

**“Mérites, vertus et talents” :**  
**quelques constantes argumentatives au fondement du droit**

par

Gilles J. GUGLIELMI

*Professeur à l’université de Paris-II (Panthéon-Assas)*

**“Accomplir sa besogne et ne pas s’en vanter  
Guider le Peuple et ne pas l’opprimer  
Qu’est-ce autre que Vertu mystérieuse ?”.**  
**(LAO-TZEU, *Tao-tê-king*, 51).**

La question des mérites, vertus et talents traverse l’ensemble des philosophies lorsqu’elles prennent pour objet la chose publique. La position prise par chacune sur les fondements théoriques de l’art de gouverner et de normer peut d’ailleurs servir de signe distinctif entre des philosophies apparemment voisines.

Ainsi en est-il du taoïsme. Dans le “Tao-tê-king” (La voie et sa vertu), cinq mille mots agencés autour de 400 avant notre ère, Lao-Tzeu, auteur mythique, nous livre dès le deuxième chapitre, la réflexion suivante :

“Il [le sage] accomplit sa tâche sans s’en prévaloir  
Il achève son œuvre sans s’y attacher”.

Il nous intime surtout, dans la continuité de cette constatation, l’ordre consécutif :

“N’exalte pas les hommes de mérite  
On cessera de batailler” (chap. 3).

L’exhortation n’est pas gratuite. Comme souvent, elle est une réponse aux thèses précédemment soutenues dans d’autres courants de pensée. C’est le confucianisme en général et Meiti (480-438) en particulier qui est directement visé, lui qui insistait au contraire sur la nécessité de “pousser en avant les hommes de mérite” (1).

---

<sup>1</sup> HOUANG (F.), préface à la première édition (1949) in LAO-TZEU, *La Voie et sa Vertu*, Paris, Seuil, 1979, p. 14.

Cette question, précisément, sera réglée par l'affirmation péremptoire que l'ensemble des doctrines démocratiques occidentales l'ont déjà implicitement tranchée. Le mérite, entendu comme ce qui rend digne de récompense, compris comme un acquis de réalisations passées, n'a jamais été, à lui seul et en tant que tel, un élément d'appréciation entrant en ligne de compte pour déroger à un principe d'égalité juridique. Il n'en va pas de même des vertus, talents, compétences et capacités, sur lesquels se sont penchés avec continuité bien des interprètes du droit et des auteurs de normes, de la Grèce antique jusqu'à la Vème République.

S'il lui fallait se livrer à une étude approfondie et érudite de ces continuités, une véritable recherche se devrait de délimiter un champ d'observation, de définir ses outils et ses références épistémologiques et de mettre en œuvre une méthode éprouvée. Il sera peut être fait grief à l'auteur de préférer donner une première approche de la question qui ne soit le résultat ni d'une recherche approfondie, ni d'une recherche exclusivement juridique. Une telle option relève de la conviction personnelle selon laquelle, tout comme les thèses n'atteignent leur but d'accroître la connaissance qu'à la condition d'être suffisamment brèves pour être vraiment lues, les communications aux colloques ne contribuent à dessiner les contours d'une question nouvelle ou disputée que si elles éveillent l'attention et la curiosité en traçant les pistes les plus droites dans les contextes les plus touffus.

C'est pourquoi, je souhaite simplement m'arrêter, dans un espace de vingt-quatre siècles, sur trois instants exemplaires de l'insertion des mérites, vertus et talents aux fondements du droit. Ces instants n'ont *a priori* rien de commun. Ni le vocabulaire utilisé, ni les concepts mis en œuvre ne sont évidemment constants. Bien des nuances s'irisent entre les "mérites" de Platon, les "vertus" des révolutionnaires, la "compétence" sous la Vème République. Quant au but recherché par les auteurs du droit, il est radicalement différent selon leur place dans le système de production et d'interprétation des normes. Théoriciens, législateurs et juges relèvent à cet égard de logiques propres. Pourtant, différence n'est pas obligatoirement divergence, autonomie des acteurs n'est pas isolement du système de droit. Ces trois instants parviendront peut-être à illustrer ce qu'il y a de constant dans l'argumentation juridique relative aux vertus et talents. Le premier est un instant de spéculation théorique, en forme d'utopie raisonnable, celui des leçons de Platon. Le second est un instant du projet politique des révolutionnaires français, saisi au tout début de l'élaboration de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen en 1789. Le troisième instant, enfin, est une décision du Conseil

constitutionnel portant déclaration de conformité sous réserves d'interprétation, forme supérieure de l'interprétation juridique, archétype de la subtilité de la Vème République.

### *1. Spéculation théorique : les leçons platoniciennes*

La philosophie grecque a inspiré, plus directement que le taoïsme, la culture commune des juristes français. Parmi ses différents auteurs, Platon a édifié des pans entiers d'une réflexion politique sur une conception particulière des vertus, mérites et talents. Ce n'est pas cependant, dans le dialogue "Ménon", sous-titré "De la Vertu", que le lecteur contemporain pourra satisfaire sa curiosité. Consacré à la vertu au sens moral, comme attitude générale de l'homme face à la vie et aux rapports sociaux, le "Ménon" ne contient pas à proprement parler, de prescriptions ou de théories politiques.

#### *1.1. Talents des hommes de Gouvernement*

En revanche, dans le dialogue "Le Politique", Platon aborde de front la question du choix des hommes de gouvernement. Réfutant les hommes qui se donnent l'air d'être des hommes d'Etat sans l'être aucunement, il affirme que sur dix mille citoyens, un ou deux, en tout cas un très petit nombre, possèdent la science du Gouvernement (2). Ces hommes voués à l'action possèdent une "droite autorité", une "rectitude" qui produit des conséquences tout à fait considérables et, il faut le signaler dès l'abord, qui confère à leur action une valeur juridique, indépendamment de considérations de fait.

"Ces individus, que leur autorité ait l'agrément ou soit contre le gré de ceux sur qui elle s'exerce; que cette autorité s'appuie sur des lois écrites ou qu'elle se passe de lois écrites; que leur état à eux soit richesse ou pauvreté, il faut admettre que l'autorité exercée, quelle qu'elle soit, est une autorité qui se conforme à un art" (3). Ni l'assentiment du destinataire, ni la forme juridique, ni la considération qui leur est due en raison de leur rang social, ici mesuré par la richesse, ne sont donc nécessaires à la validité de leur action dans les affaires publiques.

---

<sup>2</sup> PLATON, "Le Politique", 293a, *Œuvres complètes*, t. II, trad. L. Robin, Gallimard (Pléiade), 1950, p. 397.

<sup>3</sup> *ibid.*

A quoi tient, finalement, la possession de cette autorité, comment s'explique la force de cette investiture, d'où vient cette vertu ?

Platon a déjà livré la réponse, car elle était en vérité un préalable à toute sa construction. Elle tient en une phrase : le savoir est le principe du vrai Gouvernement. Pour Platon, l'autorité suprême est de l'ordre de la connaissance, une connaissance active qui juge et qui commande (4). Il ne s'agit évidemment pas de la connaissance brute et érudite, mais la connaissance "relative à un gouvernement qui s'exerce sur des hommes, connaissance dont l'acquisition est presque la plus difficile et la plus importante" (5). Là est le véritable "talent" des ceux qu'il faut choisir comme gouvernants : ils sont guidés par la connaissance et ils ont pour objectif de rendre l'Etat meilleur qu'il n'est. Le seul régime politique acceptable est donc celui qui permet de trouver et de laisser agir ces gouvernants (6).

### *1.2. Mérites des magistrats suprêmes*

Dans un dialogue plus fréquenté par les juristes, "Les Lois", Platon étudie un autre versant des vertus et talents, celui qui est indispensable à l'exercice du pouvoir judiciaire. La question est de savoir comment contrôler l'administration des magistrats. Elle est évidemment délicate. Dans un système idéal, tel que celui imaginé par Platon pour l'organisation de la Cité, "il n'est nullement facile de découvrir un magistrat qui, pour le mérite, soit supérieur à nos magistrats" (7). Et pourtant, les magistrats ordinaires doivent être contrôlés, notamment pour des raisons de vertus et de talents : certains d'entre eux pourraient "plier sous le poids d'une charge à la hauteur de laquelle ne sont pas [leurs] capacités

---

<sup>4</sup> PLATON, "Le Politique", 258b, 259e-260b *Œuvres complètes*, t. II, trad. L. Robin, Gallimard (Pléiade), 1950, pp. 340-342.

<sup>5</sup> PLATON, "Le Politique", 292e, *Œuvres complètes*, t. II, trad. L. Robin, Gallimard (Pléiade), 1950, p. 397.

<sup>6</sup> PLATON, "Le Politique", 293e-294a, *Œuvres complètes*, t. II, trad. L. Robin, Gallimard (Pléiade), 1950, p. 399 : "aussi longtemps que, s'inspirant, pour sauvegarder [l'Etat], de la connaissance, ils le rendront, dans la mesure du possible, meilleur de pire qu'il était, il nous faudra dire de ce régime politique, en nous référant à de semblables principes de détermination, que lui seul possède rectitude".

<sup>7</sup> PLATON, "Les Lois", XII, 945b, *Œuvres complètes*, t. II, trad. L. Robin, Gallimard (Pléiade), 1950, p. 1092.

personnelles” (8). Conformément au système de désignation en vigueur dans les institutions politiques grecques, les magistrats sont pour partie élus au hasard du sort pour un an, pour une autre partie choisis sur des listes de propositions. Mais dans les deux cas, demeure évidemment le filtre de l’examen probatoire. Or, le critère retenu par cet auteur est que “pour la proposition, des candidats, c’est parmi les compétents qu’il y aura lieu de prendre celui qui choisira [la fonction], et l’unique motif, au cours de l’examen probatoire, pour agréer un candidat ou pour le refuser sera, de la part des uns, l’incompétence de celui qui, au sort, aura obtenu de subir cet examen, de la part des autres, sa compétence” (9).

Dès lors, il faut savoir “qui sera pleinement qualifié pour exercer le contrôle des magistrats”. Il faut aussi que “ceux qui ont mission de contrôler les magistrats valent mieux que ces derniers” (10). Platon les nomme Contrôleurs et prévoit pour leur désignation, une procédure solennelle, d’une nature différente de celle requise pour le choix des magistrats ordinaires. Son caractère rituel est affirmé d’emblée par référence au moment du choix, fixé par un cycle cosmique : “Chaque année, après l’époque où le soleil passe des constellations de l’été à celles de l’hiver” (11). Son fondement profond est de manifester la cohésion de l’organisation politique et de la Société. Le caractère exceptionnel de ces individus, le caractère suprême de leurs fonctions exige que “*en tout genre de mérite*, les Contrôleurs soient tous des hommes merveilleux”. Platon en tire immédiatement la conclusion : “dès lors, affaire à nous de leur forger

---

8 *ibid.*

9 PLATON, “Les Lois”, VI, 765b, *Œuvres complètes*, t. II, trad. L. Robin, Gallimard (Pléiade), 1950, p. 831.

10 PLATON, “Les Lois”, XII, 945e, *Œuvres complètes*, t. II, trad. L. Robin, Gallimard (Pléiade), 1950, p. 1092. Il est évidemment tentant de faire le rapprochement entre les questions soulevées par Platon et l’actuel projet de loi organique instaurant une responsabilité des magistrats de l’ordre judiciaire. La remarque viendra alors rapidement que, si une possibilité était ouverte de rechercher la responsabilité du magistrat, elle le serait avant tout au profit du justiciable, et pour des raisons qui tiennent plus à la suspicion de partialité qu’à l’accusation d’incapacité ou d’incompétence intellectuelles.

11 PLATON, “Les Lois”, XII, 945e, *Œuvres complètes*, t. II, trad. L. Robin, Gallimard (Pléiade), 1950, p. 1093. C’est-à-dire après le solstice d’été, donc en juillet, une fois que le rayonnement solaire a progressivement donné toute sa force, que les hommes ont fourni le travail le plus intense dont ils étaient capables, mais avant qu’ils jouissent par les récoltes du fruit de ce travail et que la diminution du jour leur rappelle le repos nécessaire à la vie.

en quelque façon, une naissance” (12).

Deux enseignements fondamentaux semblent devoir ici être retenus. Le premier est que la recherche d’hommes exceptionnels, parce qu’ils sont pourvus de mérites multiples, est l’affaire de tous, de tout le corps social. C’est ce que traduit le mode d’élection, complexe mais unanimiste, propre à dégager de fortes majorités sur leurs noms (13). Le second est, compte tenu des termes très forts évoquant une naissance, que ces hommes ne sont pas merveilleux dans l’absolu, ils ne le sont que grâce à une volonté sociale reconnue de leur donner naissance. Contrairement aux apparences, ils ne sont pas découverts, mais inventés. Les hommes de mérites, vertus et talents n’existent que par l’habilitation de la société qui les reconnaît.

Des lignes directrices fixées par Platon, peuvent être retenus les points suivants. Premièrement, l’exercice des fonctions publiques repose sur des vertus et talents particuliers, ceux qui manifestent que la prise de décision des hommes qui les exercent sera assise sur la connaissance et orientée vers l’amélioration de l’Etat. Secondement, la reconnaissance de mérites et de talents n’a de sens que si elle provient du corps social et si elle est destinée à pourvoir des fonctions d’intérêt commun. Que reste-t-il de ces lignes initiales, vingt siècles plus tard ?

## ***2. Projet politique : les ajustements révolutionnaires***

La Révolution française a plutôt tiré son inspiration théorique de la philosophie des Lumières que de Platon ou Lao-Tzeu. La principale notion que les révolutionnaires souhaitaient traduire dans le droit public nouveau est celle d’égalité qui, indéniablement n’était pas le premier souci des auteurs précédemment cités.

Pourtant, malgré l’aspiration à l’égalité et la matérialisation juridique du projet égalitaire, réapparurent les mérites, vertus ou talents. La déclaration des droits de l’homme et du citoyen du 26 août 1789 en fait donc encore

---

<sup>12</sup> *ibid.*

<sup>13</sup> *ibid.* Tous les citoyens proposeront “trois d’entre eux, que chacun estimera être les meilleurs, lui-même excepté, et qui n’aient pas moins de cinquante ans. Parmi ceux qui auront été proposés, ceux sur lesquels le plus grand nombre des électeurs auront porté leur suffrage, ce sont leurs noms qui seront retenus jusqu’à concurrence de la moitié du nombre total des suffrages [...] après quoi les autres, étant déclarés admis, procéderont à de nouveaux votes, jusqu’à ce qu’il ne reste que trois noms, auxquels seront allés un nombre inégal de suffrages...” 946 b et c.

expressément mention, en son article 6. De même, malgré des tentatives très cohérentes de modification des fondements, la prise en considération de ces talents repose finalement sur la nécessité sociale et sur l'exercice des fonctions publiques.

### 2.1. *La neutralisation tentée par Sieyès*

La conception la plus radicale que la Révolution ait produite pour nier la prise en compte des vertus et talents dans l'équilibre social et dans la gestion des affaires publiques est sans doute celle de Sieyès (1748-1836). Elu au Comité de Constitution, Sieyès entend présenter une reconnaissance des droits, précise, contraignante et faisant corps avec la Constitution. Ce projet pourrait aujourd'hui être interprété comme un archétype fondateur du libéralisme juridique.

Pour Sieyès, le centre du raisonnement est l'individu. La société n'est guère que le lieu d'affrontement interindividuels. Il l'explique dans le discours de présentation de son projet : "Placé au milieu de ses semblables, [l'homme] se sent pressé d'une multitude de nouveaux rapports. Les autres individus se présentent nécessairement, ou comme moyens, ou comme obstacles. Rien donc ne lui importe plus que ses rapports avec les semblables" (14). Il n'existe d'ailleurs pas de véritable utilité sociale, mais seulement une utilité individuelle réciproque, rapportée à des objectifs individuels autonomes. "Une société fondée sur l'utilité réciproque est véritablement dans la ligne des moyens naturels qui se présentent à l'homme pour le conduire à son but" (15).

Dans une telle conception, il n'est pas nécessaire de nier l'égalité des droits, car de toutes façons, même posée, elle sera conciliée avec les inégalités de fait. Ce qui est premier, c'est la nature, le hasard de la naissance et de la fortune, dont les conséquences viennent immédiatement se poser en termes de marché, de satisfaction des besoins, de rôles sociaux. "Il existe, il est vrai, de grandes inégalités de moyens parmi les hommes. La nature fait des forts et des faibles; elle départit aux uns une intelligence qu'elle refuse aux autres. Il suit qu'il y aura entre eux inégalité de travail, inégalité de produit, inégalité de consommation ou de jouissance; mais il

---

<sup>14</sup> SIEYES (E.), "Reconnaissance et exposition raisonnée des droits de l'homme et du citoyen", 20 et 21 juillet 1789, *Orateurs de la Révolution française*, t. I, Gallimard (Pléiade), 1989, p. 1006.

<sup>15</sup> SIEYÈS (E.), *loc. cit.*, p. 1007.

ne suit pas qu'il puisse y avoir inégalité de droits" (16). L'égalité en droits n'est présentée qu'en position doublement seconde. D'une part, le constat du fait emporte les conséquences juridiques. D'autre part, l'absence de nécessité économique et sociale d'une inégalité des droits autorise l'Assemblée à poser l'égalité des droits.

Il est donc assez logique que Sieyès dans ce discours, qui fut mal compris en son temps, n'évoque jamais directement les mérites et les vertus. Lorsqu'il étudie, le premier, la différence entre pouvoir constituant originaire et pouvoir constituant dérivé, il se contente de poser qu' "il n'est pas nécessaire que les membres de la société exercent individuellement le pouvoir constituant, ils peuvent donner leur confiance à des représentants qui ne s'assembleront que pour cet objet, sans pouvoir exercer eux-mêmes aucun des pouvoirs constitués" (17). Il est vrai qu'à ce moment de la Révolution, l'assemblée souffre d'un déficit certain de légitimité. La déclaration des droits a précisément pour but de donner un fondement fort à l'action de représentants dont il ne serait pas toujours opportun de faire apparaître les origines sociales ou politiques, ni d'évoquer les mérites.

Lorsque, plus loin dans le même discours, il évoque le mandataire public, pour en conclure que "c'est une grande erreur de croire qu'une fonction publique puisse jamais devenir la propriété d'un homme" (18), Sieyès n'aborde pas non plus le mode de désignation de ceux qui seront appelés aux fonctions publiques.

C'est pourquoi, dans les trente-deux articles de son projet de déclaration, Sieyès ne mentionne-t-il qu'une seule fois, et seulement pour l'Assemblée des représentants appelés à voter la loi, la nécessité d'avoir recours non pas tant à des hommes de mérite qu'à des hommes dont le talent principal soit la compétence. Mais cette compétence n'est pas celle des représentants appelés à gérer la chose publique. Elle est, en amont, celle des membres du corps électoral appelé à choisir les représentants, conformément à la théorie de la représentation de l'auteur qui tend à distinguer des citoyens actifs et des citoyens passifs. "Chez un grand peuple, [la loi] doit être l'ouvrage d'un corps de représentants choisis pour un temps court, médiatement ou immédiatement par tous les citoyens qui

---

16 *ibid.*

17 SIEYÈS (E.), *loc. cit.*, p. 1013.

18- SIEYÈS (E.), *loc. cit.*, p. 1015.

ont, à la chose publique, intérêt avec capacité” (19). Néanmoins, cette tentative de neutraliser à la fois la primauté de l’égalité juridique, sa valeur en tant que moyen d’un projet d’égalité sociale, et la prise en considération des vertus et talents comme garanties du meilleur exercice possible des fonctions publiques, a échoué. Sa complexité conceptuelle, sa rigueur et la configuration politique du Comité de Constitution ont lancé la Déclaration des droits de l’homme sur d’autres pistes (20).

## 2.2. *Le retour des vertus*

Adrien Duport (1759-1798), par exemple, entré au Parlement de Paris, comme beaucoup de jeunes hommes appartenant à une famille de gens de robe, avec une dispense d’âge, possédait une expérience bien plus précise des fonctions publiques. Son influence sur l’assemblée était suffisamment importante pour que son intervention soit sérieusement prise en compte dans la plupart des débats. Il proposa, dans l’article 21 de sa Déclaration des droits, la formulation suivante. “Les fonctions publiques sont des devoirs imposés par la société aux individus jugés capables de les remplir”. Se retrouve ainsi la double caractéristique platonicienne des Lois : les fonctions publiques supposent des talents particuliers; l’appréciation de ces talents appartient à la société. A l’évidence, ce que visait Duport, qui fut l’un des rédacteurs des décisions prises dans la nuit du 4 août 1789, c’est l’abolition du régime féodal et de l’hérédité de ces fonctions (21). Mais de toutes façons, un certain nombre d’idées étaient déjà “dans l’air” et avaient inspiré simultanément d’autres constituants et notamment ceux qui furent formellement chargés d’élaborer le projet de déclaration.

Mirabeau (1749-1791), surtout, eut l’honneur de présenter le projet de déclaration des droits de l’homme issu des travaux du Comité institué par

---

19 SIEYÈS (E.), *loc. cit.*, p. 1018.

20 Sur l’ensemble des projets de Déclarations, leur logique et leurs enjeux, Cf. GAUCHET (M.), “Droits de l’Homme”, *Dictionnaire critique de la Révolution française*, (Furet et Ozouf dir.), Flammarion, 1988, pp. 685-695.

21 DUPORT (A.), “Sur la Déclaration des droits de l’homme et du citoyen”, 18 août 1789, art. 21, *Orateurs de la Révolution française*, t. I, Gallimard (Pléiade), 1989, p. 277.

l'Assemblée le 13 août 1789<sup>(22)</sup>. Or, il faut rappeler que ces débats suivirent immédiatement ceux qui précisèrent l'abolition du régime féodal dans la continuité de la nuit du 4 août 1789. Aussi, très significativement, les vertus et talents sont l'objet d'allusions dès l'article 1er de la déclaration, pour faire l'objet d'une limitation préventive : "Tous les hommes naissent égaux et libres; aucun d'eux n'a plus de droit que les autres de faire usage de ses facultés naturelles ou acquises"<sup>(23)</sup>. On sait que cette formulation ne fut heureusement pas retenue. Il est même raisonnable de dire qu'elle a été inversée dans son inspiration.

Que signifie en effet l'actuel article 1er de la Déclaration des droits du 26 août 1789 " Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune" ? Que le principe posé est certes celui de l'égalité en droits, mais que les distinctions sociales peuvent amener à des inégalités. Ces inégalités sont implicitement mais nécessairement des inégalités juridiques, sinon il n'aurait pas été utile de placer cette deuxième phrase dans l'article premier, où elle apparaît comme un tempérament du principe.

Ce faisant, l'article 1er instaure un lien bi-univoque. Les inégalités en droits, qui peuvent donc valablement exister, ne sauraient résulter que de distinctions sociales, c'est-à-dire inscrites dans, et reconnues par, le corps social. Inversement, il n'existe de distinction sociale véritable que si elle a des conséquences juridiques inégalitaires, car l'appréciation de l'utilité commune, seule apte à les fonder, ne peut résulter que d'une décision formelle des représentants du peuple, en pratique de la loi. Les autres distinctions, différences ou dissemblances constatées dans la société, sur d'autres dimensions économiques, culturelles ou micro-sociétales, ne sont pas des "distinction sociales", mais des inégalités de fait<sup>(24)</sup>.

De plus, le Comité des cinq avait bien prévu le cas des fonctions publiques, envisagé jusque sous l'angle de catégories juridiques : "tous les

---

<sup>22</sup> Comité dit "des Cinq" : Mirabeau, Tronchet, La Luzerne, évêque de Langres, Démeunier, Rhédon, auxquels il fut accordé trois jours de délai pour rédiger un projet.

<sup>23</sup> MIRABEAU, "Premier discours sur la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen", 17 août 1789, art. 1er, *Orateurs de la Révolution française*, t. I, Gallimard (Pléiade), 1989, p. 664.

<sup>24</sup> Confirmation en est donnée dans l'article 17 du projet : "L'égalité civile n'est pas l'égalité des propriétés ou des distinctions; elle consiste en ce que tous les citoyens sont également obligés de se soumettre à la loi, et ont un droit égal à la protection de la loi".

citoyens sont également admissibles à tous les emplois civils, ecclésiastiques, militaires, selon la mesure de leurs talents et capacités” (25). Ainsi réapparaît le fondement classique d’une distinction sociale particulière : l’attribution d’une fonction publique peut et doit reposer sur des vertus, des compétences, des talents.

La formulation définitive de l’article 6 “Tous les Citoyens étant égaux [devant la loi], sont également admissibles à toutes dignités, toutes places ou emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents” est simplement plus large quant aux emplois publics concernés et a l’avantage de préciser le fondement juridique qui est l’égalité devant la loi.

Les nombreux débats de la Révolution ont ainsi contribué à faire resurgir la conception platonicienne des mérites, vertus et talents, à la fois en réponse aux pratiques de l’Ancien Régime et comme moyen de concilier démocratie et fonctionnement d’un appareil d’Etat. L’apport révolutionnaire est d’avoir introduit dans cette conciliation le principe d’égalité devant la loi, comme moyen d’apprécier les dérogations nécessaires à l’appréhension juridique d’une utilité sociale de la gestion des fonctions publiques.

Cette solution d’équilibre a persisté à travers les deux derniers siècles, jusqu’à la Vème République. Elle donne lieu dans le cadre juridique contemporain, à des interprétations juridiques que guident encore les principes philosophiques et politiques ainsi stabilisés.

### ***3. Interprétation juridique : une lecture constitutionnelle contemporaine***

Le Conseil constitutionnel a rendu le 19 février 1998, une décision sur saisine obligatoire par le Premier Ministre relativement à une loi organique (26).

Le Gouvernement a estimé nécessaire, étant donné l’allongement des délais d’appel et le nombre de postes vacants dans certaines Cours, de

---

<sup>25</sup> MIRABEAU, “Premier discours sur la Déclaration des droits de l’homme et du citoyen”, 17 août 1789, art. 18, *Orateurs de la Révolution française*, t. I, Gallimard (Pléiade), 1989, p. 666.

<sup>26</sup> CC, n° 98-396 DC, 19 février 1998, “Loi organique portant recrutement exceptionnel de magistrats de l’ordre judiciaire”, *AJDA* 1998, p. 380, chr. J.-E. Schoettl.

procéder à un recrutement exceptionnel de magistrats. Ce type d'admission aux fonctions publiques pose deux sortes de questions. La première : le recrutement à titre définitif dans un grade élevé, sous condition d'âge et d'expérience professionnelle, de citoyens n'ayant pas choisi pour première carrière de passer le concours de l'Ecole nationale de la magistrature (ENM) porte-t-il atteinte à l'égal accès aux emplois publics ? La seconde : le recrutement à titre temporaire, dans des fonctions normalement réservées à des magistrats de carrière, de magistrats non professionnels qui n'entendent pas être titularisés, est-il conforme aux exigences de l'article 6 de la Déclaration ?

Sur le principe même du recrutement, les deux questions avaient déjà été examinées, car ces deux voies d'accès ne sont pas nouvelles <sup>(27)</sup>.

Néanmoins, si les principes avaient déjà été posés, le législateur organique est allé indéniablement plus loin dans le texte de 1998 que dans les textes antérieurs. Pour la première fois, en effet, des magistrats recrutés par concours exceptionnel le sont directement pour exercer des fonctions judiciaires au second degré de juridiction. Pour la première fois aussi, certains d'entre eux sont recrutés dans le premier grade. Il est clair que ces dispositions peuvent poser problème à la fois quant à la possibilité, pour des personnes n'ayant aucune expérience des juridictions, d'exercer des compétences d'appel, et quant à la notion de carrière, d'être nommé dans un emploi public à un grade supposant normalement un avancement dans un corps.

Le Conseil constitutionnel a confirmé les principes antérieurement posés et, surtout, les a complétés. Pour déclarer la loi organique conforme à la Constitution, il a assorti sa décision de réserves d'interprétation.

### *3.1. Principes*

Le Conseil constitutionnel a rappelé les principes de l'indépendance de l'autorité judiciaire et de l'inamovibilité des magistrats du siège sur

---

<sup>27</sup> Le recrutement direct à titre définitif dans la magistrature a été intégré aux articles 22 à 25-2 de l'ordonnance du 22 décembre 1958 par la loi organique n° 92-189 du 25 février 1992, après une décision du Conseil constitutionnel n° 92-305 DC du 21 février 1992, Rec.27. Les magistrats non professionnels, nommés à titre temporaire, ont été prévus par la loi organique n° 70-642 du 17 juillet 1970, modifiée par la loi n° 95-64 du 19 janvier 1995, après une décision n° 94-355 DC du 10 janvier 1995, Rec.151.

lesquels il n'y a pas lieu de s'arrêter ici. Mais il y ajoute expressément <sup>(28)</sup> l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et, surtout, pose de manière générale pour son application au recrutement des magistrats : 1°) qu'il ne soit tenu compte que des capacités, vertus et talents; 2°) que les capacités, vertus et talents ainsi pris en compte soient en relation avec les fonctions de magistrats et garantissent l'égalité des citoyens devant la justice; 3°) que les magistrats soient traités de façon égale dans le déroulement de leur carrière.

La première observation s'impose que cette interprétation maintient et même accroît le lien entre appréciation des vertus et talents, et fonction publique. Elle considère aussi comme un problème immédiatement connexe l'appréciation de l'égalité entre les titulaires de fonctions publiques. Les lignes directrices des principes philosophiques et politiques sont ainsi reprises et dites pour droit.

La seconde observation est que la première et la troisième exigence du Conseil — prise en compte des seuls vertus et talents, égalité dans la carrière — ont déjà été affirmées dans des décisions antérieures <sup>(29)</sup>. Mais la seconde est tout à fait nouvelle en droit positif. Il convient dorénavant “que les capacités, vertus et talents ainsi pris en compte soient en relation avec les fonctions de magistrats et garantissent l'égalité des citoyens devant la justice”. Le Conseil redécouvre ainsi, dans le détail, “que l'autorité du Roi est une autorité qui est de l'ordre de la connaissance (...) non pas à la vérité de toute la connaissance en bloc; mais, en la séparant des autres, (...) la connaissance qui juge et qui commande” <sup>(30)</sup>. Les vertus et talents dont l'appréciation sert de base à l'accès aux fonctions publiques doivent être les capacités nécessaires à l'exercice futur de ces fonctions. Il y a fort à parier en effet, vu les conditions d'âge et d'expérience professionnelle, que les candidats au recrutement exceptionnel pourront faire état de nombreuses vertus et de grands talents dans leur activité antérieure. Néanmoins, ces dernières ne constituent pas un mérite ou un droit d'entrée dans la magistrature. Elles doivent faire l'objet d'une

---

<sup>28</sup> CC, n° 98-396 DC, 19 février 1998, cons. 3.

<sup>29</sup> Pour la prise en compte des seuls vertus et talents, n° 82-153 DC, 14 janvier 1983, Troisième voie de l'ENA, Rec.35 et n° 92-305 DC, 21 février 1992, Statut de la magistrature, Rec.27; pour l'égalité dans la carrière, CC, 15 juillet 1976, Statut général des fonctionnaires, Rec.35, *JCP* 1977.18760, note Nguyen Quoc Vinh.

<sup>30</sup> PLATON, “Le Politique”, 292b, *Œuvres complètes*, t. II, trad. L. Robin, Gallimard (Pléiade), 1950, p. 396.

évaluation distincte, propre à juger de leur adaptation à l'exercice du métier de magistrat.

Dans cette seconde conséquence du principe d'égal accès posé par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme, s'observe également la force d'attraction du principe d'égalité devant la loi. Bien sûr, le fondement de l'égal accès est toujours l'égalité devant la loi des candidats aux fonctions publiques. Mais le Conseil a cru bon d'ajouter l'égalité devant la loi et devant son interprétation par les tribunaux, des usagers des fonctions publiques. Cette référence n'était à l'évidence ni directement, ni logiquement nécessaire. Il va de soi que tout citoyen, en tant qu'usager a intérêt à ce que ses juges soient tous également compétents. Mais cela est vrai de tous les services publics. Or, il y aurait quelque risque à laisser entendre que l'usager puisse, à travers l'organisation et le fonctionnement du service public, fonder son exigence d'égalité jusqu'au statut et au recrutement des personnels. De plus, il est de notoriété publique que les cours et tribunaux n'ont pas les mêmes jurisprudences, notamment dans l'appréciation des quantum d'indemnisation ou de répression, et ce quelle que soit l'homogénéité de la formation des magistrats qui les composent. La référence à l'égalité devant la justice n'était pas nécessaire, mais elle a dû paraître au Conseil naturellement liée à l'appréciation des vertus et talents. Voilà peut-être un des acquis de la Révolution dans la conscience collective...

### *3.2. Réserves*

Le Conseil constitutionnel, comme à son habitude, a préféré poser des réserves d'interprétation sur les points les plus délicats du texte de la loi organique.

Tout d'abord, prenant acte des nouvelles conséquences du principe d'égal accès en matière d'adaptation des capacités, vertus et talents aux fonctions publiques postulées, le Conseil pose comme première réserve que les mesures réglementaires d'application devront organiser des épreuves de concours permettant de vérifier les connaissances juridiques des candidats <sup>(31)</sup>. Cette précision a été, en effet, guidée par le fait que les diplômes et l'expérience professionnelle ne permettent pas toujours de conclure à la qualification juridique nécessaire à l'exercice des fonctions de magistrat.

---

<sup>31</sup> CC, n° 98-396 DC, 19 février 1998, cons. 9.

Ensuite, en application du même principe, et pour tirer les conséquences du recrutement direct au second degré de juridiction, de personnes n'ayant aucune expérience de la magistrature, le Conseil pose que "le pouvoir réglementaire devra, sous le contrôle du juge administratif, veiller à ce que soit strictement appréciées, outre la compétence juridique des intéressés, leur aptitude à juger"<sup>(32)</sup>. L'application sera peut-être délicate, d'autant plus que la période de formation prévue à l'ENM pour les recrutés, n'est pas longue (un mois), que la période d'observation en juridiction ne l'est guère plus (cinq mois) et surtout que la compétence de l'autorité de nomination est liée à l'issue de cette formation. Sauf à ce que l'intéressé interrompe de lui-même la période de formation, l'aptitude à juger ne pourra donc être sanctionnée qu'au moment du concours.

Par la même occasion, le Conseil constitutionnel a fixé le cadre de l'appréciation du juge administratif en déterminant les objectifs que le pouvoir réglementaire doit poursuivre dans les modalités d'examen de l'aptitude à juger : garantir la qualité des décisions rendues, l'égalité devant la justice et le bon fonctionnement du service public de la justice. Il n'est pas étonnant de retrouver ici l'égalité devant la justice, ni de prévoir le contrôle du juge administratif sur le bon fonctionnement du service public de la justice. Il est en revanche plus difficile d'imaginer ce que peut être ce contrôle au regard de l'objectif de qualité des décisions rendues. A vrai dire, si les vertus et talents nécessaires à l'exercice des fonctions de magistrat judiciaire doivent être appréciés spécifiquement, il est assez peu cohérent de postuler que le juge administratif sera dans tous les cas pourvu d'une compétence générale pour en juger.

Enfin, le Conseil constitutionnel a posé une dernière réserve d'interprétation. Le pouvoir pour le jury de ne pas pourvoir tous les postes offerts au concours devra être expressément prévu par le pouvoir réglementaire <sup>(33)</sup>. Là encore, il peut paraître étonnant, au regard des vertus et talents du jury, que ce pouvoir n'aille pas de soi. Le jury est la seule autorité compétente pour apprécier les qualités des candidats, et son appréciation au fond n'est susceptible que d'un contrôle restreint du juge administratif. En décidant ainsi, le Conseil considère que, relativement à la proposition de nomination dans le nombre d'emplois mis au concours, le principe est celui de la compétence liée des jurys et que l'exception, relevant de la compétence du pouvoir réglementaire, doit être

---

<sup>32</sup> CC, n° 98-396 DC, 19 février 1998, cons. 10.

<sup>33</sup> CC, n° 98-396 DC, 19 février 1998, cons. 11.

expressément prévue. Il faut en trouver l'explication, je crois, dans le fait que le jury est non seulement une réunion d'hommes de talents seuls aptes à rendre l'expertise demandée, mais aussi une autorité administrative collégiale à compétence nationale participant à une opération de recrutement dans des fonctions publiques. Or, la loi a constaté une utilité sociale ou commune à ce que un certain nombre de postes soient pourvus. C'est même en l'espèce principalement une nécessité quantitative qui a motivé le législateur. Aussi, l'ensemble des autorités administratives sont-elles tenues de concourir à l'attribution de ces fonctions publiques dans les conditions prévues par la loi.

Pourquoi dès lors une réserve d'interprétation ? Tout simplement pour tenir compte du fait que le nombre de candidats dotés des capacités nécessaires à la magistrature pourrait ne pas être suffisant et que l'obligation de pourvoir tous les postes en fonction d'un classement cardinal aboutirait à faire entrer dans les fonctions de magistrats des individus dont l'écart de vertus et de talents porterait atteinte à l'homogénéité du corps, donc au bon fonctionnement du service public de la justice.

Ainsi, le Conseil constitutionnel tire-t-il en 1998 les conséquences de principes agencés par la Révolution et formalisés par la philosophie grecque. La subtilité du raisonnement utilisée est grande. Elle tient à la sophistication des fonctions publiques, à l'accroissement de la demande sociale en technicité et en juridicité de la gestion des affaires publiques. Mais les données fondamentales et théoriques sont restées les mêmes depuis deux mille quatre cents ans. Elles se résument dans la recherche permanente d'un équilibre entre, d'une part, le respect des hommes qui consacrent leur vie à l'œuvre commune et, d'autre part, les exigences de l'intérêt général qu'ils servent. C'est là, avant toute autre considération, dans les sociétés démocratiques du modèle occidental, la grandeur de l'idée d'Etat, seule garante de l'application égale du droit.