Monde* du 2 décembre 1970.

Roger (P.), Wieder (T.), « Trois femmes siègeront au Conseil constitutionnel », *Le Monde* du 14 février 2013.

Teitgen-Colly (C.), « René Cassin, Vice-président du Conseil d'État », in *De la France libre aux droits de l'homme. L'héritage de René Cassin*, La Documentation française, Paris, 2009, pp. 55-84.

Timsit (G.), « Raisonnement juridique », in Alland (D.), S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, P.U.F., coll. Quadrige, Paris, 2003, pp. 1290-1297.

Tincq (H.), « Un combat et ses limites », *Le Monde* du 2 mai 1992.

F. Documents institutionnels

Audition de Mme Nicole Belloubet, candidate proposée par M. le Président du Sénat à la nomination au Conseil constitutionnel du 20 février 2013, http://www.senat.fr/compte-rendu-commissions/20130218/lois.html#toc6.

Audition du candidat proposé par le président du Sénat à la nomination au Conseil constitutionnel du 24 février 2010, http://www.senat.fr/compte-rendu-commissions/20100222/lois.html#toc10.

Commission de rénovation et de déontologie de la vie publique, « Pour un renouveau démocratique », *La Documentation française*, Paris, 2013, 129 p.

Conseil d'Etat, Rapport public 2009. Activité juridictionnelle et consultative des juridictions administratives, La Documentation Française, Paris, 2009, 334 p.

La composition des Cours constitutionnelles, Les documents de travail du Sénat - Série législation comparée, n° L.C. 179, novembre 2007, 44 p.

Magistrature - Commission d'études sur la réforme du statut de la magistrature et du Conseil supérieur de la magistrature : rapport final, A.N., 19960285/2 A 711.

Proposition de loi constitutionnelle relative à la composition du Conseil constitutionnel, n° 557 (Sénat), Session ordinaire de 2011-2012, enregistrée à la Présidence du Sénat le 24 mai 2012, 7 p.

Proposition de loi constitutionnelle tendant à réformer le Conseil constitutionnel, n° 1044 (Assemblée nationale), XIV^{ème} législature, enregistrée à la présidence d l'Assemblée nationale le 17 mai 2013, 12 p.

Rapport révisé sur la composition des Cours constitutionnelles, Commission européenne pour la démocratie par le droit, éd. Du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1997, 19 p.

Vedel (G.), Propositions pour une révision de la Constitution : rapport au Président de la République, La Documentation française, Paris, 1993, 106 p.

§ 2. Bibliographie sélective des professeurs membres du Conseil constitutionnel

René Cassin

Thèses :

- *De l'Exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques (exception "non adimpleti contractus") et de ses relations avec le droit de rétention, la compensation et la résolution*, L. Tenin, Paris, 1914, 801 p.
- *La conception des droits de l'état en matière successorale dans les projets du Code civil suisse*, Sirey, Paris, 1914, 196 p.

Ouvrages :

- *Les hommes partis de rien*, Plon, Paris, 1975, 490 p.

Articles :

- « Un coup d'Etat. La soi-disant Constitution de Vichy », in *La France Libre*, vol. 1, n° 2, 16 déc. 1940, pp. 162-176.
- « Introduction », *E.D.C.E.*, 1947, pp. 9-17.
- « Introduction », *E.D.C.E.*, 1955, pp. 9-25.
- Cassin (R.), Waline (M.), « Préface de la première édition », in Long (M.), Weil (P.), Braibant (G.), Delvolvé (P.), Genevois (B.) (dir.), *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, Paris, 19ème éd., 2013, 1033 p.

Marcel Waline

Thèses :

- *Les mutations domaniales*, Dalloz, Paris, 1925, 204 p.

- *La notion judiciaire de l'excès de pouvoirs*, Dalloz, Paris, 1927, 278 p.

Cours :

- *Droit constitutionnel comparé. Histoire constitutionnelle des Etats-Unis*, Les Cours de droit, Paris, 1942-1943, 464 p.
- *Cours de droit constitutionnel*, Les Cours de droit, Paris, 1951-1952, 501 p.
- *Cours de droit administratif*, Les Cours de droit, Paris, 1966-1967, 393 p.
- *Cours de législation financière*, Les Cours de droit, Paris, 1951-1952, 535 p.

Ouvrages :

- *Manuel élémentaire de droit administratif*, Sirey, Paris, 1936, 688 p.
- *Les partis contre la République*, Rousseau, Paris, 1948, 164 p.
- *L'individualisme et le droit*, 1949, réimp., Dalloz, Paris, 2007, 436 p.
- *Droit administratif*, Sirey, Paris, 9ème éd., 1963, 934 p.
- *Traité élémentaire de droit administratif*, Sirey, Paris, 6ème éd., 1951, 641 p.
- *Traité élémentaire de droit administratif*, Sirey, Paris, 9ème éd., 1963, 934 p.

Articles :

- « Éléments d'une théorie de la juridiction constitutionnelle », *R.D.P.*, 1928, pp. 441-462.
- « Le pouvoir discrétionnaire de l'administration et sa limitation par le contrôle juridictionnel », *R.D.P.*, 1930, pp. 197-223.
- « Observations sur la gradation des normes juridiques établie par M. Carré de Malberg », *R.D.P.*, 1934, pp. 521-570.
- « Défense du positivisme juridique », *A.P.D.S.J.*, 1939, n° 1, pp. 83-96.
- « Comptes rendus. Droit administratif. Odent (Raymond), Contentieux administratif », *R.D.P.*, 1950, pp. 472-473.

- « Note sous C.E., Ass., 4 janvier 1957, Syndicat autonome du personnel enseignant des Facultés de droit », *R.D.P.*, 1957, pp. 673-676.
- « Les rapports entre la loi et le règlement avant et après la Constitution de 1958 », *R.D.P.*, 1959, pp. 699-717.
- « Le positivisme juridique de Carré de Malberg », in *Relation des journées d'étude en l'honneur de Carré de Malberg (1861-1935)*, Dalloz, Paris, 1961, pp. 20-36.
- « Empirisme et conceptualisme dans la méthode juridique : faut-il tuer les catégories juridiques ? », in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, tome I, Bruylant, Bruxelles, 1963, pp. 359-371.
- « Le concours d'agrégation des Facultés de droit dans les années 1924-1925 », in *Mélanges offerts à Monsieur le Doyen Louis Trotabas*, L.G.D.J., Paris, 1970, pp. 21-28.
- « Note bibliographique », *R.D.P.*, 1974, pp. 1201-1206.
- « Le mouvement des idées constitutionnelles dans les facultés de droit françaises au cours du premier tiers du XX^{ème} siècle », in *Histoire des idées et idées sur l'histoire : études offertes à Jean-Jacques Chevallier*, Cujas, Paris, 1977, pp. 259-269.
- « Positivisme philosophique, juridique et sociologique », in *Mélanges R. Carré de Malberg*, 1933, Rééd., Topos, Paris, 1977, pp. 517-534.
- « Quelques réflexions sur les institutions de la Vème République », *R.D.P.*, 1982, pp. 597- 601.

François Luchaire

Thèse :

- *La Cour supérieure d'arbitrage*, Thèse dact., Université de Caen, 1942, 317 p.

Cours :

- *Cours de droit constitutionnel étranger : les institutions et la vie politique dans les pays d'Asie*, Les Cours de droit, Paris, 1963-1964, 353 p.
- *Cours de droit constitutionnel étranger : l'influence des religions et des croyances sur les institutions et la vie politique dans les Etats d'Asie*, Les Cours de droit, Paris, 1965-1966, 371 p.
- *Cours de droit constitutionnel étranger*, Les Cours de droit, Paris, 1967-1968, 538 p.
- *Cours d'introduction à la sociologie politique*, Les Cours de droit, Paris, 1967-1968, 370 p.

Ouvrages :

- *Droit d'outre-mer*, P.U.F., coll. « Thémis », Paris, 1959, 508 p.
- *Le Conseil constitutionnel*, Economica, Paris, 1980, 435 p.
- *Le Conseil constitutionnel. Organisation et attributions*, tome I, Economica, Paris, 2ème éd., 1997, 490 p.
- *Le Conseil constitutionnel. Jurisprudence. Première partie : L'individu*, tome II, Economica, Paris, 2ème éd., 1998, 259 p.
- *Le Conseil constitutionnel. Jurisprudence. Deuxième et troisième partie : L'Etat*, tome III, Economica, Paris, 2ème éd., 1999, 305 p.
- *Naissance d'une Constitution* : 1848, Fayard, Paris, 1998, 274 p.
- Luchaire (F.), Conac (G.), *Le Droit constitutionnel de la cohabitation. Bilan juridique d'une expérience politique 23 mars 1986 – 8 mai 1988*, Economica, Paris, 1989, 335 p.
- Luchaire (F.), Luchaire (Y.), *Le droit de la décentralisation*, P.U.F., coll. « Thémis », 1989, 642 p.
- Luchaire (F.), Conac (G.), Prélot (X.) (dir.), *La Constitution de la République française. Analyses et commentaires*, 3ème éd., Economica, Paris, 2008, 2130 p.

Articles :

- « Le Conseil constitutionnel et la protection des droits et libertés du citoyen », in *Le juge et le droit public. Mélanges offerts à Marcel Waline*, tome 2, L.G.D.J., Paris, 1974, pp. 563-574.
- « Le Conseil constitutionnel est-il une juridiction ? », *R.D.P.*, 1979, pp. 27-52.
- « Les sources des compétences législatives et règlementaires », *A.J.D.A.*, 1979, n° 6, pp. 3-16.
- « Le règlement et l'acte réglementaire en droit constitutionnel français », in Itinéraires. Études en l'honneur de Léo Hamon, Economica, Paris, 1982, pp. 444-463.
- « Les fondements constitutionnels du droit civil », *R.T.D. Civ.*, 1982, pp. 245-328.
- « Les lois organiques devant le Conseil constitutionnel », *R.D.P.*, n°2, mars-avril 1992, pp. 389-404.
- « Constitutions et contradictions », *Revue belge de droit constitutionnel*, n°3, 1995, pp. 263-273.
- « Brèves remarques sur une création du Conseil constitutionnel : l'objectif de valeur constitutionnelle », *R.F.D.C.*, 2005, n°64, pp. 675-684.
- « Un droit à dimension variable, le droit d'amendement », in *Constitution et finances publiques. Études en l'honneur de Loïc Philip*, Economica, Paris, 2005, pp. 125-131.
- « De la méthode en droit constitutionnel », *R.D.P.*, 1981, pp. 276-329.
- *D.*, Juris., 1984, pp. 593-600.
- « Le Conseil constitutionnel et la souveraineté nationale », *R.D.P.*, 1991, n° 4, pp. 1499-1513.
- « Les radicaux et le problème constitutionnel en 1946 », in Le Béguec (G.), Duhamet (E.) (dir.), *La reconstruction du parti radical. 1944-1948*, L'Harmattan, Paris, 1993, pp. 119-130.
- « Avant-propos de la deuxième édition », in *Le Conseil constitutionnel, Organisation et attributions*, tome I, Economica, Paris, 2ème éd., 1997, 490 p., pp. VII-IX.
- « Le Conseil d'Etat et la crise du printemps 1958 », *Revue administrative*, 1998, n° spécial, pp. 53- 56.

- « Témoignage d'anciens du Conseil constitutionnel », in *Le Conseil constitutionnel a 40 ans*, LGDJ, Paris, 1999, pp. 37-53.
- « Témoignages d'anciens du Conseil constitutionnel », in *Le Conseil constitutionnel a 40 ans*, L.G.D.J., Paris, 1999, pp. 57-67.
- « La souveraineté », *R.F.D.C.*, n° 43, 2000, pp. 451-461.
- « La transposition des opinions dissidentes en France est-elle souhaitable? " Contre " : le point de vue de deux anciens membres du Conseil constitutionnel », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 8, 2000, pp. 111-112.
- « Le Conseil constitutionnel et l'alternance politique », *R.F.D.C.*, n° 57, 2004, pp. 9-21.
- « Un concept inutile : la souveraineté », in *Renouveau du droit constitutionnel : Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Dalloz, Paris, 2007, pp. 789-794.

Articles de presse :

- « La nomination de M. Badinter au Conseil constitutionnel - Réponse à Maurice Duverger », *Le Monde* du 26 février 1986.

Paul Coste-Floret

Thèse :

- *La Nature juridique du droit de propriété d'après le code civil et depuis le code civil*, Sirey, Paris, 1935, 142 p.

Articles :

- « Rapport de Paul Coste-Floret sur le projet de constitution du 5 mai 1946 », *Pouvoirs*, n° 76, 1996, pp. 7-26.

Georges Vedel

Thèse :

- *Essai sur la notion de cause en droit administratif français*, Sirey, Paris, 1934, 510 p.

Cours :

- *Cours de droit public*, Les Cours de droit, Paris, 1949-1950, 209 p.
- *Cours de droit constitutionnel*, Les Cours de droit, Paris, 1954-1955, 883 p.
- *Cours de droit constitutionnel et d'institutions politiqu*es, les Cours de droit, 1958-1959, Paris, 1120 p.
- *Cours de droit constitutionnel et d'institutions politiques*, Les Cours de droit, Paris, 1959-1960, 1200 p.
- *Cours de droit constitutionnel et d'institutions politiques*, Les Cours de droit, Paris, 1960-1961, 1143 p.
- *Cours de droit administratif*, Les Cours de droit, Paris, 1962-1963, 841 p.
- *Droit administratif*, Les Cours de droit, Paris, 1970-1971, 926 p.
- *Introduction aux études politiques*, Les Cours de droit, Paris, 1969-1970, 590 p.
- *Les démocraties marxistes*, Les Cours de droit, Paris, 1952-1953, 119 p.
- *Les démocraties soviétiques et populaires*, Les Cours de droit, Paris, 1956-1957, 234 p.

Ouvrages :

- *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, Sirey, 1949, réédition, Dalloz, Paris, 2002, 616 p.
- *Droit administratif*, tome I, P.U.F., coll. « Thémis », Paris, 1ère éd., 1958, 268 p.
- *Droit administratif*, P.U.F., coll. « Thémis », Paris, 2ème éd., 1961, 712 p.

- Vedel (G.) (dir.), *La fiscalité des collectivités locales*, Armand Colin, Paris, 1971, 96 p.
- Vedel (G.), Delvolvé (P.), *Droit administratif*, P.U.F., coll. « Thémis », Paris, 7ème éd., 1980, 1087 p.
- Vedel (G.), Delvolvé (P.), *Droit administratif*, P.U.F., coll. « Thémis », Paris, 12ème éd., 1992, 716 p.

Articles :

- « La technique des nationalisations », *Droit social*, n° 9, 1946, pp. 49-58.
- « Impôt et emprunt », *Revue d'économie politique*, mars-avril 1947, pp. 216-272.
- « De l'arrêt *Septfonds* à l'arrêt *Barinstein* (la légalité des actes administratifs devant les tribunaux judiciaires) », *J.C.P.G.*, 1948, n° 682.
- « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », *J.C.P.G*, 1950, n° 851.
- « Comment assurer la stabilité ministérielle : quelques suggestions pratiques », *Le XXe siècle fédéraliste*, n°101, 1954, pp. 1-24.
- « Le droit administratif peut-il être indéfiniment jurisprudentiel ? », *E.D.C.E.*, 1954, pp. 31-44.
- « Les bases constitutionnelle du droit administratif », *E.D.C.E.*, 1954, pp. 21-53.
- « Pour un exécutif élu par la Nation », *Revue politique des idées et des institutions*, n° 19, 1956, pp. 579-591.
- « La France a besoin d'un régime présidentiel », *Entreprise*, n° 120, 1957, pp. 37-45.
- « Le régime présidentiel », Revue des travaux de l'académie des sciences morales et politiques, 1957, pp. 260-266.
- « C.E., Sect., 12 février 1960, *Société Eky* », *J.C.P.G.*, 1960, n° 11629 bis.
- « Les finances publiques », *Cahiers chrétiens de la fonction publique*, n° 45, 1960, pp. 7-20.
- « Les libertés universitaires », *Revue de l'enseignement supérieur*, 1960, n° 3, pp. 134-139.

- « L'inexpérience constitutionnelle de la France », *La Nef*, avril-juin 1961, pp. 5-14.
- « Les réponses du Professeur Georges Vedel », *La Nef*, n° 24, 1965, pp. 183-197.
- « Préface », in Avril (P.), *Un président pour quoi faire ?*, Club Jean Moulin/Seuil, Paris, 1965, 157 p.
- « Préface », in P. Delvolvé, *Le principe d'égalité devant les charges* publiques, L.G.D.J., Paris, 1969, pp. XIII-XVII.
- « Le droit et l'élection de Bordeaux », *Le Monde* du 4 septembre 1970.
- « Préface », in Gaudemet (Y.), *Les méthodes du juge administratif*, L.G.D.J., Paris, 1972, pp. V-VII.
- « Discontinuité du droit constitutionnel et continuité du droit administratif : le rôle du juge », in *Le juge et le droit public. Mélanges offerts à Marcel Waline*, L.G.D.J., Paris, 1974, pp. 777-793.
- « Souvenirs… », *R.D.P.*, 1982, pp. 1491-1496.
- « Présentation », *R.F.F.P.*, n° 1, 1983, pp. 1-6.
- « Le précédent judiciaire en droit public français », *R.I.D.C. Journées de la Société de législation comparée*, vol. 6, 1984, pp. 265-291.
- « Préface », in Etude de finances publiques. Mélanges en l'honneur de Monsieur le Professeur Paul Marie Gaudemet, Economica, Paris, 1984, pp. V-IX.
- « Défense et illustration de l'Université napoléonienne », in *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz/Sirey, Paris, 1985, pp. 787-803.
- « Les bases constitutionnelles du droit administratif », in Amselek (P.) (dir.), *La pensée de Charles Eisenmann*, Economica, Paris, 1986, pp. 133-145.
- « Préface », in F. Rangeon, *L'idéologie de l'intérêt général*, Economica, Paris, 1986, 246 p.
- « Préface », in A.-S. Ould Bouboutt, *L'apport du Conseil constitutionnel au droit administratif*, Economica/P.U.A.M., Paris, 1987, pp. 5-11.
- « Avant-propos », *R.F.F.P.*, n° 22, 1988, p. 1.
- « Doctrine et jurisprudence constitutionnelles », *R.D.P.*, 1989, n° 1, pp. 11-17.

- « La place de la Déclaration de 1789 dans le "bloc de constitutionnalité" », in *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, P.U.F., Paris, 1989, pp. 35-64.
- « Neuf ans au Conseil constitutionnel », *Le débat*, n° 55, 1989, pp. 61-70.
- « La continuité constitutionnelle en France de 1789 à 1989 », *R.F.D.C.*, n° 1, 1990, pp. 5-15.
- « La loi des 16 et 24 août 1790 : Texte ? Prétexte ? Contexte ? », *R.F.D.A.*, 1990, n° 5, pp. 698-711.
- « Rapport de synthèse », in *La continuité constitutionnelle en France de 1789 à 1989*, Economica/P.U.A.M., Paris, 1990, pp. 171-178.
- « L'accès des citoyens au juge constitutionnel. La porte étroite », *La Vie Judiciaire*, n° 2344, mars 1991, pp. 1-14.
- « Préface », in *Humanité et droit international. Mélanges René-Jean Dupuy*, Pedone, Paris, 1991, pp. 349-362.
- « Réflexions sur quelques apports de la jurisprudence du Conseil d'État à la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in *Droit administratif. Mélanges René Chapus*, Montchrestien, Paris, 1992, pp. 647- 671.
- « Schengen et Maastricht », *R.F.D.A.*, 1992, pp. 173-180.
- « Souveraineté et supra-constitutionnalité », *Pouvoirs*, n° 67, 1993, pp. 79-87.
- « La manière dont les saisines sont perçues par les membres du Conseil constitutionnel et prises en compte dans les discussions », in *Vingt ans de saisine parlementaire du Conseil constitutionnel*, Economica-P.U.A.M., Paris, 1995, pp. 57-65.
- « Préface », in Rousseau (D.), *La démocratie continue*, L.G.D.J.-Bruylant, Paris, 1995, pp. V-XI.
- « Excès de pouvoir administratif et excès de pouvoir législatif (I) », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 1, 1996, pp. 57-63.
- « Excès de pouvoir administratif et excès de pouvoir législatif (II) », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 2, 1996, pp. 77-91.

- « Réflexions sur les singularités de la procédure devant le Conseil constitutionnel », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Dalloz, Paris, 1996, pp. 537-556.
- « Jurisprudence et doctrine : Deux discours », *Revue administrative*, 1997, pp. 7-12.
- « Réformer les institutions… Regard rétrospectif sur deux commissions », *R.F.S.P.*, 1997, n° 4, pp. 313-339.
- « Préface », in *Droit public. Etudes en l'honneur de Georges Dupuis*, L.G.D.J., Paris, 1998, pp. XI-XIV.
- « Propos d'ouverture », in B. Mathieu, M. Verpeaux, *La Constitutionnalisation des branches du droit*, Economica/P.U.A.M., 1998, pp. 13-18.
- « Académie française. Discours de réception de Georges Vedel », *Académie française*, 1999, 44 p. (disponible en ligne http://www.academie-francaise.fr/discours-de-reception-de-georges-vedel).
- « Préface », in Drago (G.), François (B.), N. Molfessis (dir.), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Economica, Paris, 1999, pp. IX- XV.
- « Témoignage d'anciens du Conseil constitutionnel », in *Le Conseil constitutionnel a 40 ans*, LGDJ, Paris, 1999, pp. 37-53.
- « Témoignages d'anciens du Conseil constitutionnel », in *Le Conseil constitutionnel a 40 ans*, L.G.D.J., Paris, 1999, pp. 57-67.
- « Itinéraire (I). Conversations avec Marc Riglet », *Commentaire*, n° 85, 1999, pp.5-18.
- « Itinéraire (II). Conversations avec Marc Riglet », *Commentaire*, n° 86, 1999, pp. 345-355.
- « Message », *R.D.P.*, 2002, n° 4, pp. 913-917.

Articles de presse :

- « I. - Faux diagnostics et faux remèdes », *Le Monde* du 19 juillet 1958.
- « L'élu du seigle et de la châtaigne », *Le Monde* du 20 juillet 1958.
- « II. L'exécutif », *Le Monde* du 21 juillet 1958.
- « Beau match, faux débat », *Le Monde* du 3 décembre 1965.

- « Mandat parlementaire et enseignement supérieur », *Le Monde* du 2 décembre 1970.
- « Les 20 % de femmes et la Constitution », *Le Monde* du 3 février 1979.
- « Le sale plaisir de salir le Conseil constitutionnel », *Le Monde* du 21 novembre 2000.

Maurice-René Simonnet

Thèse :

- *La Convention sur la haute mer adoptée à Genève le 29 avril 1958 par la Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer*, L.G.D.J., Paris, 1966, 292 p.

Robert Badinter

Thèse :

- *Les conflits de lois en matière de responsabilité civile dans le droit des Etats-Unis*, thèse dact., Faculté de droit de Paris, 1952, 236 p.

Ouvrages :

- *Liberté, libertés. Réflexions du comité pour une charte des libertés animé par Robert Badinter*, Gallimard, Paris, 1976, 284 p.
- *Un antisémitisme ordinaire. Vichy et les avocats juifs (1940-1944)*, Fayard, Paris, 1997, 256 p.
- *L'abolition*, Fayard, Paris, 2000, 327 p.

Articles :

- « Ouverture », in *Vingt ans de saisine parlementaire du Conseil constitutionnel*, Economica/P.U.A.M., Paris, 1995, pp. 11-14.

- « Du côté du Conseil constitutionnel », *R.F.D.A.*, 2002, n° 2, pp. 207-210.
- « Une longue marche. "Du Conseil à la Cour constitutionnelle"», *C.C.C.*, n° 25, 2008, pp. 6-8.

Jacques Latscha

Thèse :

- *Les conflits de lois en matière de sociétés commerciales au Maroc*, L.G.D.J., Paris, 1960, 236 p.

Jacques Robert

Thèse :

- *Les violations de la liberté individuelle commises par l'administration (le problème des responsabilités)*, L.G.D.J., coll. « Bibliothèque de droit public », Paris, 1956, 328 p.

Ouvrages :

- *La liberté religieuse et le régime des cultes*, P.U.F., Paris, 1977, 166 p.
- *Le juge constitutionnel, juge des libertés*. Préparation au C.R.F.P.A., Montchrestien, Paris, 1999, 147 p.
- *La garde de la République. Le Conseil constitutionnel raconté par l'un de ses membres*, Plon, Paris, 2000, 227 p.
- *Instants de vie. Nouvelles et contes de notre temps*, éd. Panthéon-Assas, Paris, 2012, 192 p.
- *Tu seras professeur…Récit*, L.G.D.J., Paris, 2012, 185 p.

Articles :

- « Propos sur le sauvetage d'une liberté », *RDP*, 1971, n° 5, pp. 1171-1200.
- « La révolution biologique et génétique face aux exigences du droit », *RDP*, 1984, pp. 1255-1300.
- « Neuf années au Conseil constitutionnel. Débat entre Jacques Robert et Dominique Rousseau », *R.D.P.*, 1998, n° 5, pp. 1748-1770.
- « Nature juridique de la décision de nomination des membres du Conseil constitutionnel : à propos de l'arrêt Dame Ba du Conseil d'Etat », *Les Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n° 7, 1999, pp. 109-113.
- « Georges Vedel. Mon maître et mon ami », *RDP*, n° 3, 2002, pp. 575-593.
- « Le Conseil constitutionnel a-t-il démérité ? », in *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs. Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Dalloz, Paris, 2003, pp. 862-883.
- « François Luchaire et le Conseil constitutionnel », in Maus (D.), Bougrab (J.) (dir.), *François Luchaire, un républicain au service de la République*, Publications de la Sorbonne, Paris, 2005, pp. 159-167.
- « "Sage"… pendant neuf ans ? », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 25, 2008, pp. 9-10.
- « René Cassin au Conseil constitutionnel », in *De la France libre aux droits de l'homme. L'héritage de René Cassin*, La Documentation française, Paris, 2009, pp. 93-99.

Articles de presse :

- « Sectes et religions », *Le Monde* du 15 mai 1992.

Jean-Claude Colliard

Thèse :

- *Gouvernements et majorités dans les régimes parlementaires contemporains*, thèse dact., Université Paris I Panthéon-Sorbonne, 1972.

Ouvrages :

- *Les régimes parlementaires contemporains*, Presses de la Fondation nationale des sciences politiques, Paris, 1978, 368 p.

Articles :

- « Neuf ans de bonheur », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 25, 2008, pp. 32-36.
- « Entretiens », *A.I.J.C.*, Economica/P.U.A.M., Paris, 2011, pp. 11-19.
- « Un nouveau Conseil constitutionnel ? », *Pouvoirs*, n°137, 2011, pp. 155-167.

Nicole Belloubet

Thèse :

- *Pouvoir et relations hiérarchiques dans l'administration française*, thèse dact., Université Paris I Panthéon-Sorbonne, 1990, 844 p.

Ouvrages :

- Belloubet (N.), Timsit (G.), Claisse (A.) (dir.), *Les administrations qui changent : innovations techniques ou logiques nouvelles ?*, P.U.F., coll. « Politique d'aujourd'hui », Paris, 1996, 231 p.

Articles :

- « De la précarité à la pérennité. Le statut des agents non titulaires de l'Etat », *A.J.D.A.*, 1990, n°12, pp. 851-862.
- « Service public et droit communautaire », *A.J.D.A.*, 1994, n° 4, pp. 270-285.
- « Le principe d'égalité », *A.J.D.A.*, 1998, n° spécial, pp. 152-164.
- « Pouvoir et relations hiérarchiques : l'exemple du Ministère de l'Education nationale », in *Etudes en l'honneur de Gérard Timsit*, Bruylant, Bruxelles, 1998, pp. 235-244.
- « Les services publics et l'Europe », in A. Lyon-Caen, V. Champeil-Desplats (dir.), *Services publics et droits fondamentaux dans la construction européenne*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », Paris, 2001 pp. 153-170.
- « 30 propositions pour lutter contre les violences sexistes et sexuelles dans les établissements scolaires », *La documentation française*, Paris, 2001, 58 p.
- « 30 propositions pour l'avenir du lycée », *La documentation française*, Paris, 2002, 76 p.

Index thématique

Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes

A

Afrique du Sud : 25.

Agrégation : 36 et s., 114, 163, 298, 313, 606.

Allemagne : 148, 153, 173, 244, 290, 307, 322, 413.

Alternance politique : 330 et s., 441, 525, 682.

Argentine : 144.

Argumentation : 219, 261, 337, 343, 371 et s., 417 et s., 447 et s., 517, 559, 635, 643, 654, 660, 685.

Autorité de la chose jugée : 646, 654, 698.

Autorité juridique : 371 et s., 402 et s., 416, 429, 445, 503, 517, 520, 522, 567.

Autriche : 79, 155, 172, 638, 690.

B

Belgique : 25, 126, 176.

Bénin : 149, 155, 162.

Bosnie-Herzégovine : 142.

Brésil : 144, 153.

Bulgarie : 160, 155.

C

Cambodge : 153, 313.

Cameroun : 143.

Capital politique : 94.

Capital social : 285, 304 et s., 320, 363, 711.

Chili : 144, 150, 161.

Cinquième République :

- **Travaux constituants :** 250 et s., 499 et s., 531.
- **Comité consultatif constitutionnel :** 78, 104, 252, 256, 268 et s., 503, 508, 512, 644.

Clause constitutionnelle de compétence : 131 et s.

Collégialité : 367, 375 et s., 416, 444, 517.

Colombie : 144, 161, 194.

Consultation : 27 et s., 47, 54, 295, 393, 406, 587, 673.

Contentieux électoral : 352, 387, 401, 406, 437 et s., 452, 469, 480, 646, 664, 675.

Comité constitutionnel : 104, 214, 235 et s.

Côte d'Ivoire : 143, 162.

Culture juridique : 141, 406, 452 et s.

D

Déclaration des droits de l'homme et du citoyen : 136, 537, 563, 587, 597, 612, 628, 687.

Déontologie : 119, 417, 666, 669, 685, 713.

Détournement de pouvoir : 620.

Discours :

- **Du juge :** 44, 53, 637 et s., 677, 679 et s..
- **Doctrinal :** 258, 261, 263, 459, 570, 677, 697 et s.

Djibouti : 143.

Doctorat : 36, 114, 290, 326, 459, 485, 491, 580, 651, 668.

Doctrine : 2, 7, 8, 12, 18 et s., 22, 25, 36, 44, 54, 59, 77, 131, 200, 225 et s, 233, 235, 258 et s., 263, 280, 290, 298, 352, 423, 448 et s., 459, 471, 477, 481, 482 et s, 508, 515, 520, 528, 542, 548, 559, 568, 570, 572, 580 et s., 591, 593 et s., 643, 671, 677, 679, 691 et s., 710, 714, 716.

Domaine de la loi : 422, 471, 489, 492, 508, 528 et s.

Droits et libertés fondamentaux : 15, 72, 85, 127, 187, 555 et s., 618.

E

Erreur manifeste d'appréciation : 83, 137, 479, 610, 623 et s.

Espagne : 148, 307.

Etat de droit : 78, 268, 459, 566, 617.

Etats-Unis : 93, 141, 298, 615.

Expertise juridique : 22 et s., 36, 56, 78, 88, 186 et s., 204, 214, 216, 220, 224, 230, 249, 251, 254, 258, 263, 292, 318, 321 et s., 360, 362, 365, 529, 540, 564, 651, 711.

F

Fonction consultative : 388, 406, 410, 417, 420 et s., 423, 426, 435, 699.

I

Indépendance des professeurs : 37, 88, 110 et s., 571, 594 et s.

Interprétation (pouvoir d') : 502 et s., 608, 612 et s., 628.

Israël : 178.

Italie : 98, 126, 175, 194, 200, 307.

J

Juridiction : 119 et s., 358, 639, 641 et s., 666, 701, 705.

L

Langage juridique : 44, 367, 373, 713.

Leçon de droit : 635, 542.

Légitimité : 44, 59, 93, 125, 153, 194, 219, 224, 231, 312, 373, 379, 386, 447,

465, 512, 621, 630, 636, 651, 653, 672, 681, 688 et s., 695, 706.

Lituanie : 142, 155, 160.

Loi organique :

- **Relative au Sénat :** 547 et s.

Luxembourg : 561.

M

Maroc : 143, 155, 162.

Mexique : 161.

Motivation des décisions : 19, 375, 384, 433, 639, 677, 694.

Moyens soulevés d'office : 411, 496, 660, 700.

N

Nouvelle délibération de la loi : 239, 550 et s.

O

Opinions séparées : 384.

Opportunité : 59, 78, 83, 97, 374, 411, 417 et s., 421, 423, 425 et s., 436, 441, 505, 517, 600, 609 et s.

Ordonnances (article 38) : 380, 476, 478, 494, 539 et s.

P

Parlementarisme rationalisé : 62.

Pologne : 142, 160.

Portes étroites : 27, 47.

Portugal : 148, 150.

Positivisme juridique : 13, 423, 464.

Pouvoir constituant : 237, 248, 265, 512, 515, 683, 688, 690.

Préambule : 221, 240, 261, 431, 497, 507, 537, 555, 561 et s., 613, 632, 687.

Principes fondamentaux reconnus par les lois de la République : 37, 414, 431, 571, 581 et s., 584, 588, 594 et s., 689.

Q

Quatrième République : 113, 214 et s., 238, 245, 251, 254, 256 et s., 263, 278, 299, 310, 362, 365, 541, 550, 573, 597, 710.

Question prioritaire de constitutionnalité : 14, 18, 25, 121, 188 et s., 200, 206, 674, 695, 715.

R

Référendum :

- **Article 11 :** 380, 393, 406, 410, 423, 427, 503, 507.
- **Article 89 :** 423.

Raisonnement juridique : 371, 373 et s., 404, 417 et s., 430, 437, 440, 446 et s., 517, 528, 567, 612, 713.

Réserve d'interprétation : 136, 201, 616.

Résistance : 215 et s., 290, 310 et s., 318.

Roumanie : 142, 651.

Russie : 142, 155.

S

Saisine du Conseil constitutionnel : 28, 387, 411, 422, 494, 523 et s., 542, 559, 621, 657 et s.

Secret des délibérations : 3, 521, 692.

Secrétaire général du Conseil constitutionnel : 3, 16, 193 et s., 451.

Secrétariat général du Gouvernement : 384, 641.

Sénégal : 178.

Service juridique du Conseil constitutionnel : 19, 23, 194, 451, 692.

Slovénie : 142,153, 160.

Souveraineté : 68, 202, 231, 235, 237, 239, 246, 268, 422, 456, 560, 607, 616, 628.

Supra-constitutionnalité : 688.

Système : 133, 141 et s., 158 et s., 169 et s., 181, 184 et s., 246, 567et s.

T

Togo : 149, 162.

Turquie : 180 et s.

U

Ukraine : 153, 155.

Index des délibérations citées

Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes

Séance du 8 décembre 1960, *Examen pour avis d'un projet de décret fixant les conditions dans lesquelles les partis politiques pourront user des moyens de propagande à l'occasion du référendum relatif à l'autodétermination de l'Algérie,* A.N. n° 20040168/2 : **420.**

Séance du 20 décembre 1960, *Nature juridique de l'article 10 de l'ordonnance n° 58-1374 du 30 décembre 1958 portant loi de finances pour 1959 et de l'article 3 de l'ordonnance n° 59-246 du 4 février 1959 portant loi de finances rectificative pour 1959,* A.N. n° 20040168/2 : **387.**

Séance du 23 décembre 1960, *Décision relative à une demande du Président du "Regroupement National",* A.N. n° 20040168/2 : **484, 643**.

Séance des 8 et 9 janvier 1961, *Proclamation des résultats du référendum du 8 janvier 1961 relatif au projet de loi concernant l'autodétermination des populations algériennes et l'organisation des pouvoirs publics en Algérie avant l'autodétermination*, A.N. n°20040168/2 : **387.**

Séance du 20 janvier 1961, *Nature juridique de l'article 19 de l'ordonnance n° 58-1374 du 30 décembre 1958 portant loi de finances pour 1959 (Allocation supplémentaire instituée par la loi du 30 juin 1956 portant institution d'un Fonds national de solidarité)*, A.N. n° 20040168/2 : **387.**

Séance du 20 janvier 1961, *Loi relative aux assurances maladie, invalidité et maternité des exploitants agricoles et des membres non-salariés de leur famille,* A.N. n° 20040168/2 : **506.**

Séance du 23 avril 1961, *Réunion des conditions exigées par la Constitution pour l'application de son article 16,* A.N. n° 20040168/2 : **387, 388, 427.**

Séance du 25 avril 1961, *Examen pour avis des mesures prises en raison des circonstances exceptionnelles « article 16 ». Perte des droits à pension des fonctionnaires et militaires révoqués ou destitués. Perte du grade des militaires destitués,* A.N. n° 20040168/2 : **387.**

Séance du 8 septembre 1961, *Proposition de loi déposée par M. Blondelle, sénateur, et tendant à déterminer les conditions suivant lesquelles seront fixés par décret les prix d'objectif de certains produits agricoles,* A.N. n° 20040168/2 : **387, 471, 652.**

Séance du 29 septembre 1961, *Avis du 29 septembre 1961 (fin de l'application de l'article 16)*, A.N. n° 20040168/2 : **425.**

Séance du 18 octobre 1961, *Amendement présenté par Boscary-Monsservin, député, à un projet de loi relatif à la fixation des prix agricoles*, A.N. n° 20040168/2 : **652.**

Séance du 20 mars 1962, *Examen pour avis d'un projet de décret portant organisation du référendum*, A.N. n°20040168/2 : **392**.

Séance du 3 avril 1962, *Décision du 3 avril 1962 relative à une demande du Secrétaire du Parti communiste réunionnais*, A.N. n° 20040168/2 : **484.**

Séance du 2 octobre 1962, *Examen des textes relatifs à l'organisation du référendum et avis à titre officieux du projet de loi que le président de la République envisage de soumettre au référendum et qui a pour objet le mode d'élection du Président de la République*, A.N. 20040168/3 : **393, 409, 422, 426.**

Séance du 5 novembre 1962, *Proclamation des résultats du référendum du 28 octobre 1962 relatif au projet de loi concernant l'élection du Président de la République au suffrage universel*, A.N. n° 20040168/2 : **485.**

Séance du 6 novembre 1962, *Loi relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel direct, adoptée par le référendum du 28 octobre 1962*, A.N. n° 20040168/3 : **406, 555.**

Séance du 17 septembre 1964, *Nature juridique des dispositions de l'article 357 du Code Civil résultant de l'article 1er de l'ordonnance du 23 décembre 1958 portant modification du régime de l'adoption et de la légitimation adoptive*, A.N. n° 20040168/3 : **394, 531.**

Séance du 21 décembre 1964, *Nature juridique des dispositions de l'article 55 de la loi du 28 décembre 1959 fixant un délai pour l'application progressive du plan comptable*, A.N. n° 20040168/3 : **395.**

Séance du 21 décembre 1964, *Nature juridique de l'article 5 alinéa 2 de l'ordonnance n° 58-1274 du 22 novembre 1958 relative à l'organisation des juridictions pour enfant*, A.N. n° 20040168/3 : **406, 507.**

Séance du 9 février 1965, *Nature juridique de certaines dispositions de l'ordonnance n° 58-997 du 23 octobre 1958 portant réforme des règles relatives à l'expropriation pour cause d'utilité publique*, A.N. n° 20040168/4 : **492, 641.**

Séance du 16 mars 1965, *Décision intéressant le fonctionnement du Conseil*, A.N. n° 20040168/4 : **397.**

Séance du 18 novembre 1965, *Décision du 18 novembre 1965 arrêtant la liste des candidats à l'élection du Président de la République*, A.N. n° 20040168/4 : **487.**

Séance du 26 janvier 1967, *Loi organique modifiant et complétant l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature*, A.N. n° 20040168/4 : **400, 555.**

Séance du 27 février 1967, *Nature juridique de diverses dispositions de titres I et II du Cde des débits de boissons et des mesures contre l'alcoolisme*, A.N., n° 20040168/4 : **401, 472.**

Séance du 21 juin 1967, *Élections à l'Assemblée nationale*, A.N. n° 20040168/5 : **673.**

Séance du 30 janvier 1968, *Nature juridique de certaines dispositions de l'article 9 de l'ordonnance n° 59-273 du 4 février 1959 relative à la radiodiffusion-télévision française et article 52 de la loi n° 60-1384 du 23 décembre 1960, portant loi de finances pour 1961*, A.N. n° 20040168/5 : **382, 488.**

Séance du 30 janvier 1968, *Loi relative aux évaluations servant de base à certains impôts directs locaux*, A.N. n° 20040168/5 : **478.**

Séance du 27 mai 1968, *Examen pour avis d'un projet de décret du Président de la République décidant de soumettre un projet de loi au référendum*, A.N. n° 20040168/5 : **381.**

Séance du 19 septembre 1968, *Elections à l'Assemblée nationale*, A.N. n° 20040168/5 : **644.**

Séance du 17 octobre 1968, *Elections à l'Assemblée nationale*, A.N. n° 20040168/5 : **644.**

Séance du 27 février 1969, *Nature juridique des dispositions du dernier alinéa de l'article 19 du code de l'administration communale modifiées par la loi du 22 juillet 1961 et relatives à la nomination des délégations spéciales*, A.N. n° 20040168/6 : **399.**

Séance du 27 février 1969, *Nature juridique de certaines dispositions modifiées, du premier alinéa de l'article 21-IV de l'ordonnance du 23 octobre 1958 relative à l'expropriation et des articles 12 et 17 de la loi du 2 Mai 1930 ayant pour objet de réorganiser la protection des monuments naturels et des sites de caractère artistique, scientifique, légendaire ou pittoresque*, A.N. n° 20040168/6 : **560.**

Séance du 2 avril 1969, *Examen pour avis d'un projet de décret décidant de soumettre un projet de loi au référendum*, A.N. n° 20040168/6 : **426.**

Séance du 15 mai 1969, *Décision arrêtant la liste des candidats à l'élection du Président de la République*, A.N. n° 20040168/6 : **436.**

Séance du 15 mai 1969, *Décision du 15 mai 1969 arrêtant liste des candidats à l'élection du Président de la République*, A.N. n° 20040168/6 : **479.**

Séance du 26 juin 1969, *Nature juridique de certaines dispositions modifiées, des articles 4, 9 et 12 de la loi du 2 mai 1930 relative à la protection des monuments naturels et des sites de caractère, historique, scientifique, légendaire ou pittoresque, des articles 2 et 13 bis de la loi du 31 décembre 1913 sur les monuments historiques et de l'article 98-1 du code de l'urbanisme et de l'habitation*, A.N. n° 20040168/6 : **473.**

Séance du 23 février 1970, *Nature juridique des dispositions de l'article 2 de l'ordonnance du 27 décembre 1958 sur le contrôle de la fabrication des conserves et semi-conserves de poissons, crustacés et autres animaux marins*, A.N. n°20040168/6 : **400, 490.**

Séance du 19 juin 1970, *Traité signé à Luxembourg le 22 avril 1970 portant modification de certaines dispositions budgétaires des traités instituant les communautés européennes et du traité instituant un conseil unique et une commission unique des Communautés européennes et décision du Conseil des Communautés européennes en date du 21 avril 1970, relative au remplacement des contributions des Etats membres par des ressources propres aux Communautés*, A.N. n° 20040168/6 : **560.**

Séance du 13 novembre 1970, *Elections à l'Assemblée nationale*, A.N. n° 20040168/6 : **488.**

Séance du 1er avril 1971, *Nature juridique des dispositions de l'article 98 de la loi du 28 décembre 1959 portant réforme du contentieux fiscal et divers aménagements fiscaux*, A.N. n° 20040168/6 : **492.**

Séance du 20 janvier 1972, *Loi organique modifiant certaines dispositions du titre II de l'ordonnance n° 58-998 du 24 octobre 1958 portant loi organique relative aux conditions d'éligibilité et aux incompatibilités parlementaires*, A.N. n° 20040168/6 : **673.**

Séance du 29 février 1972, *Nature juridique de certaines dispositions des articles 5 et 16 de l'ordonnance, modifiée, du 17 août 1967 relative à la participation des salariés aux fruits de l'expansion des entreprises*, A.N. n° 20040168/6 : **493.**

Séance du 4 avril 1972, *Examen pour avis d'un projet de décret décidant de soumettre un projet de loi au référendum*, A.N. n° 20040168/6 : **380.**

Séance du 10 avril 1972, *Examen pour avis d'un projet de règlement prévoyant l'usage des antennes de l'O.R.T.F. par les organisations habilitées à user des moyens officiels de propagande*, A.N. n° 20040168/6 : **401, 435.**

Séance du 28 juin 1972, *Résolution tendant à modifier certains articles du règlement du Sénat*, A.N. n° 20040168/6 : **649.**

Séance du 8 novembre 1972, *Nature juridique des dispositions du paragraphe II de l'article L. 544 du code de la sécurité sociale*, A.N. n° 20040168/6 : **475, 649.**

Séance du 21 décembre 1972, *Nature juridique des dispositions de l'article 48, alinéa 2, modifié, de la loi du 22 juillet 1889 sur la procédure à suivre devant les tribunaux administratifs et article 13, paragraphes 1 et 2, de la loi du 27 décembre 1963 portant unification ou harmonisation des procédures, délais et pénalités en matière fiscale*, A.N. n° 20040168/6 : **536.**

Séance du 17 mai 1973, *Résolution tendant à modifier certains articles du règlement du Sénat*, A.N. n° 20040168/7 : **401.**

Séance du 24 mai 1973, *Elections à l'Assemblée nationale*, A.N. n° 20040168/7 : **406.**

Séance du 1er juin 1973, *Elections à l'Assemblée nationale,* A.N. n° 20040168/7 : **401.**

Séance du 7 juin 1973, *Elections à l'Assemblée nationale*, A.N. n° 20040168/7 : **381, 437.**

Séance du 21 juin 1973, *Elections à l'Assemblée nationale*, A.N. n° 20040168/7 : **381.**

Séance du 27 juin 1973, *Elections l'Assemblée nationale*, A.N. n° 20040168/7 : **437.**

Séance du 11 juillet 1973, *Elections à l'Assemblée nationale*, A.N. n° 20040168/7 : **401.**

Séance du 7 novembre 1973, *Nature juridique de certaines dispositions des articles 2, 5 et 15 de la loi du 16 décembre 1964 relative au régime et à la répartition des eaux et à la lutte contre la pollution*, A.N. n° 20040168/7 : **406.**

Séance du 28 novembre 1973, *Nature juridique de certaines dispositions du Code rural, de la loi du 5 août 1960 d'orientation agricole, de la loi du 8 août 1962 relative aux groupements agricoles d'exploitation en commun et de la loi du 17 décembre 1963 relative au bail à ferme dans les départements de la Guadeloupe, de la Guyane, de la Martinique et de la Réunion*, A.N. n° 20040168/7 : **536.**

Séance du 25 avril 1974, *Examen des réclamations de M. Mitterrand contre l'attribution à M. Chaban-Delmas de la croix de Lorraine comme signe figurant sur les bulletins de vote dans les territoires d'outre-mer*, A.N. n° 20040168/7 : **428.**

Séance du 21 octobre 1974, *Réunion du Conseil constitutionnel à l'occasion de la tenue du congrès du Parlement à Versailles*, A.N. n° 20040168/7 : **649.**

Séance du 23 décembre 1974, *Loi organique modifiant l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel*, A.N. n° 20040168/7 : **646.**

Séance du 15 janvier 1975, *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse*, A.N. n° 20040168/7 : **429, 561, 646.**

Séance du 15 juillet 1976, *Loi relative à l'élection des sénateurs*, A.N. n° 20040168/8 : **385, 504.**

Séance du 8 novembre 1976, *Loi relative au développement de la prévention des accidents du travail*, A.N. n° 20040168/8 : **410.**

Séance des 29 et 30 décembre 1976, *Décision du Conseil des communautés européennes relative à l'élection de l'Assemblée des Communautés au suffrage universel direct*, A.N. n° 20040168/8 : **559.**

Séance du 12 janvier 1977, *Loi autorisant la visite des véhicules en vue de la recherche et de la prévention des infractions pénales*, A.N. n° 20040168/8 : **558.**

Séance du 20 juillet 1977, *Nature juridique de dispositions contenues dans divers textes relatifs à la Cour de cassation, à l'organisation judiciaire et aux juridictions pour enfants*, A.N n° 20040168/8 : **494.**

Séance du 30 décembre 1977, *Loi de finances pour 1978 et notamment ses articles premier et 38 ainsi que l'état A annexé*, A.N. n° 20040168/8 : **27, 410.**

Séance du 10 mai 1978, *Nature juridique de certaines dispositions des articles 4 et 5 de la loi n° 76-599 du 7 juillet 1976 relative à la prévention et à la répression de la pollution marine et à la lutte contre la pollution marine accidentelle*, A.N. n° 20040168/9 : **381.**

Séance du 31 mai 1978, *Nature juridique divers textes relatifs aux institutions agricoles*, A.N. n° 20040168/9 : **381.**

Séance du 7 juin 1978, *Elections à l'Assemblée nationale*, A.N. n° 20040168/9 : **381.**

Séance du 23 mai 1979, *Loi modifiant les modes d'élection de l'Assemblée territoriale et du Conseil de gouvernement du territoire de la Nouvelle-Calédonie et dépendances et définissant les règles générales de l'aide technique et financière contractuelle de l'État*, A.N. n° 20040168/9 : **410.**

Séance du 14 mai 1980, *Nature juridique des diverses dispositions du Code général des impôts relatives à la procédure contentieuse en matière fiscale*, A.N. n° 20040168/9 : **476.**

Séance du 1er juillet 1980, *Loi d'orientation agricole*, A.N. n° 20040168/9 : **410, 440, 476, 495.**

Séance du 17 juillet 1980, *Loi autorisant la ratification de la convention franco-allemande additionnelle à la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénal du 20 avril 1959*, A.N. n° 20040168/9 : **412.**

Séance du 22 juillet 1980, *Loi portant validation d'actes administratifs*, A.N. n° 20040168/9 : **580, 589.**

Séance du 15 octobre 1980, *Nature juridique d'une disposition de l'article 6 de l'ordonnance n° 67-706 du 21 août 1967relative à l'organisation administrative et financière de la sécurité sociale*, A.N. n° 20040168/9 : **383.**

Séance des 19 et 20 janvier 1981, *Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes*, A.N. n° 20040168/10 : **440, 562, 611, 620, 626, 628, 630, 634, 646.**

Séance du 17 septembre 1981, *Elections à l'Assemblée nationale*, A.N. n° 20040168/10 : **406.**

Séance du 30 octobre 1981, *Loi portant dérogation au monopole d'État de la radiodiffusion*, A.N. n° 20040168/10 : **637.**

Séance du 30 octobre 1981, *Loi portant abrogation de la loi n° 80-564 du 21 juillet 1980 modifiant les articles 13, 14 et 15 de la loi d'orientation de l'enseignement supérieur du 12 novembre 1968 et portant modification des articles 14 et 15 de ladite loi*, A.N. n° 20040168/10 : **383, 476.**

Séance du 7 janvier 1982, *Loi de nationalisation*, A.N. n° 20040168/10 : **614.**

Séance du 11 janvier 1982, *Loi de nationalisation*, A.N. n° 20040168/10 : **614.**

Séance du 16 janvier 1982, *Loi de nationalisation*, A.N. n° 20040168/10 : **27, 440, 478, 562, 613, 631.**

Séance du 25 février 1982, *Loi portant statut particulier de la région de Corse*, A.N. n° 20040168/10 : **440.**

Séance du 16 avril 1982, *Divers élections (observation, modification du règlement)*, A.N. n° 20040168/10 : **496.**

Séance du 30 juillet 1982, *Loi sur les prix et les revenus*, A.N. n° 20040168/10 : **411.**

Séance du 18 novembre 1982, *Loi modifiant le code électoral et le code des communes et relative à l'élection des conseillers municipaux et aux conditions d'inscription des Français établis hors de France sur les listes électorales*, A.N. n° 20040168/10 : **671.**

Séance du 29 décembre 1982, *Loi de finances pour 1983*, A.N. n° 20040168/10 : **657.**

Séance du 30 décembre 1982, *Loi de finances rectificative pour 1982,* A.N. n° 20040168/10 : **559.**

Séance du 14 janvier 1983, *Loi relative au statut général des fonctionnaires*, A.N. n° 20040168/11 : **478.**

Séance du 28 mai 1983, *Loi portant diverses mesures relatives aux prestations de vieillesse*, A.N. n° 20040168/11 : **658.**

Séance du 15 juin 1983, *Loi organique relative à la représentation au Sénat des Français établis hors de France*, A.N. n° 20040168/11 : **559-560.**

Séance du 29 décembre 1983, *Loi de finances pour 1984*, A.N. n° 20040168/11 : **478, 559, 609, 616, 623.**

Séance du 20 janvier 1984, *Loi relative à l'enseignement supérieur*, A.N. n° 20040168/11 : **589, 595.**

Séance du 12 septembre 1984, *Loi relative à la limite d'âge dans la fonction publique et le secteur public*, A.N. n° 20040168/11 : **618.**

Séance du 11 octobre 1984, *Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse*, A.N. n° 20040168/11 : **562, 616, 625.**

Séance du 22 mai 1985, *Protocole n° 6 additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'homme et des libertés fondamentales concernant l'abolition de la peine de mort, signé par la France e 28 avril 1983*, A.N. n° 20040168/11 : **402.**

Séance du 26 juin 1985, *Nature juridique des mots "Secrétaire général" à l'article 121 de la loi du 6 septembre 1984 portant statut de la Nouvelle-Calédonie et dépendances*, A.N. n° 20040168/11 : **384.**

Séance du 10 juillet 1985, *Loi organique modifiant le code électoral et relative à l'élection des députés*, A.N. n° 20040168/11 : **546, 657.**

Séance du 10 juillet 1985, *Loi organique relative à l'élection des députés des territoires d'outre-mer, de la collectivité territoriale de Mayotte et de la collectivité territoriale de Saint-Pierre-et-Miquelon*, A.N. n° n° 20040168/11 : **510, 511.**

Séance du 8 août 1985, *Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie*, A.N. n° 20040168/11 : **624.**

Séance du 23 août 1985, *Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie*, A.N. n° 20040168/11 : **510, 549, 622, 624-625.**

Séance du 19 mars 1986, *Nature juridique de certaines dispositions du code de la nationalité*, A.N. n° 20040168/12 : **402.**

Séance du 6 mai 1986, *Diverses questions relatives à la procédure applicable au contentieux électoral*, A.N. n° 20040168/12 : **662.**

Séance du 26 juin 1986, *Loi autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social*, A.N. n° 20040168/12 : **88, 402, 411, 496, 538, 540.**

Séance du 1er juillet 1986, *Loi relative à l'élection des députés et autorisant le Gouvernement à délimiter par ordonnance les circonscriptions électorales*, A.N. n° 20040168/12 : **402, 413.**

Séance du 29 juillet 1986, *Loi portant réforme du régime juridique de la presse*, A.N. n° 20040168/12 : **29, 609, 625.**

Séance du 26 août 1986, *Loi relative aux contrôles et vérifications d'identité*, A.N. n° 20040168/12 : **406.**

Séances des 2 et 3 septembre 1986, *Loi relative à l'application des peines*, A.N. n° 20040168/12 : **407.**

Séance du 23 janvier 1987, *Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence*, A.N. n° 20040168/13 : **583, 589.**

Séance du 17 mars 1987, *Nature juridique des dispositions de l'article 77 de la loi n° 83-663 du 22 juillet 1983 concernant les caisses de crédit municipal*, A.N. n° 20040168/13 : **496.**

Séance du 28 juillet 1987, *Loi portant diverses mesures d'ordre social*, A.N. n° 20040168/13 : **29, 31.**

Séance du 24 novembre 1987, *Examen de la compatibilité de certaines fonctions avec l'exercice d'un mandat parlementaire*, A.N. n° 20040168/13 : **402.**

Séance du 24 novembre 1987, *Nature juridique de la dénomination Office national d'immigration*, A.N. n° 20040168/13 : **441.**

Table de jurisprudence

Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes

Décisions du Conseil constitutionnel

Décision n° 58-90bis AN du 05 mai 1959, *A.N., Lozère (2ème circ.)*, J.O.R.F. du 16 mai 1959, p. 5063 : **697.**

Décision n° 59-1 FNR du 27 novembre 1959, J.O.R.F., du 14 janvier 1960, p. 441 : **389, 471.**

Décision n° 61-1 AR16 du 23 avril 1961, *Avis du 23 avril 1961 (réunion des conditions exigées par la Constitution pour l'application de son article 16)*, J.O.R.F. du 24 avril 1961, p. 3876 : **388.**

Décision n° 61-13 L du 03 mai 1961, *Nature juridique des dispositions des articles 87-7°, 88-VI, 89 al 4 et 92-V du Code électoral, contenues dans l'ordonnance n° 58-977 du 20 octobre 1958 relative à l'utilisation du vote par procuration ou par correspondance pour l'élection des députés à l'Assemblée nationale*, J.O.R.F. du 8 octobre 1961, p. 9215 : **472.**

Décision n° 61-14 L du 18 juillet 1961, *Nature juridique de l'article 5 de l'ordonnance n° 58-1273 du 22 décembre 1958 relative à l'organisation judiciaire*, J.O.R.F. du 13 octobre 1961, p. 9358 : **492, 494.**

Décision n° 61-3 FNR du 08 septembre 1961, *Proposition de loi déposée par M. Blondelle, sénateur, et tendant à déterminer les conditions suivant lesquelles seront fixés par décret les prix d'objectif de certains produits agricoles*, J.O.R.F. du 9 septembre 1961, p. 8427 : **652.**

Décision n° 61-4 FNR du 18 octobre 1961, *Amendement présenté par Boscary-Monsservin, député, à un projet de loi relatif à la fixation des prix agricoles*, J.O.R.F. du 19 octobre 1961, p. 9538 : **652.**

Décision n° 62-18 L du 16 janvier 1962, *Nature juridique des dispositions de l'article 31 (alinéa 2) de la loi n° 60-808 du 5 août 1960 d'orientation agricole*, J.O.R.F. du 25 février 1962, p. 1915 : **652, 655, 699.**

Décision n° 62-20 DC du 06 novembre 1962, *Loi relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel direct, adoptée par le référendum du 28 octobre 1962*, J.O.R.F. du 7 novembre 1962, p. 10778 : **555.**

Décision n° 65-35 L du 02 juillet 1965, *Nature juridique des articles 1er, 2, 3, 4 et 5 de l'ordonnance n° 59-247 du 4 février 1959 relative au marché financier*, J.O.R.F. du 23 août 1965 : **472.**

Décision n° 67-31 DC du 26 janvier 1967, *Loi organique modifiant et complétant l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature*, J.O.R.F. du 19 février 1967, p. 1793 : **557.**

Décision n° 67-44 L du 27 février 1967, *Nature juridique de diverses dispositions des titres I et II du Code des débits de boissons et des mesures contre l'alcoolisme*, J.O.R.F. du 19 mars 1967 : **472.**

Décision n° 69-55 L du 26 juin 1969, *Nature juridique de certaines dispositions modifiées, des articles 4, 9 et 12 de la loi du 2 mai 1930 relative à la protection des monuments naturels et des sites de caractère historique, scientifique, légendaire ou pittoresque, des articles 2 et 13 bis de la loi du 31 décembre 1913 sur les monuments historiques et de l'article 98-1 du code de l'urbanisme et de l'habitation*, J.O.R.F. du 13 juillet 1969, p. 7161 : **534-535.**

Décision n° 70-39 DC du 19 juin 1970, *Traité signé à Luxembourg le 22 avril 1970 portant modification de certaines dispositions budgétaires des traités instituant les communautés européennes et du traité instituant un conseil unique et une commission unique des Communautés européennes et décision du Conseil des Communautés européennes en date du 21 avril 1970, relative au remplacement des contributions des Etats membres par des ressources propres aux Communautés*, J.O.R.F. du 21 juin 1970, p. 5806 : **560.**

Décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, *Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association*, J.O.R.F. du 18 juillet 1971, p. 7114 : **12, 430.**

Décision n° 73-80 L du 28 novembre 1973, *Nature juridique de certaines dispositions du Code rural, de la loi du 5 août 1960 d'orientation agricole, de la loi du 8 août 1962 relative aux groupements agricoles d'exploitation en commun et de la loi du 17 décembre 1963 relative au bail à ferme dans les départements de la Guadeloupe, de la Guyane, de la Martinique et de la Réunion*, J.O.R.F. du 6 décembre 1973, p. 12949 : **536.**

Décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975, *Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse*, J.O.R.F. du 16 janvier 1975, page 671 : **607, 613.**

Décision n° 76-72 DC du 12 janvier 1977, *Loi autorisant le Gouvernement à modifier par ordonnances les circonscriptions pour l'élection des membres de la chambre des députés du territoire Français des Afars et des Issas*, J.O.R.F. du 13 janvier 1976, p. 343 : **541-542.**

Décision n° 76-75 DC du 12 janvier 1977, *Loi autorisant la visite des véhicules en vue de la recherche et de la prévention des infractions pénales*, J.O.R.F. du 13 janvier 1976, p. 344 : **558.**

Décision n° 80-119 DC du 22 juillet 1980, *Loi portant validation d'actes administratifs*, J.O.R.F. du 24 juillet 1980, page 1868 : **579-580.**

Décision n° 80-127 DC du 20 janvier 1981, *Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes*, J.O.R.F. du 22 janvier 1981, p. 308 : **478, 611, 616.**

Décision n° 81-134 DC du 05 janvier 1982, *Loi d'orientation autorisant le Gouvernement par application de l'article 38 de la Constitution, à prendre des mesures d'ordre social*, J.O.R.F. du 7 janvier 1982, p. 215 : **542.**

Décision n° 81-132 DC du 16 janvier 1982, *Loi de nationalisation*, J.O.R.F. du 17 janvier 1982, p. 299 : **622.**

Décision n° 82-127 L du 10 novembre 1982, *Nature juridique des dispositions de l'article 4, alinéa 2, de la loi n° 75-1 du 3 janvier 1975 portant création du Centre national d'art et de culture Georges-Pompidou*, J.O.R.F. du 11 novembre 1982, p. 3393 : **414.**

Décision n°82-146 DC du 18 novembre 1982, *Loi modifiant le Code électoral et le Code des communes et relative à l'élection des conseillers municipaux et aux conditions d'inscription des Français établis hors de France sur les listes électorales*, J.O.R.F. du 19 novembre 1982, p. 3475 : **71, 410.**

Décision n° 83-164 DC du 29 décembre 1983, *Loi de finances pour 1984*, J.O.R.F. du 30 décembre 1983, p. 3871 : **559.**

Décision n° 83-165 DC du 20 janvier 1984, *Loi relative à l'enseignement supérieur*, J.O.R.F. du 21 janvier 1984, p. 365 : **37, 88, 114, 594, 596, 600-601, 604.**

Décision n° 84-181 DC du 11 octobre 1984, *Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse*, J.O.R.F., du 13 octobre 1984, p. 3200 : **562, 616, 625.**

Décision n° 85-195 DC du 10 juillet 1985, *Loi organique modifiant le code électoral et relative à l'élection des députés*, J.O.R.F. du 11 juillet 1985, p. 7835 : **546.**

Décision n° 85-196 DC du 08 août 1985, *Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie*, J.O.R.F. du 8 août 1985, p. 9125 : **549.**

Décision n° 85-197 DC du 23 août 1985, *Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie*, J.O.R.F. du 24 août1985, p. 9814 : **549.**

Décision n° 86-207 DC du 26 juin 1986, *Loi autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social*, J.O.R.F. du 27 juin 1986, p. 7978 : **538, 543.**

Décision n° 86-224 DC du 23 janvier 1987, *Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence*, J.O.R.F. du 25 janvier 1987, p. 924 : **579, 583.**

Décision n° 93-322 DC du 28 juillet 1993, *Loi relative aux établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel*, J.O.R.F. du 30 juillet 1993, p. 10750 : **37.**

Décision n° 93-325 DC du 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*, J.O.R.F. du 18 août 1993, p. 11722 : **70, 688.**

Décision n° 93-1328/1487 A.N. du 09 décembre 1993, *A.N., Loir-et-Cher (1ère circ.)*, J.O.R.F. du 10 décembre 1993 p. 17197 : **661.**

Décision n° 94-355 DC du 10 janvier 1995, *Loi organique modifiant l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 relative au statut de la magistrature*, J.O.R.F. du 14 janvier 1995, p. 727 : **37.**

Décision 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*, J.O.R.F., du 14 janvier 1995, p. 730 : **75.**

Décision n° 94-358 DC du 26 janvier 1995, *Loi d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire*, J.O.R.F. du 1er février 1995, p. 1706 : **37.**

Décision n° 98-396 DC du 19 février 1998, *Loi organique portant recrutement exceptionnel de magistrats de l'ordre judiciaire et modifiant les conditions de recrutement des conseillers de cour d'appel en service extraordinaire*, J.O.R.F. du 26 février 1998, p. 2976 : **136.**

Décision n° 2001-92 ORGA du 27 juin 2001, *Décision portant règlement intérieur sur les archives du Conseil constitutionnel*, J.O.R.F. du 1er juillet 2001, page 10590 : **4.**

Décision n° 2003-466 DC du 20 février 2003, *Loi organique relative aux juges de proximité*, J.O.R.F. du 27 février 2003, p. 3480 : **137.**

Décision n° 2009-581 DC du 25 juin 2009, *Résolution tendant à modifier le règlement de l'Assemblée nationale,* J.O.R.F. du 28 juin 2009, p. 10867 : **87.**

Décision n° 2010-610 DC du 12 juillet 2010, *Loi relative à l'application du cinquième alinéa de l'article 13 de la Constitution*, J.O.R.F. du 24 juillet 2010, p. 13670 : **85.**

Décision n° 2010-20/21 Q.P.C. du 6 août 2010, *M. Jean C. et autres*, J.O.R.F. du 7 août 2010, p. 14615 : **127.**

Décision n° 2010-39 Q.P.C. du 6 octobre 2010, *Mmes Isabelle D. et Isabelle B*, J.O.R.F. du 7 octobre 2010, p. 18154 : **486.**

Décision n° 2010-52 Q.P.C. du 14 octobre 2010, *Compagnie agricole de la Crau*, J.O.R.F. du 15 octobre 2010, p. 18540 : **188, 200.**

Décision n° 2011-121 Q.P.C. du 29 avril 2011, *Société Unilever France*, J.O.R.F. du 30 avril 2011, p. 7534 : **188.**

Arrêts du Conseil d'Etat

C.E., Sect., 5 mai 1944, *Dame veuve Trompier-Gravier*, Rec. p. 133 : **479.**

C.E., Sect., 28 décembre 1949, *Société anonyme des automobiles Berliet*, Rec. p. 579 : **654.**

C.E., Ass., 4 janvier 1957, *Syndicat autonome du personnel enseignant des Facultés de droit*, Rec. p. 9 : **478.**

C.E., Ass., 26 juin 1959, *Syndicat général des ingénieurs-conseils*, Rec. p. 364 : **577.**

C.E., Sect., 12 février 1960, *Société Eky*, Rec. p. 101 : **626.**

C.E., Sect., 28 octobre 1960, *Martial de Laboulaye*, rec. p. 570 : **389,471**.

C.E., Ass., 19 octobre 1962, *Canal, Robin et Godot*, Rec. p. 55 : **425, 477.**

C.E., 14 juin 1963, *Sieur Bellot*, Rec. p. 369 : **564**.

C.E., Ass., 3 février 1967, *Confédération générale des vignerons du Midi*, Rec. p. 55 : **472.**

C.E., 13 juillet 1967, Elections municipales de Bouhans-les-Montbozon (Haute-Saône), Rec. p. 330 : **436.**

C.E., Ass, 27 février 1970, *Commune de Bozas*, Rec. p. 139 : **473**.

C.E., Ass., 28 janvier 1972, Conseil transitoire de la faculté des lettres et des sciences humaines de Paris, Rec. p. 86 : **477, 541.**

C.E., 26 mai 1978, *Elections municipales de Briançon*, Rec. p. 820 : **475**.

C.E., Sect., 20 mars 1981, *S.G.E.N.-C.F.D.T.*, Rec. p. 157 : **39**.

C.E., 3 juin 1981, *Delmas et autres*, Rec. p. 244 : **564**.

C.E, Ass., 9 avril 1999, *Mme Ba*, Rec., p. 124 : **83**.

C.E., ord. réf., 6 mai 2005, *Hoffer*, n° 280214, Rec. p. 185 : **75, 664**.

Annexes

Annexe n° 1 : Frise chronologique.

Annexe n° 2 : Repères biographiques.

René Cassin

- ***5 octobre 1887*** : Naissance à Bayonne. Etude de droit et lettres à la Faculté d'Aix-en-Provence.

- ***1909*** : Prête le serment d'avocat (il est le secrétaire d'un avocat aux Conseils).

- ***1914*** : Doctorat en droit. Il est l'auteur de deux thèses. La première : *De l'Exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques (exception "non adimpleti contractus") et de ses relations avec le droit de rétention, la compensation et la résolution*. La seconde : *La conception des droits de l'état en matière successorale dans les projets du Code civil suisse*.

- ***1916-1919*** : Chargé de cours à la Faculté d'Aix-en-Provence.

- ***Grande Guerre*** : Caporal, trois fois blessé, il sera réformé pour mutilation et s'engagera dans la défense juridique des anciens combattants.

- ***1920*** : Agrégé de droit privé.

- ***1920*** : Professeur à la Faculté de droit de Lille.

- ***1924*** : Refuse un portefeuille ministériel mais fait partie de la délégation française à la S.D.N.

- ***1928*** : Echoue aux élections législatives. Politiquement, il est proche des radicaux-socialistes.

- ***1929*** : Professeur à la Faculté de droit de Paris : il y enseigne la législation fiscale, la procédure civile et le droit civil et s'intéresse au droit du travail (il arbitre des conflits entre 1937 et 1940). Il s'intéresse aussi au droit international.

- ***1924-1938*** : Délégué de la France à la S.D.N. Président de l'Union fédérale des Anciens Combattants.

- ***Juin 1940*** : Il rejoint le Général de Gaulle à Londres et devient secrétaire du Conseil de défense de l'Empire à Londres.

- ***1941*** : Commissaire national à la Justice et à l'instruction publique, il est l'expert juridique de la France libre. La même année, il sera révoqué par le régime de Vichy et déchu de la nationalité française par la législation antisémite.

- ***12 juin 1941*** : Il représente le Général de Gaulle lors de la déclaration de Saint-James, signée à Londres, premier acte d'une série de documents qui ont abouti à la fondation de l'O.N.U.

- ***1943-1944*** : Membre de l'Assemblée consultative d'Alger dont il préside le comité de législation.

- ***1943-1946*** : Président du Comité juridique près le Gouvernement provisoire de la République française.

- ***A la libération*** : Il est officiellement réintégré dans le corps universitaire mais il regrette que la Faculté de droit de Paris ne rende pas assez hommage aux juristes de la France libre et de la Résistance. Il est délégué de la France à l'O.N.U.

- ***Novembre 1944*** : Il devient Vice-président du Conseil d'Etat. Fondateur des Etudes et documents du Conseil d'Etat.

- ***Novembre 1945*** : Délégué de la France lors de la conférence constitutive de l'U.N.E.S.C.O.

- ***1948*** : Il joue un rôle moteur dans la rédaction de la Déclaration universelle des droits de l'homme.

- ***1953*** : Il est un artisan de la création des Tribunaux administratifs.

- ***1958*** : Président de la Commission constitutionnelle provisoire.

- ***1959*** : Juge à la Cour européenne des droits de l'homme.

- ***1959-1965*** : Vice-président de la Cour européenne des droits de l'homme.

- ***18 juin 1960 – Mars 1971*** : Nomination au Conseil constitutionnel par le président du Sénat (Gaston Monnerville) pour terminer le mandat de Maurice Delépine décédé en cours de mandat. Il quitte la Vice-présidence du Conseil d'Etat et entre au Conseil constitutionnel en juillet 1960. Le 17 février 1962 il est renommé par Gaston Monnerville.

- ***1965-1968*** : Président de la Cour européenne des droits de l'homme.

- ***1968*** : Il obtient le prix Nobel de la paix.

- ***1969*** : Il fonde et s'investit dans l'Institut international des droits de l'homme à Strasbourg.

- ***20 février 1976*** : Décès de René Cassin.

Marcel Waline

- ***1900*** : Naissance à Epernay.

- ***1917*** : Etudes à la Faculté de droit de Dijon.

- ***1922*** : Inscription à la Faculté de droit de Paris.

- ***1925*** : Obtient son doctorat en soutenant une première thèse : *Les mutations domaniales*.

- ***1926*** : Soutient une seconde thèse : *La notion judiciaire d'excès de pouvoir*, lui permettant de concourir au concours d'agrégation de droit public la même année auquel il échoue.

- ***1927*** : Chargé de cours à la Faculté de droit de Poitiers.

- ***1928*** : Agrégé de droit public et de science politique. Professeur à la Faculté de droit de Poitiers.

- ***1938*** : Professeur à la Faculté de droit de Nancy.

- ***1940*** : Officier de l'armée française, il est arrêté en juin et interné en OFLAG en Allemagne puis est libéré en 1941 bénéficiant des mesures pour les prisonniers pères de famille nombreuse.

- ***1941*** : Professeur à la Faculté de droit de Paris, il participe en parallèle aux travaux du Comité d'Etudes de la Résistance depuis Paris (il rédigera le statut de la presse qui sera adopté à la Libération).

- ***1947*** : Il adhère et milite au R.P.F. Membre du Comité supérieur de la fonction publique.

- ***1948*** : Publication de son ouvrage *Les partis contre la République*, sur une commande du Général de Gaulle.

- ***1958*** : Membre du Comité consultatif constitutionnel.

- ***1959-1962*** : Membre du Conseil supérieur de la magistrature.

- ***17 février 1962 - Mars 1971*** : Nomination au Conseil constitutionnel par le Président de la République (Charles de Gaulle). Il entre en fonction en mars 1962.

- ***1970*** : Membre de l'Académie des sciences morales et politiques.

- ***14 octobre 1982*** : Décès de Marcel Waline.

Georges Vedel

- ***5 juillet 1910*** : Naissance à Auch.

- ***1929*** : Cursus universitaire à Toulouse où il obtient une licence de philosophie.

- ***1930*** : Obtient la licence de droit à la Faculté de droit de Toulouse.

- ***1934*** : Docteur en droit. Il soutient une thèse intitulée : *Essai sur la notion de cause en droit administratif.*

- ***1936*** : Agrégé de droit public et de science politique.

- ***1937*** : Professeur à la Faculté de droit de Poitiers.

- ***1939*** : Nommé professeur à Toulouse.

- ***1940-1945*** : Officier mobilisé en 1940, il est fait prisonnier et interné en Allemagne OFLAG avec Jean Rivéro et André Mathiot. Il y poursuit des enseignements de droit, d'économie et de science politique.

- ***1948*** : Professeur à la Faculté de droit de Paris.

- ***1956*** : Conseiller technique au cabinet du secrétaire d'Etat aux affaires étrangères, Maurice Faure.

- ***1956-1957*** : Conseiller juridique de la délégation française dans les négociations sur le Marché commun et l'Euratom lors des conférences de Venise, Bruxelles et Rome.

- ***1962-1967*** : Doyen de la Faculté de droit de Paris. Il participe aux réformes de l'enseignement supérieur.

- ***1969-1979*** : Membre du Conseil économique et social.

- ***1976-1980***: Président du Comité d'études des revenus et des coûts.

- ***1980*** : Grand prix de l'Académie des sciences morales et politiques.

- ***24 février 1980 - mars 1989*** : Nomination au Conseil constitutionnel par le Président de la République (Valéry Giscard d'Estaing). Il entre en fonction en mars 1980.

- ***1983 – 1992*** : Président de l'Association française de science politique entre 1983 et 1992.

- ***1993*** : Président du Comité consultatif pour la révision de la Constitution.

- ***28 mai 1998*** : Élu à l'Académie française, au fauteuil de René Huyghe (5^{e} fauteuil).

- ***21 février 2002*** : Décès de Georges Vedel.

Paul Coste-Floret

- ***9 avril 1911*** : Naissance à Montpellier.

- ***1935*** : Soutient une thèse à la Faculté de droit de Montpellier portant sur *La nature juridique du droit de propriété d'après le code civil et depuis le code civil*.

- ***1937*** : Agrégé de droit privé nommé à la Faculté de droit d'Alger.

- ***Juin 1940*** : Mobilisation.

- ***1941*** : Création du mouvement *Combat Outre-mer*, peu après la naissance de *Combat*.

- ***1943*** : Dirige le cabinet de François de Menthon, Garde des Sceaux. Il est aussi Secrétaire général de la Commission de réforme du Code civil.

- ***1945*** : Procureur général adjoint au tribunal de Nuremberg.

- ***Octobre 1945*** : Elu M.R.P. de la première Assemblée constituante.

- ***1946-1958*** : Député M.R.P. de l'Hérault.

- ***Juin 1946*** : Elu M.R.P. de la seconde Assemblée constituante (rapporteur).

- ***1947*** : Ministre de la Guerre.

- ***1947-1949*** : Ministre de la France d'outre-mer.

- ***1952*** : Ministre de l'information.

- ***1953-1954*** : Ministre de la Santé publique et de la population.

- ***1958*** : Membre du Comité consultatif constitutionnel.

- ***1967*** : Retraite politique, il se consacre intégralement à sa carrière académique.

- ***23 février 1971- Mars 1979*** : Nomination au Conseil constitutionnel en remplacement de René Cassin. Par le président du Sénat (Alain Poher). Entre en fonction en mars 1971.

- ***27 août 1979*** : Décès de Paul Coste-Floret.

Maurice-René Simonnet

- ***4 octobre 1919*** : Naissance à Lyon.

- ***Juin 1941*** : Création d'une revue de la Résistance chrétienne : *Les Cahiers de notre jeunesse*.

- ***1943*** : Fondation du mouvement des Jeunes chrétiens combattants.

- ***Juin 1946-1962*** : Elu député (M.R.P.) de la Drôme.

- ***1955*** : Secrétaire général du M.R.P.

- ***1957*** : Secrétaire d'Etat à la Marine marchande du Gouvernement Felix Gaillard. Co-créateur de la revue *France Forum.*

- ***1966*** : Soutient une thèse en droit international portant sur *La Convention sur la haute mer adoptée à Genève le 29 avril 1958 par la Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer*.

- ***1968*** : Agrégé de droit public. Professeur puis Doyen de l'Université Jean Moulin Lyon III.

- ***1979-1984*** : Député européen.

- ***9 octobre 1984-août 1988*** : Membre du Conseil constitutionnel. Nommé par le président du Sénat (Alain Poher). Nommé à nouveau par le président du Sénat (Alain Poher) le 19 février 1986.

- ***21 août 1988*** : Décès de Maurice-René Simonnet.

François Luchaire

- ***1er janvier 1919*** : Naissance à La Rochelle. Etudes supérieures à Caen.

- ***1938*** : Avocat stagiaire à la Cour d'appel de Caen.

- ***1939*** : Commissaire de la marine militaire.

- ***1942*** : Soutient une thèse portant sur *La Cour supérieure d'arbitrage*.

- ***1945*** : Agrégé de droit public et de science politique. Professeur à la Faculté de droit de Nancy.

- ***1952*** : Entre au cabinet de Louis Jacquinot, ministre de la France d'outre-mer.

- ***1957-1958*** : Conseiller technique du Président du Conseil Maurice Bourgès-Maunoury puis du Président du Conseil Félix Gaillard.

- ***1958*** : Membre du comité de rédaction de la Constitution du 4 octobre 1958 puis commissaire du Gouvernement devant le Comité constitutionnel consultatif et le Conseil d'Etat.

- ***1960-1964*** : Directeur de l'Institut des hautes études d'outre-mer.

- ***23 février 1965-Mars 1974*** : Nomination au Conseil constitutionnel par le président du Sénat (Gaston Monnerville). Entre en fonction en mars 1965.

- ***1964*** : Professeur à la Faculté de droit de Paris.

- ***1971-1976*** : Président de l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne.

- ***1983-1986*** : Juge à la Cour internationale de justice.

- ***1989-1994*** : Conseiller d'Etat en service extraordinaire.

- ***1992-1993*** : Membre de la Comité consultatif pour la révision de la Constitution.

- ***1994-2002*** : Vice-président du Tribunal constitutionnel de la principauté d'Andorre.

- ***2002*** : Membre de la commission de réflexion sur le statut pénal du chef de l'Etat.

- ***10 août 2009*** : Décès de François Luchaire.

Jacques Latscha

- ***1927*** : Naissance à Mulhouse.

- ***1951-1956*** : Secrétaire général et administrateur de l'Association marocaine des sociétés Anma. Conseiller juridique de la Confédération générale économique marocaine. Conseiller financier de la Caisse interprofessionnelle marocaine des retraites.

- ***1954*** : Soutient une thèse de droit privé à la Faculté de droit de Paris portant sur *Les conflits de loi en matière de sociétés commerciales au Maroc*.

- ***1957-1973*** : Administrateur délégué de la Vie économique à Casablanca.

- ***1967*** : Agrégé de droit privé.

- ***1971*** : Professeur à la Faculté de droit de Poitiers.

- ***1975-1983*** : Président de l'entreprise Participations financières et Gestion immobilière. Président-directeur général de la Société immobilière financière et des allumettes.

- ***1980-1983*** : Vice-président-directeur général, puis Président-directeur général des Brasseries et Glacières internationales.

- ***29 août 1988-1995*** : Nomination au Conseil constitutionnel par le président du Sénat (Alain Poher). Remplace Maurice-René Simonnet, décédé en cours de mandat.

- ***1996-2002*** : Président de l'Institut international des droits de l'homme.

- ***14 mars 2005*** : Décès de Jacques Latscha.

Robert Badinter

- ***30 mars 1928*** : Naissance à Paris. Etudes supérieures à la Faculté de lettre (Sorbonne) et à la Faculté de droit de Paris.

- ***1947*** : Licence en lettre.

- ***1948*** : Licence en droit.

- ***1949*** : Maîtrise en arts de l'Université de Columbia.

- ***1950*** : Certificat d'aptitude à la profession d'avocat.

- ***1951*** : Il entre au cabinet d'avocats d'Henry Torrès.

- ***1952*** : Soutient une thèse de doctorat portant sur *Les conflits de lois en matière de responsabilité civile dans le droit des Etats-Unis*.

- ***1962*** : D.E.S. de droit romain et d'histoire du droit (mémoire intitulé : *De l'indulgentia criminum dans le droit du Bas-Empire Romain*).

- ***1965*** : Agrégé de droit privé après avoir échoué au concours de 1963. Nommé professeur à la Faculté de droit de Dijon.

- ***1969*** : Professeur à l'Université de Picardie.

- ***1971*** : Il adhère au Parti Socialiste.

- ***1973*** : Désormais spécialiste reconnu en droit de la presse, il défend François Mitterrand accusé de diffamation.

- ***1974*** : Professeur à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne. Il entre la même année dans l'équipe de campagne de François Mitterrand pour les élections présidentielles.

- ***1981*** : Représentant de François Mitterrand à la commission de contrôle de la campagne présidentielle.

- ***23 juin 1981-18 février 1986*** : Garde des Sceaux.

- ***19 février 1986-Mars 1995*** : Président du Conseil constitutionnel nommé par le Président de la République (François Mitterrand). Il entre en fonction en mars 1986.

- ***1990-1995*** : Il participe activement à la promotion du droit et de la démocratie sur le continent européen et devient, notamment aux côtés de François Luchaire, un expert consulté dans l'ingénierie constitutionnelle.

- ***1991*** : Préside la Commission d'arbitrage pour la paix en Yougoslavie.

- ***1995-2011*** : Sénateur (P.S.) des Hauts-de-Seine (réélu en 2004).

Jacques Robert

- ***29 septembre 1928*** : Naissance à Alger. Etudes supérieures à la Faculté de droit d'Alger puis à la Faculté de droit de Paris.

- ***1953*** : Il soutient une thèse portant sur *Les violations de la liberté individuelle commises par l'administration*.

- ***1956*** : Agrégé de droit public et de science politique.

- ***1956-1960*** : Professeur à la Faculté de droit d'Alger.

- ***1960-1962*** : Professeur à la Faculté de droit de Rabat.

- ***1962-1965*** : Professeur à la Faculté de droit de Grenoble.

- ***1966-1968*** : Directeur de la Maison Franco-Japonaise à Tokyo.

- ***1968-1970*** : Professeur à la Faculté de droit de Paris.

- ***1970-1994*** : Professeur à l'Université Paris II Panthéon-Assas.

- ***1977*** : Directeur de la *Revue de droit public*.

- ***1979-1984*** : Président de l'Université Paris II Panthéon-Assas.

- ***20 février 1989-Mars 1998*** : Membre du Conseil constitutionnel, nommé par le président de l'Assemblée nationale (Laurent Fabius). Entre en fonction en mars 1989.

Jean-Claude Colliard

- ***15 mars 1946*** : Naissance à Paris. Etudes supérieures à la Faculté de droit de Paris et à l'Institut d'études politiques de Paris.

- ***1972*** : Il soutient une thèse portant sur *Les Gouvernements et majorités dans les régimes parlementaires contemporains.*

- ***1972*** : Agrégé de droit public et de science politique.

- ***1973-1985*** : Professeur à la Faculté de droit de Nantes.

- ***1981*** : Rejoint l'équipe de campagne de François Mitterrand. Directeur adjoint du Cabinet du Président de la République François Mitterrand.

- ***1982- 1988*** : Directeur du Cabinet de François Mitterrand.

- ***1985-2014*** : Professeur à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne.

- ***1988-1992*** : Directeur du cabinet de Laurent Fabius, président de l'Assemblée nationale.

- ***1992*** : Membre du Comité consultatif pour la révision de la Constitution.

- ***21 février 1998-Mars 2007*** : Membre du Conseil constitutionnel. Nomination par le président de l'Assemblée nationale (Laurent Fabius). Il remplace Jacques Robert et entre en fonction en mars 1998.

- ***2006*** : Membre de la Commission de Venise du Conseil de l'Europe.

- ***2009-2012*** : Président de l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne.

- ***26 mars 2014*** : Décès de Jean-Claude Colliard.

Nicole Belloubet

- ***1978*** : D.E.A. de droit public, Université de Paris II Panthéon Assas.

- ***1979*** : D.E.A. d'histoire du droit, Université de Paris II.

- ***1987-1990*** : Assistante à l'Université de Paris I.

- ***1989-1996*** : Conseillère municipale de Saint Rémy-les-Chevreuse.

- ***1990-1992*** : Maître de conférences à l'Université de Paris I.

- ***1990*** : Doctorat en droit, Université de Paris I Panthéon-Sorbonne : *Pouvoirs et relations hiérarchiques dans l'administration française*.

- ***1992*** : Agrégation de droit public.

- ***1992-1996*** : Professeur à l'Université d'Evry-Val d'Essonne.

- ***Septembre 1997- mai 2000*** : Rectrice de l'académie de Limoges

- ***Mai 2000- mars 2005*** : Rectrice de l'académie de Toulouse

- ***2005-2008***: Professeure à l'Université d'Evry- Val d'Essonne

- ***2008-2013*** : Professeure à l'Institut d'Études Politiques de Toulouse

- ***Mars 2010-mars 2013*** : Conseillère régionale de la région Midi-Pyrénées. Première vice-présidente, chargée de l'éducation, de l'enseignement supérieur et de la recherche.

- ***21 février 2013*** : Nomination au Conseil constitutionnel par le président du Sénat (Jean-Pierre Bel). Entrée en fonction en mars 2013.

.

Table des matières

Remerciements 5
Sommaire 7
Tables des abréviations 9
Introduction générale 13
§ 1. Les professeurs de droit *et* le Conseil constitutionnel 19
A. Les distances originelles entre les professeurs de droit et le Conseil constitutionnel 19
B. Le rapprochement progressif des professeurs de droit et du Conseil constitutionnel 21
C. L'ambivalence actuelle des rapports entre les professeurs de droit et le Conseil constitutionnel 26
§ 2. Les professeurs de droit *au* Conseil constitutionnel 28
A. Les professeurs de droit auxiliaires permanents du Conseil constitutionnel 28
B. Les professeurs de droit collaborateurs occasionnels du Conseil constitutionnel 31
§ 3. Les professeurs de droit *membres* du Conseil constitutionnel 36
A. L'objet de l'étude 36
1. Le professeur de droit en question 36
2. La notion de *membre du Conseil constitutionnel* 43
B. La démarche 44
1. La méthode retenue 44
2. Les contraintes du sujet 50
C. La problématique et le plan 51
Partie 1. Les professeurs de droit et l'accès au Conseil constitutionnel 55
Titre 1. Un accès ouvert 59
Chapitre 1: L'absence de conditions de nomination bénéficiant aux professeurs de droit 63
Section 1. Un accès laissé à la discrétion de l'autorité de nomination 63
§ 1. Une nomination libre 64
A. Une condition d'accès limitée à la jouissance des droits civils et politiques 65
1. Une condition aux contours mal définis 65
2. Une condition à la portée restreinte 69
B. L'absence de condition relative à la compétence juridique 70
§ 2. Une nomination discrétionnaire 74
A. L'absence de contrôle avant 2008 75
B. Un droit de regard limité du Parlement depuis 2008 78
1. Un contrôle mal délimité 79
2. Un contrôle inefficace 85
Section 2. L'incompatibilité entre l'activité de professeur de droit et celle de membre du Conseil constitutionnel 87
§ 1. L' évolution du régime des incompatibilités applicable aux professeurs de droit 88
A. L'alignement des incompatibilités professionnelles des membres du Conseil sur celles applicables aux parlementaires 89
1. Les incompatibilités applicables aux professeurs d'université ignorées des débats constituants 89
2. Une prise en compte tardive des incompatibilités applicables aux professeurs de droit par la loi organique du 19 janvier 1995 91
B. Une compatibilité longtemps déduite de l'indépendance des professeurs d'université 94
1. L'origine de l'exception : une dérogation à l'interdiction de cumul avec toute fonction publique non élective 94
2. L'extension de l'exception : un motif applicable aux professeurs membres du Conseil constitutionnel 99
§ 2. Un régime excluant désormais toute possibilité de cumul 101
A. L'intention du législateur organique d'approfondir la juridictionnalisation du Conseil constitutionnel 101

B. Une définition insuffisante des incompatibilités applicables spécifiquement aux professeurs de droit 105
Conclusion du chapitre 1 109
Chapitre 2: L'adoption souhaitable d'une clause constitutionnelle de compétence 111
Section 1. Le choix possible de l'incitation 111
§ 1. La détermination des qualifications juridiques requises 112
A. Les qualités attendues d'un juge dans la jurisprudence constitutionnelle française 112
B. Les qualités attendues des juges constitutionnels dans les juridictions constitutionnelles étrangères 116
1. La compétence juridique 116
2. L'expérience 123
§ 2. Les professeurs de droit bénéficiaires indirects de la clause générale de compétence 127
A. Une solution aux bénéfices aléatoires 127
B. Une transposition inopportune en France 129
Section 2. Le choix préférable de l'encadrement 132
§ 1. L'appartenance à la catégorie des professeurs de droit comme condition de nomination 132
A. Une nomination encadrée par l'appartenance à une catégorie socio-professionnelle déterminée 132
1. Un système répandu 133
2. Des mécanismes sophistiqués 138
B. Une garantie en termes de compétences juridiques 140
1. Une présence justifiée par l'évolution de la nature du contentieux des normes 141
2. Une présence justifiée par l'organisation interne du Conseil constitutionnel 146
§ 2. L'appartenance à la catégorie des professeurs de droit condition de nomination non exclusive 149
A. Un accès nécessairement ouvert à d'autres catégories professionnelles 149
1. L'accès des magistrats et des avocats 149
2. L'accès des anciens parlementaires 151
B. L'aménagement concret de la clause spéciale de compétence 152
Conclusion du chapitre 2 155
Conclusion du titre 1 157
Titre 2. Une présence limitée 159
Chapitre 1: Les raisons conjoncturelles : l'affaiblissement du recours à l'expertise des professeurs de droit sous la V^{ème} République 163
Section 1. Les professeurs de droit acteurs sous la IV^{ème} République 164
§ 1. Les professeurs de droit acteurs du processus constituant 164
A. Des acteurs de la transition vers la IV^{ème} République 165
1. René Cassin : le professeur de droit de la France libre 165
2. Les professeurs de droit et les instances réformistes de la Résistance 170
B. Des acteurs du processus constituant 175
§ 2. Les professeurs de droit membres du Comité constitutionnel 179
A. Une institution impuissante à rétablir la légalité constitutionnelle 180
1. Des conditions de saisine strictes 181
2. Une compétence limitée 182
B. Une institution faisant pourtant une large place aux professeurs de droit 184
1. Un système de nomination discrétionnaire éminemment politique 184
2. La nomination effective de professeurs de droit 185
Section 2. Les professeurs de droit spectateurs sous la V^{ème} République 189
§ 1. La rupture entre les professeurs de droit et la création de la V^{ème} République 189
A. La relégation des professeurs de droit hors des instances constituantes 190
1. Une influence très faible au Comité d'experts et au Comité interministériel 190
2. Une exclusion volontaire du Comité consultatif constitutionnel 193
B. La relégation de la figure du professeur de droit hors des débats constituants 195
1. La dévalorisation de la parole du professeur de droit dans les débats constituants 195
2. Un climat hostile aux professeurs de droit 197
§ 2. Le caractère lapidaire des débats sur la composition du Conseil constitutionnel au cours du processus constituant 202
A. Du Comité d'experts au Comité consultatif constitutionnel, l'absence de controverse sur la compétence des membres 202
B. Une problématique délaissée devant le Conseil d'Etat 206

Conclusion du chapitre 1 209
Chapitre 2: Les raisons structurelles : les critères de la nomination des professeurs de droit au Conseil constitutionnel 211
Section 1. La part de critères politiques dans la nomination des professeurs de droit 213
§ 1. L'influence des liens personnels avec l'autorité de nomination 213
A. Marcel Waline, un gaulliste partisan 214
1. Un engagement précoce vers le gaullisme 215
2. Une nomination souhaitée par de Gaulle 218
B. Le « *parrainage* » de Robert Badinter par François Mitterrand 220
1. L'expert juridique auprès de François Mitterrand 220
2. Une nomination depuis longtemps voulue par François Mitterrand 224
§ 2. La détention d'un « *capital social* » 225
A. L'influence des liens politiques institutionnels 226
1. La carrière politique 227
2. Le droit au service de l'action politique : François Luchaire. 234
B. L'influence des liens politiques non institutionnels 237
1. L'expertise publicisée : Georges Vedel 237
2. Les solidarités du corps des professeurs de droit : Jacques Robert 242
Section 2. La part de critères d'équilibre dans la nomination des professeurs de droit 244
§ 1. La recherche d'équilibre politique 245
A. De l'alternance politique électorale à l'alternance politique au Conseil constitutionnel 245
B. Un équilibre politique parfois controversé : la nomination de Robert Badinter à la présidence du Conseil constitutionnel 248
1. Un président chasse l'autre 248
2. Une « *Fraude à la Constitution* » ? 250
§ 2. La recherche d'équilibre des professions juridiques 252
A. Les choix de circonstance 252
1. René Cassin 253
2. Nicole Belloubet 257
B. Le choix de la continuité 258
Conclusion du chapitre 2 261
Conclusion du titre 2 263
Conclusion de la première partie 265
Partie 2. Les professeurs de droit et l'office de juge constitutionnel 267
Titre 1. Les apports à la méthode du juge constitutionnel 271
Chapitre 1: La consolidation du raisonnement juridique 275
Section 1. L'autorité juridique des professeurs pesant sur le cours des délibérés 276
§ 1. L'influence des professeurs de droit tributaire de la composition du Conseil constitutionnel 277
A. Une influence limitée par les contraintes de la collégialité 277
1. La recherche du consensus 277
2. L'isolement des professeurs de droit : l'exemple de René Cassin entre les mois de juillet 1960 et de mars 1962 283
B. Une influence mesurable grâce aux alliances entre professeurs de droit : le partage d'un langage commun 286
1. Une orientation plus juridique des débats 286
2. La maîtrise technique des débats 288
§ 2. L'encadrement juridique des débats en séance : l'effort pédagogique des professeurs de droit 293
A. La clarification des notions juridiques 294
B. Le choix éclairé des solutions jurisprudentielles 297
Section 2. La défense de l'autonomie du raisonnement juridique 303
§ 1. L'usage en apparence limité d'arguments politiques chez les professeurs de droit 304
A. L'objectivité de René Cassin et de Marcel Waline face au gaullisme 304
1. L'exemple de l'avis du 8 décembre 1960 et du statut de la R.T.F. 304
2. Du soutien théorique de la démocratie directe par Marcel Waline au strict respect des règles constitutionnelles 307
B. Les rares contre-exemples : René Cassin et Paul Coste-Floret 308
1. Les distances prises avec le droit par René Cassin 309
2. Les distances prises avec le droit par Paul Coste-Floret 311

§ 2. L'application autonome des règles juridiques par les professeurs de droit 314
A. Le respect d'une légalité formelle en matière consultative et électorale 315
B. La quête d'objectivité en contentieux normatif 318
Conclusion du chapitre 1 321
Chapitre 2: Les arguments mobilisés par les professeurs de droit 323
Section 1. Jurisprudence administrative et doctrine : le maintien du lien avec l'Université 324
§ 1. La référence à la jurisprudence du Conseil d'Etat 325
A. La référence à la jurisprudence du Conseil d'Etat : entre identité culturelle et tradition juridique. 325
1. Le Conseil d'Etat, une référence nécessaire et objective 327
2. Une référence inscrite dans la culture juridique des professeurs de droit public 329
B. La référence fréquente à la jurisprudence du Conseil d'Etat au cours des délibérations 336
1. Les logiques d'alignement des décisions du Conseil constitutionnel sur celles du Conseil d'Etat 337
2. Le raisonnement par analogie avec la jurisprudence administrative 344
§ 2. La référence à la doctrine 347
A. La référence à la doctrine comme soutien de l'argumentation des professeurs de droit 348
B. La référence à la doctrine comme fondement de l'argumentation des professeurs de droit 355
Section 2. Les travaux constituants 362
§ 1. René Cassin, Marcel Waline, François Luchaire, Paul Coste-Floret, rédacteurs de la Constitution 362
A. Les interprètes authentiques de l'intention des constituants 363
B. L'instrumentalisation de l'argument d'autorité 366
§ 2. Le refus de Georges Vedel de considérer les travaux constituants comme argument recevable 369
Conclusion du chapitre 2 373
Conclusion du titre 1 375
Titre 2. Les apports à l'œuvre du juge constitutionnel 377
Chapitre 1: La participation à l'œuvre jurisprudentielle 381
Section 1. Les apports ponctuels des professeurs de droit 383
§ 1. L'influence des professeurs de droit sur la répartition constitutionnelle des compétences . 384
A. L'influence sur la définition du domaine de la loi 384
1. L'extension du domaine de la loi 385
2. La délimitation du recours aux ordonnances 394
B. L'influence sur la clarification des normes constitutionnelles 399
1. La notion de loi organique relative au Sénat 400
2. La notion de nouvelle délibération 401
§ 2. L'influence des professeurs de droit sur l'évolution des prérogatives du Conseil constitutionnel 405
A. L'influence des professeurs de droit sur le droit constitutionnel substantiel 405
1. La protection des libertés contenues dans le corps de la Constitution 406
2. La découverte et la protection du préambule de la Constitution 411
B. L'extension des compétences du Conseil constitutionnel : le réalisme de Georges Vedel dans la décision *Delmas* 415
Section 2. L'apport systémique du professeur de droit : la part de Georges Vedel à l'œuvre jurisprudentielle 417
§ 1. La concrétisation de la pensée de Georges Vedel dans les décisions du Conseil 418
A. Le système des bases constitutionnelles du droit administratif concrétisé dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel 420
1. Les fondements d'un système 420
2. La concrétisation d'une doctrine dans le droit positif 425
3. De la doctrine à la jurisprudence : la double participation de Georges Vedel à la création du droit 436
B. Le P.F.R.L.R. d'indépendance des professeurs d'université 438
1. Le raisonnement de Georges Vedel 439
2. Les motivations de Georges Vedel 443
§ 2. La systématisation d'une pratique jurisprudentielle par Georges Vedel 447
A. La systématisation de l'intensité du contrôle exercé par le juge constitutionnel sur le législateur 448

1. L'enracinement de la définition des limites à l'étendue du contrôle du juge constitutionnel 449
2. L'aménagement d'une technique de contrôle préservant le pouvoir discrétionnaire du législateur 457
B. La solution au « problème général du contrôle de constitutionnalité des lois » 463
Conclusion du chapitre 1 467
Chapitre 2: La légitimation de l'œuvre jurisprudentielle 469
Section 1. Le droit au soutien de la juridiction 470
§ 1. Les professeurs de droit et la défense de la nature juridictionnelle du Conseil constitutionnel 471
A. La défense de la thèse de la nature juridictionnelle du Conseil au cours des délibérations 472
1. La promotion de la nature juridictionnelle du Conseil au cours des délibérations 472
2. La légitimation auprès des juridictions constitutionnelles étrangères 478
B. Les professeurs de droit et la juridictionnalisation de la procédure 482
1. La définition de l'étendue de l'autorité des décisions du Conseil 482
2. La transparence et le contradictoire : renoncer « *aux secrets de polichinelle* » 486
§ 2. Le respect de règles déontologiques par les professeurs de droit 493
A. Une libre interprétation du devoir de réserve 495
B. Le respect des règles de l'impartialité 499
1. Georges Vedel et l'impartialité fonctionnelle 500
2. François Luchaire et l'impartialité subjective 501
Section 2. Le discours au soutien de l'institution 503
§ 1. Le discours officiel de justification 505
A. La justification comme moyen de légitimation 505
1. Défendre l'institution et l'objectivité des juges 505
2. Le discours sur l'absence de pouvoir créateur du juge 512
B. L'apparente illustration d'une doctrine organique 516
§ 2. Le discours doctrinal de promotion 521
Conclusion du chapitre 2 531
Conclusion du titre 2 533
Conclusion de la seconde partie 535
Conclusion générale 537
Bibliographie 543
§ 1. Bibliographie générale 543
A. Manuels, traités et dictionnaires 543
1. Manuels et traités 543
2. Dictionnaires 545
B. Thèses et mémoires 546
C. Ouvrages généraux et spécialisés 550
D. Articles de doctrine 557
E. Articles de presse 579
F. Documents institutionnels 580
§ 2. Bibliographie sélective des professeurs membres du Conseil constitutionnel 582
René Cassin 582
Marcel Waline 582
François Luchaire 584
Paul Coste-Floret 587
Georges Vedel 588
Maurice-René Simonnet 593
Robert Badinter 593
Jacques Latscha 594
Jacques Robert 594
Jean-Claude Colliard 596
Nicole Belloubet 596
Index thématique 599
Index des délibérations citées 603
Table de jurisprudence 615
Décisions du Conseil constitutionnel 615
Arrêts du Conseil d'Etat 619
Annexes 621

1. Annexe n° 1 : Frise chronologique. 623
2. Annexe n° 2 : Repères biographiques. 625
Table des matières 635