

Denis Baranger

SUR LA MANIÈRE FRANÇAISE DE RENDRE
LA JUSTICE CONSTITUTIONNELLE
MOTIVATIONS ET RAISONS POLITIQUES
DANS LA JURISPRUDENCE DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL*

Je voudrais commencer en posant une question : la motivation des décisions du Conseil constitutionnel est-elle satisfaisante ? On peut à ce stade prendre appui sur une « première impression » : la motivation de la jurisprudence constitutionnelle française pose problème à de nombreux lecteurs. Certes, elle ne suscite pas, loin de là, que des critiques. Ainsi, l'un de ses meilleurs observateurs, D. Rousseau, relève-t-il que les premières décisions du Conseil constitutionnel étaient certes caractérisées par « (des) considérants peu nombreux, (des) motivations réduites, (des) affirmations d'autorité ». Mais la situation a évolué et « aujourd'hui, sans atteindre encore les dimensions des arrêts des cours constitutionnelles étrangères, les décisions comportent de très nombreux considérants, sont longuement et minutieusement motivées et ressemblent désormais (...) à de véritables leçons, selon les cas, de droit constitutionnel, de droit parlementaire, de droit pénal, de droit financier... »¹. Mais ce jugement n'est pas unanimement partagé. La critique peut être globale et renvoyer à « l'insuffisante motivation des décisions du Conseil et de ses évolutions/oscillations, qui, du côté de la doctrine, oblitère le temps de la critique au profit de celui du simple décryptage – à moins que ce ne soit le contraire, la critique étant d'autant plus facile que la rationalité jurisprudentielle reste cachée »². Elle peut au contraire se limiter à des décisions spécifiques, jugées moins bien motivées que d'autres. Ponctuellement, Il arrive que les commentateurs signalent par exemple « la motivation très elliptique » d'une décision³. Un commentateur de la décision LOPPSI de 2011 a pu pour

* Je dois de vifs remerciements à Olivier Beaud, Carlos Pimentel et Mikhaïl Xifaras pour leur lecture et leurs conseils.

1. D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, Paris, Montchrestien, 2006, 7^e éd., p. 155.

2. V. Goesel-Le Bihan, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel, technique de protection des libertés publiques ? », *ce numéro*.

3. B. Genevois, « à propos de la décision 98-408 DC : Le Conseil constitutionnel et le droit pénal

sa part constater le recours par le juge à des « critères obscurs » conduisant à « des résultats aléatoires dont la cohérence n'est pas toujours évidente »⁴. Un article récent s'est encore donné pour tâche de mettre en évidence « l'insuffisante argumentation des décisions du Conseil constitutionnel »⁵ dans le domaine du contrôle de la proportionnalité des lois réglementant les libertés fondamentales.

Le propos de cet article est de mettre à l'épreuve cette première impression, en vue de chercher à mieux comprendre la manière dont le Conseil constitutionnel rend ses décisions. Cela me conduira à mettre en évidence une pratique de la motivation « faible ». Cette pratique est bien connue, mais il est intéressant de reprendre les raisons qui peuvent la justifier ainsi que les critiques auxquelles elle peut être exposée (I). Dans un second temps, je voudrais tenter de montrer que cette pratique de la motivation faible doit être comprise principalement comme l'expression du rapport qu'entretient le juge constitutionnel français avec la politique, entendue comme l'échange de raisons au sujet du bien commun. Vue sous ce jour, la pratique de la motivation faible apparaît moins comme une sorte de défaut que le juge serait appelé à corriger (en motivant « plus » ses décisions) que comme un phénomène à interpréter pour comprendre le traitement par le juge constitutionnel de ce que j'aurai l'occasion d'appeler les « raisons politiques » (II).

I. Les motivations faibles du Conseil constitutionnel

A. La motivation des décisions du Conseil constitutionnel pose-t-elle problème ?

J'en viens maintenant au cas concret qui va m'occuper : celui des décisions du Conseil constitutionnel. On partira ici de la distinction couramment retenue entre motivation juridictionnelle et raisonnement juridictionnel : la motivation est le raisonnement explicite, rendu visible dans la décision. Le raisonnement lui-même est un exposé des raisons, ce qui peut se comprendre comme les justifications de la décision. Ce lexique renvoie à l'évidence à une question plus abstraite mais qui peut se réclamer d'une présence ancienne dans la réflexion juridique : le droit entretient-il un certain rapport avec l'idée de raison ou de rationalité ? Doit-on comprendre *les raisons* que le juge donne (en motivant) ou qu'on peut lui attribuer (les raisons qu'il *a* ou *aurait*, par opposition aux raisons

international». *RFDA*, 1999 p. 285.

4. D. Ginocchi, « Le contrôle de la LOPPSI par le Conseil constitutionnel », *AJDA*, 2011, p. 1097.

5. W. Sabète, « de l'insuffisante argumentation des décisions du Conseil constitutionnel », *AJDA*, 2011, p. 885.

qu'il *donne*) comme un lien entretenu avec *la raison* des philosophes, ou seulement comme un indice du caractère raisonnable de son activité ? La question de la motivation se présente donc comme une sorte de boîte de Pandore de la réflexion juridique : « simple » question procédurale, posant un problème de « bonne administration de la justice » et de respect des droits des justiciables, elle ouvre la voie à des questionnements sur la nature du droit, son rapport à la justice (y compris la justice constitutionnelle) ainsi qu'à des discussions sur le statut politique du juge. Le propos de cet article n'est pas d'aborder de front ces questions sous-jacentes. Il s'agit seulement ici, on l'a dit, d'essayer de tester cette « première impression » selon laquelle, aux yeux de certains, les décisions du Conseil constitutionnel posent un problème de motivation. Les critiques se concentrent souvent sur plusieurs caractères, qui peuvent apparaître au premier regard comme autant de « défauts » attribués à la technique rédactionnelle du juge. On peut en identifier trois.

1) Se pose tout d'abord un problème de suffisance de la motivation. À partir de quand peut-on considérer une certaine motivation comme étant *suffisante* ? Il n'existe bien sûr pas d'étalon. Il s'agit peut-être là d'un problème d'optimisation, du type de ceux repérés par Jon Elster dans le travail des assemblées constituantes. Vraisemblablement, il ne faut pas en la matière s'arrêter aux apparences : une motivation plus réduite peut être jugée préférable à une motivation plus longue. Savigny, par exemple, ne manquait pas de rappeler qu'en droit romain, la concision était tenue pour une vertu. On pourrait en dire autant du droit français moderne, et tout particulièrement du droit administratif d'origine jurisprudentielle. Il n'en reste pas moins que, même dans une culture juridique comme la nôtre, la motivation des décisions du Conseil constitutionnel est souvent jugée quantitativement insuffisante. Dans certains cas, on pourrait même aller jusqu'à dire que telle ou telle décision n'est tout simplement pas motivée. Que penser, par exemple, de ce qui tient lieu de motivation à la décision par laquelle le Conseil constitutionnel a « contrôlé » le règlement du Congrès en 2009 :

« Considérant que ces dispositions ont été prises conformément à l'article 18 de la Constitution et ne méconnaissent aucune autre règle de valeur constitutionnelle »⁶.

Le commentaire de cette décision aux « Cahiers du Conseil constitutionnel » signalait qu'elle avait « été rendue dans l'heure qui a suivi sa saisine »⁷. L'apparition de la Question Prioritaire de Constitutionnalité n'a pas éteint cette

6. Déc. n°2009-583 DC du 22 juin 2009, « Résolution modifiant le règlement du Congrès ».

7. Sur les « commentaires aux cahiers », et sur celui-ci en particulier, v. *infra*, pp. 25 et s.

controverse sur l'insuffisance des motivations. Ainsi, la décision relative à la loi dite « L.R.U. » a-t-elle été exposée au reproche d'être tout à la fois « inutilement bavarde », « paraphrasant trop souvent les textes en vigueur » et « peu motivée, voire étonnamment peu motivée »⁸.

2) La motivation des décisions du Conseil constitutionnel est ensuite critiquée pour sa « standardisation »⁹. Beaucoup de lecteurs relèvent que le juge semble travailler à partir d'une sorte de « banque de considérants » dans laquelle il puise pour rédiger ses décisions. Cette manière de procéder a certainement le mérite de la rapidité, et permet également de mettre en place une « jurisprudence ». Les commentateurs se donneront ensuite pour tâche de repérer l'apparition de telle motivation-type, puis d'en analyser finement les moindres modifications.

3) Enfin, on attire dans certains cas l'attention sur les contradictions détectables dans les décisions rendues. Certaines décisions ont été particulièrement exposées à cette dernière sorte de grief. Citons, parmi d'autres¹⁰, la décision « rétention de sûreté » de 2008¹¹. On se souvient que, dans cette décision, le Conseil constitutionnel avait considéré que la rétention de sûreté ne pouvait être assimilée à une peine. De ce fait, on ne pouvait lui opposer l'article 8 de la déclaration des droits de l'homme. Mais d'un autre côté, le juge avait également estimé que, comme une « peine », la rétention de sûreté ne pouvait être rétroactive. Cette contradiction apparente avait été relevée, notamment, par un ancien président du Conseil constitutionnel¹².

On se trouve ainsi en présence d'une « première impression » qui mérite l'attention. Un débat existe sur la qualité de la motivation des décisions du Conseil constitutionnel. Peut-on espérer, sinon trancher ce débat, du moins comprendre la raison de son existence ?

8. O. Beaud, *Les libertés universitaires à l'abandon ?*, Dalloz, 2011, p. 288.

9. G. Drago, *Contentieux constitutionnel français*, Paris, P.U.F., 2006 (2^e éd.), p. 110.

10. V. p. ex. la décision de 1999 sur la C.P.I. qui avait appelé le commentaire suivant : « Les développements relatifs à la prescription des infractions pénales frisent la contradiction ». B. Genevois, « Le Conseil constitutionnel et le droit pénal international. À propos de la décision n°98-408 DC du 22 janvier 1999 », *RFDA*, 1999 p. 285.

11. Déc. n°2008-562 DC du 21 février 2008 « Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental ».

12. « Le Conseil constitutionnel a admis la conformité à la Constitution de la rétention de sûreté. Mais, dans le même temps, tout en disant que ce n'est pas une peine, il la traite comme telle, en déclarant qu'elle ne peut être rétroactive » ; R. Badinter, « Nous sommes dans une période sombre pour notre justice » ; *Le Monde*, 23 Février 2008.

B. L'hyperformalisme du Conseil constitutionnel

Si on l'examine d'un peu plus près, on est conduit à caractériser la méthode du Conseil constitutionnel comme un exemple très accusé de « formalisme ». Je reprends ce terme de la discussion anglo-américaine sur la nature de l'activité juridictionnelle. Dans ce contexte, le formalisme se définit comme « la théorie selon laquelle toutes les questions de droit peuvent être résolues par voie de déduction »¹³. Le formalisme, qu'il soit le fait d'un juge ou d'un auteur de doctrine, consiste donc à considérer que la solution aux problèmes juridiques, et donc l'intervention de décisions, est trouvée par voie de déduction de conclusions particulières à partir de propositions abstraites ou générales. Une règle prévoit de tirer une conséquence donnée d'une situation de fait donnée (si *a* alors *b*). Le juge « applique la règle en établissant que les termes contenus dans la règle correspondent aux faits du cas » qui lui est soumis¹⁴. C'est ce que, de notre côté de la Manche et de l'Atlantique, on appelle le syllogisme judiciaire. Je parlerai ici d'hyperformalisme parce qu'il semblerait, dans le cas français, que la déduction est le processus non seulement dominant, mais exclusif. Le propre de la discussion juridique outre-atlantique a consisté dans le fait de questionner l'apparente automaticité de ce type de raisonnement. On a retenu les termes sévères d'Oliver W. Holmes : « les propositions générales ne décident pas les cas concrets. La décision dépendra d'un jugement ou d'une intuition plus subtile que (ce qui peut se trouver dans) une quelconque prémisse majeure que l'on peut articuler »¹⁵. Une raison d'adopter ce vocabulaire du « formalisme » et de ce que D. Kennedy appelle le « mode déductif » est que cela semble une manière féconde de questionner une pratique qui, pour le juriste français, a tous les caractères de l'évidence. Nous avons tendance à bien accepter la méthode de la motivation faible *en général*, parce qu'elle est conforme à notre culture. Une décision du Conseil constitutionnel ressemble à beaucoup d'autre que nous avons lues pendant nos études et dans notre travail de juristes. Mais, en prenant les décisions unes par unes, certains n'en ont pas moins l'impression, évoquée au début de cet article, selon laquelle cette pratique de la motivation faible pose problème.

Or il est frappant de remarquer que cette pratique institutionnelle de la motivation faible s'apparente à une forme très accusée de formalisme et de recours presque systématique au mode déductif. On le voit à plusieurs caractères :

13. D. Kennedy, *A Critique of Adjudication (fin de siècle)*, Harvard University Press, 1997, pp. 101-102.

14. *Ibid.*

15. Opinion dissidente dans l'arrêt *Lochner vs. New York*, 198 U.S. 45 (1905).

- *Le double principe du secret des délibérations et de l'unanimité des décisions.*

- *La forme syllogistique.* On peut ranger dans la même rubrique la manière dont le Conseil constitutionnel structure en général sa motivation. Cet « ordre de présentation des motifs » (A. Viala) prend en général la forme suivante :

- « le Conseil constitutionnel commence par restituer de manière presque intégrale les termes de la disposition déférée ;
- puis il établit (...) le résumé des griefs avancés par les requérants en s'abstenant généralement de faire état des observations en défense du gouvernement.
- Après avoir posé la prémisse mineure qu'est la disposition législative...
- ...il formule la prémisse majeure du raisonnement en énonçant la règle constitutionnelle qui s'impose, éventuellement interprétée par une formule stéréotypée (...).
- Enfin le juge peut déduire de la mise en œuvre de sa technique syllogistique sa conclusion :
 - o soit la disposition méconnaît la constitution,
 - o soit elle ne porte atteinte à aucun principe de valeur constitutionnelle,
 - o soit les moyens de la saisine manquent en fait ou sont inopérants
 - o soit enfin la disposition législative n'est contraire à aucune règle constitutionnelle sous réserve de telle observation »¹⁶.

Cette présentation-type était caractéristique des contrôles exercés sur le fondement des articles 61, al. 1 et 2 et de l'article 54 de la Constitution. Elle n'a pas été décisivement modifiée pour le contrôle exercé sur le fondement de l'article 61-1 (la « Q.P.C. »). Dans tous les cas, on pourrait ramener cette manière de faire à une idée simple, qui est en quelque sorte la formule non-écrite de la manière dont le Conseil constitutionnel traite la constitution. Même quand il ajoute des normes non-écrites au « bloc de constitutionnalité », le Conseil constitutionnel emploie une technique d'argumentation, celle du syllogisme, qui relève d'une compréhension de la constitution comme d'une sorte de loi, ce qui veut dire une variété de loi écrite. Cette manière de procéder est accentuée par notre vieille culture administrative, dont l'histoire remonte à l'ancien régime. En France, juger la loi, c'est encore administrer. On contrôle la constitutionnalité comme une forme de légalité, même s'il s'agit d'une légalité d'un rang hiérarchiquement supérieur. Et cette légalité est appréhendée sur le mode spécifique de la légalité

16. A. Viala, *Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, L.G.D.J., 1999, p. 22. J'ai délibérément découpé les phrases de l'auteur sous forme de « points ».

administrative. Cette technique, élaborée dans le cadre du contrôle juridictionnel de l'action administrative, a fait dans ce domaine la preuve de son efficacité. Mais on peut questionner sa pertinence dans un autre contexte, celui de la législation et de l'action d'institutions politiques telles que les assemblées parlementaires. Ces institutions sont structurées différemment, en termes de règles, de pratiques et de représentations, d'une autorité administrative. Dans un tel contexte, la constitution se révèle être autre chose qu'une règle ordinaire¹⁷. Sa nature spécifique, bien au delà d'une simple supériorité hiérarchique par rapport à d'autres « normes » est alors patente. Ainsi en est-il de la sphère des principes constitutionnels et des droits fondamentaux. Les utiliser comme des majeures d'un syllogisme judiciaire, c'est les traiter comme des vérités dont le contenu et même les implications sont évidents par eux-mêmes, si évidents qu'en confrontant cette majeure à la mineure (la disposition législative contrôlée) la déduction se découvre de soi-même *sans démonstration ou explication* : la loi comportait un élément défectueux, une incompatibilité avec la constitution. La doctrine normativiste contemporaine donne alors d'utiles justifications à cette manière de procéder : tout ce qui s'intercale entre la norme supérieure et la norme inférieure est inopérant (M. Troper), la seule démonstration à rapporter étant celle de la subordination de l'une à l'autre ; le travail de l'autorité en charge du contrôle de constitutionnalité se ramène alors à un « calcul des défauts » (O. Pfersmann). Le juge n'est plus exactement la bouche de la loi mais une sorte d'ordinateur.

Le raisonnement-type du Conseil constitutionnel comporte donc un élément d'automatisme apparente qui dispense le juge de s'expliquer sur deux aspects de son raisonnement.

(a) Il s'agit tout d'abord des conditions dans lesquelles les composantes de la ou des majeure(s) – les normes de référence du contrôle – sont identifiées dans chaque instance. Le procédé syllogistique accentue notamment le caractère « oraculaire » de l'identification des normes non-écrites :

« vu la constitution, et notamment son préambule (...) Considérant qu'au nombre des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République et solennellement réaffirmés par le préambule de la Constitution *il y a lieu de ranger* le principe de la liberté d'association ; que ce principe est à la base des dispositions générales de la loi du 1^{er} juillet 1901 (...)»¹⁸.

17. Et, pourrait-on ajouter, là où le parlement se présente comme autre chose qu'une institution ordinaire.

18. Déc. n°71-44 DC du 16 juillet 1971, « Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association » (mes ital.).

Aller plus loin dans l'analyse des conditions de production des principes constitutionnels tels que les P.F.R.L.R. dépasserait le propos de cet article. Mais on peut remarquer que ces conditions de production ne sont – dans le cas des P.F.R.L.R. – ni totalement arbitraires ni totalement rationalisées dans le cadre d'une politique jurisprudentielle constante. Dans le cas qui nous occupe, le Conseil constitutionnel a ensuite soumis, notamment dans la décision n°88-244 DC « Loi d'Amnistie », la consécration d'un P.F.R.L.R. au constat de l'existence d'une continuité dans la pratique législative des régimes républicains. En 1988, il a exercé ce contrôle plus qu'il n'a « théorisé » les conditions de son exercice. De ce point de vue, lire la décision « loi d'Amnistie » comme une leçon de doctrine constitutionnelle est un peu excessif. Et par la suite, le Conseil n'a pas utilisé ce critère de manière automatique. Par exemple, il a jugé que l'existence d'une succession de lois reconnaissant la nationalité française à tout individu né en France d'un étranger qui lui-même y est né, ne suffisait pas à consacrer un P.F.R.L.R. du fait que la seule loi conférant à ce principe un caractère absolu ne visait qu'à répondre « aux exigences de la conscription »¹⁹.

(b) En second lieu, ce sont les conséquences de la règle affirmée sur la disposition contrôlée qui sont traitées sur ce registre de l'évidence et de l'automatisme apparente. Non seulement la « déduction » s'opère, dans les procédures des articles 54 et 61 de la Constitution, *a priori*, mais encore faut-il remarquer que le procédé syllogistique masque les éventuelles incertitudes et complexités qui entourent la confrontation de la « majeure » et de la « mineure ». On peut prendre l'exemple de la décision n°86-218 DC²⁰. Le considérant n° 6 énonce des principes issus de textes constitutionnels :

- Aux termes de l'article 2, premier alinéa, de la Constitution, la République « assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion ».

- L'article 3 de la Constitution dispose, dans son premier alinéa, que « la souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum » et, dans son troisième alinéa, que le suffrage « est toujours universel, égal et secret » ;

- Selon le deuxième alinéa de l'article 24 de la Constitution « les députés à l'Assemblée nationale sont élus au suffrage direct » ;

19. Déc. n°93-321 DC, « Loi réformant le code de la nationalité ». On s'inspire ici de V. Champeil-Desplats, *Les Principes Fondamentaux reconnus par les lois de la République*, Economica, 2001, p. 102.

20. « Loi relative à la délimitation des circonscriptions pour l'élection des députés ».

- L'article 6 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 proclame que la loi « doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les citoyens étant égaux à ses yeux sont 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 ».

Le considérant n°7 en tire la conclusion suivante :

« Considérant qu'il résulte de ces dispositions que l'Assemblée nationale, désignée au suffrage universel direct, doit être élue sur des bases essentiellement démographiques ; que, si le législateur peut tenir compte d'impératifs d'intérêt général susceptibles d'atténuer la portée de cette règle fondamentale, il ne saurait le faire que dans une mesure limitée et en fonction d'impératifs précisés ».

La « règle fondamentale » énoncée dans le considérant n° 7 imposant la désignation des membres de l'Assemblée Nationale sur des « bases essentiellement démographiques » ne pose pas de problème de fond. Il était tout à fait justifiable de retranscrire sous cette forme les exigences constitutionnelles citées dans le précédent considérant. Mais c'est le passage des principes textuels à cette règle fondamentale censée en procéder directement qui n'est nulle part expliqué. Aucun des principes cités dans le considérant n°6 ne fait mention de « bases essentiellement démographiques » ou de la nécessaire conversion en termes démographique des valeurs démocratiques énoncées. Cela *va de soi*. Le formalisme se manifeste ici, de manière donc très accusée, par l'absence de toute explication « intermédiaire » entre les règles mises en avant et la conclusion qui en est tirée. Le recours par ce considérant à un vocabulaire « essentialiste » (« bases *essentiellement* démographique ») mériterait aussi un mot de commentaire, mais cela m'éloignerait trop de mon propos.

Ce phénomène est renforcé lorsque le Conseil ne prend pas soin de donner les raisons qui appuient sa déduction, se contentant d'une référence concise²¹.

21. Ainsi dans la décision 91-290DC (« Statut de la Corse »), fallut-il se contenter de l'observation selon laquelle « la situation des listes électorales des communes de Corse, telle qu'elle ressort des informations fournies lors des débats parlementaires, présente des particularités qui autorisent le législateur, dans le cadre de la réorganisation administrative de la Corse, à arrêter des modalités spécifiques de refonte des listes électorales, sans méconnaître le principe d'égalité devant la loi »... sans espérer savoir quelle étaient ces « particularités » justifiant des modalités spécifiques de refonte des listes électorales corses, ni quelles étaient les « informations fournies lors des débats parlementaires ».

Dans le sein de la déduction, sont mobilisés des extraits de dispositions issues de la loi soumise au juge, ou le cas échéant (dans le cadre du contrôle de l'article 54 de la Constitution) du traité contrôlé²². S'agissant par exemple du traité de Maastricht, Dominique Rousseau, tout en approuvant le fond du raisonnement juridique conduit, avait parlé au sujet de cette technique de « déception pédagogique » et de « dispense d'explication » : « le Conseil ne dit pas en quoi les modalités prévues par le traité ont cet effet – à savoir : porter atteinte aux “conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale”. Il se contente, dans de longs considérants, d'exposer, en citant directement les articles du traité, les trois phases du processus de réalisation de la monnaie unique, comme si le simple énoncé de ces modalités suffisait à lui seul à prouver évidemment leur “caractère attentatoire” auxdites “conditions essentielles” »²³.

À première vue, ces éléments repris de la norme soumise au contrôle semblent en effet se suffire à eux-mêmes. La raison pour laquelle ils ont une implication en termes de conformité ou de non-conformité de la règle contrôlée par rapport à la constitution est rarement énoncée. Le régime d'intelligibilité (supposée) est celui de l'évidence déductive.

C. Arguments en défense

Il n'est pas inutile de chercher quelles peuvent être les justifications de cette manière française de rendre la justice constitutionnelle. La technique de la motivation faible est loin d'être dépourvue de justifications, et il est important d'essayer de les prendre en compte. On peut brièvement recenser ici certaines de ces justifications, sans prétention à l'exhaustivité.

1) Le Conseil constitutionnel « a » indiscutablement des raisons mais il ne les « donne » pas dans leur intégralité. On peut ici jouer sur la distinction déjà évoquée entre « avoir des raisons » et « donner des raisons ». (a) Un postulat, qui n'est pas toujours explicite, de la discipline du contentieux constitutionnel, est que l'activité de notre juge constitutionnel est rationnelle, et que la doctrine universitaire peut reconstruire cette rationalité et la rendre explicite. En d'autres termes : les techniques de contrôle du Conseil constitutionnel sont tenues en général par la discipline du « contentieux constitutionnel » pour être a priori rationnelles et/ou raisonnables, à défaut pour le juge de toujours rendre explicites les justifications de ses décisions. Dans le cas français, l'écart serait même

22. V. les remarques de J. Combacau, « pas une puissance, une liberté », *Pouvoirs*, n°67, 1993, p. 56.

23. D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, pp. 349-350.

maximal : le juge – et pas seulement le juge constitutionnel – donne très peu de raisons, mais la méthode de jugement qu’il emploie serait un sommet de rationalisme, si l’on admet que la technique déductive (encore appelée « formaliste ») est une variété de rationalisme. (b) La rationalité de l’argumentation du Conseil constitutionnel peut aussi se déduire des méthodes de contrôle qu’il emploie. Le Conseil constitutionnel impose au législateur de se comporter rationnellement. Le juge lui-même semble obéir à cette forme de rationalité qui consiste à traiter différemment des situations différentes. Ainsi applique-t-il semble-t-il des contrôles d’intensité variable. Je reviendrai sur ce point quand j’aborderai la question du contrôle de la proportionnalité. (c) On observe enfin une rationalité qui est de nature intertemporelle. Il est fréquemment mis en évidence par les commentateurs que le Conseil constitutionnel est attaché au respect de ses propres précédents et à la cohérence de sa jurisprudence. La rationalité réside dans la cohérence qui est maintenue à travers le temps. Ainsi, dans son ouvrage consacré au Conseil constitutionnel, Mme D. Schnapper a-t-elle beaucoup insisté sur la préoccupation qui se manifeste au sein de l’institution de construire un système cohérent de précédents et de s’y tenir. Ce « poids » ou cette « force » du précédent ne sont pas présentés par l’auteur comme absolus, mais la culture du précédent joue tout de même un rôle important. L’ouvrage montre ainsi comment les nouveaux arrivants, en particuliers issus du personnel politique, se heurtent aux précédents, les rejettent, puis finissent le plus souvent par les accepter²⁴.

2) L’argument de la ruse de l’histoire. Il s’appuie sur les effets jugés bénéfiques de l’action du Conseil constitutionnel, malgré les éventuels défauts qu’on pourrait reconnaître à son statut ou à ses méthodes. On peut le résumer par un propos tenu oralement par un grand connaisseur de la jurisprudence du Conseil constitutionnel qui était intervenu lors de notre colloque de Strasbourg : « heureusement qu’il est là » (Guy Carcassonne). En résumé : les résultats du travail du Conseil Constitutionnel sont bons, si bons qu’il est inutile, voire peut-être de mauvais goût, de s’interroger sur la manière dont il procède. Il a fait obstacle à l’adoption de nombre de lois liberticides ou mal rédigées. Il a donc très utilement contribué à un meilleur fonctionnement de l’État et à un plus grand respect de valeurs que tous partagent. Peu importe comment ses membres sont nommés, comment ils travaillent, comment sont rendues les décisions. Une manière de dire cela sur le registre de la ruse de l’histoire se trouve dans les propos tenus par G. Vedel dans sa préface à l’ouvrage de D. Rousseau. Constatant toutes les raisons de trouver insatisfaisant le statut de l’institution, G. Vedel concluait : « sa part d’irrationalité, sa rusticité, son empirisme, ont été quelques unes des causes, et non des moindres, de sa réussite ». On peut ainsi écrire une histoire toute positive des

24. D. Schnapper, *Une sociologue au Conseil constitutionnel*, Paris, Gallimard, 2010, pp. 289 et s.

progrès, lents mais certains de l'institution : la décision de 1971, la réforme de 1974, la QPC... Il est intéressant de remarquer que ce récit insiste plus sur les effets des décisions et sur les conditions de saisine que sur d'autres aspects du statut (conditions de nomination des membres) ou de la pratique institutionnelle (faiblesse des motivations).

Cet argument a lui aussi sa force, à n'en pas douter. Ici, la rationalité est appréciée en termes de résultat. Mais on doit relever d'abord que ce résultat est difficile à mesurer. Ensuite, l'argument selon lequel la fin socialement bénéfique justifie les moyens juridiques employés peut poser problème. Il n'est pas totalement en phase avec notre culture juridique de considérer que les bons résultats suffisent, et qu'ils rendent acceptable n'importe quelle sorte de moyen pour les réaliser. Le droit est de très longue date penché sur les formes. Le juriste est conscient de la valeur intrinsèque du formalisme. La bonne qualité d'ensemble du résultat, serait-elle tenue pour acquise, ne peut pas tout justifier.

3) Les arguments tirés des limites de l'office du juge. Citons en trois. (a) *Le juge ne doit pas faire de politique*. En ne cédant pas à la tentation de motiver abondamment ses décisions, il évite de se mêler à la discussion partisane sur le fond des mesures. (b) *Ensuite, le Conseil constitutionnel, malgré son nom, n'est pas un conseiller*. On connaît la jurisprudence par laquelle il a refusé « d'émettre un avis » en dehors des « cas et suivant les modalités » fixés par la constitution²⁵. Le paradoxe consiste ici dans le fait de tout ramener à l'autorité des décisions et en même temps de réclamer les bénéfices du dialogue, c'est-à-dire de l'échange de raisons. D'où un certain flottement dans l'appréciation du périmètre exact sur lequel s'exerce l'autorité de chose jugée des décisions du Conseil constitutionnel. Quand on sort de la zone où on peut réclamer une indiscutable autorité de chose jugée, on aura recours à la rhétorique du dialogue ou du « conseil »²⁶. (c) Enfin, *le juge n'est pas un commentateur universitaire, voire un « juge-philosophe »*. Cet argument est bien sûr fort, mais il est fragilisé par beaucoup de faits tirés de la pratique de l'institution. Le premier est une méthode sur laquelle on reviendra : celle de la diffusion par le Conseil constitutionnel de commentaires de ses propres décisions. Le second est que le rôle de « conseil » au sens large est en réalité très important dans la fonction communément attribuée au Conseil constitutionnel : ne dit-on pas bien souvent qu'il « guide » le travail du législateur et de l'administration ? De la même manière, il n'est peut-être pas un juge-philosophe mais

25. Déc. « Demande d'avis » du 14 septembre 1961. *Recueil* p. 55.

26. V. p. ex. D. Rousseau : le Conseil constitutionnel donne « indirectement des conseils (au législateur) pour une élaboration des lois respectueuse de la constitution », *Droit du contentieux constitutionnel*, p. 155.

l'opinion le voit volontiers comme une assemblée de « sages ». Peut-être est-il étonnant de voir des sages donner aussi peu de raisons. C'est peut-être là que réside la différence entre sagesse et philosophie. Mais, dans les représentations dominantes, la sagesse semble plutôt provenir de la procédure, du décorum, du rang élevé occupé parmi les institutions de l'État, de la déconnexion vis-à-vis de la politique partisane, etc.

D. Le contexte institutionnel et historique

À ces arguments en défense, je voudrais ajouter une explication qui me permettra de renforcer le lien qui me semble exister entre la motivation et les raisons. J'entends par là que la motivation peut nous éclairer sur les raisons parce qu'elle dit, même quand elle en dit très peu, sans qu'il faille pour autant la discréditer d'emblée, à la manière de certains réalistes américains, comme une simple rationalisation qui n'apprend rien sur le raisonnement effectif du juge. À vrai dire, le raisonnement effectif du juge me semble être une boîte noire à l'intérieur de laquelle il est extraordinairement difficile de pénétrer.

Il est difficile de comprendre la manière française de rendre la justice constitutionnelle sans garder à l'esprit le contexte dans lequel elle est née et celui dans lequel elle se déroule. À l'évidence, le contexte institutionnel a aussi joué un rôle important, sous la forme d'une part de la tradition administrative française, d'autre part du statut constitutionnel conféré au Conseil constitutionnel en 1958. Il est tout d'abord évident, et bien connu, que la manière qu'a le Conseil constitutionnel de motiver de manière brève ses décisions doit beaucoup à l'influence du contentieux administratif français. D'autre part, le type de contrôle confié au Conseil constitutionnel par la constitution joue aussi certainement un rôle. On doit en particulier relever le fait que les articles 54 et 61 de la constitution prévoyaient exclusivement (avant la réforme de 2008) un contrôle tout à la fois abstrait et *a priori*. Il est assez facile de voir que ce type de contrôle ne favorisait pas une motivation abondante. En particulier, le juge n'avait pas à faire entrer dans ses considérations des données de fait, constitutives d'un « litige » et qui auraient donné un cadre, une préfiguration, aux problèmes de droit. On pourrait ajouter à cela la brièveté du délai alloué au juge pour exercer son contrôle, ainsi que les principes du secret des délibérations et de l'unanimité des décisions.

Ce contexte institutionnel est bien connu, et il n'est pas utile d'y insister à nouveau ici. Je préfère plutôt suggérer une autre explication tenant pour sa part au contexte historique, et qui peut jouer un rôle complémentaire. Chacun sait que la création du Conseil constitutionnel en 1958 rompait avec une tradition constitutionnelle dominée par la souveraineté du parlement et de la loi. De ce

fait, le Conseil n'avait pas les moyens de s'appuyer sur une tradition nationale de justice constitutionnelle. Contrairement aux parlements d'Ancien Régime, il ne lui était guère possible de se penser comme un « dépôt des lois ». Mais cela ne signifiait pas qu'une telle manière de concevoir son rôle n'était pas envisageable, du moment que cette tradition était réinventée. C'est ce qui a été fait progressivement en interprétant les grands textes du passé (déclaration de 1789, préambule de 1946) comme des ressources pour le contrôle de constitutionnalité. Mais au commencement, cette absence de tradition semble une des explications les plus importantes de la pratique de la motivation faible. La motivation, c'est-à-dire l'argumentation explicite, c'est en effet l'ancrage d'une décision dans ce qui lui préexiste. Il ne s'agit pas ici pour moi de tenter de réinscrire un système dominé par la logique du droit écrit dans une perspective plus proche du mode de penser coutumier, typique des droits à forte composante non-écrite comme les systèmes de *common law*. Il s'agit plutôt d'examiner plus précisément comment se bâtit une décision juridictionnelle. J'allais dire : comment elle se *produit*, au double sens de ce terme (fabriquer ; et montrer, rendre manifeste). C'est à ce stade qu'on peut poser une autre question que la question normativiste (quelle est la norme habilitante ?) La théorie normativiste contemporaine insiste à juste titre sur le fait que les concepts et les théories juridiques n'ont qu'une valeur relative, conditionnée par la question à laquelle elles tentent de répondre, et par la fécondité éventuelle des réponses. Nous avons peut-être ici une occasion de lui donner raison en interrogeant le matériau que constituent les décisions juridictionnelles à partir d'une autre question que la sienne. La question qu'on doit se poser est celle des ressources possibles de la motivation, et donc, en arrière-plan, la question des raisons possibles (du lien imaginable avec une justification rationnelle quelconque). À vrai dire, je ne trouve pas plausible l'idée selon laquelle la décision exprimée serait pure rationalisation, pur déguisement d'un raisonnement secret et qui n'apparaîtrait pas dans le raisonnement définitif. Le matériau charrié par les décisions juridictionnelles, y compris les plus sèchement motivées, est d'ores et déjà extrêmement riche. En se demandant comment la décision est produite, il semble possible d'espérer reconstituer le lien entre ce qui est dit et ce qui a été fait. Il est frappant de remarquer que ce lien passe par une appréhension des raisons en droit. La décision donne des raisons. On peut les écarter de l'analyse juridique en raisonnant sur le mode normativiste. Mais elles sont bien là néanmoins et il est licite d'essayer de les prendre en compte à partir d'une autre interrogation.

Le juge peut énoncer des raisons de droit ou des raisons de fait. Mais en réalité, le droit, quand il est questionné pour y rechercher des raisons, « ressemble » beaucoup à du fait. On se situe ici lors de l'entrée des matériaux bruts du raisonnement juridique dans l'atelier où se fabriquent les raisons. À ce stade, la différence entre les composantes de droit et les composantes de fait du futur raisonnement juridique est largement gommée. Quand le juriste est confronté à la nécessité de

proposer ou de rendre une décision, il ne fait pas face à un ensemble construit, cohérent, ordonné, de règles juridiques. À ce stade, le droit ne se présente bien sûr pas à lui comme un système. Cet ensemble, ce système, il le bâtit lui-même à chaque occasion. Le droit positif cohérent et hiérarchisé de nos manuels est une reconstruction *a posteriori*, nullement une réalité qui préexiste à la décision juridique. Le juriste va « puiser » dans un chaos de matériaux préexistants : les textes, les décisions passées, l'histoire... Un énoncé pouvant prétendre à être employé comme règle de droit est extrait du matériau disponible : on sait qu'il est là, quelque part, et qu'il peut présenter une utilité pour le raisonnement en cours²⁷. Rien n'exclut qu'il faille inventer, créer *ex nihilo* ce matériau, ces raisons. Mais dans ce cas, il faudra le configurer pour le présenter comme quelque chose qui préexistait à la décision. Ainsi, lorsque le juriste travaille – que selon le joli mot de notre tradition judiciaire et administrative il « instruit » un dossier – le droit se présente à lui comme une sorte de fait. On ne tourne pas très différemment les pages du recueil Lebon, du bulletin des arrêts de la Cour de cassation ou celles d'une chronique historique ou d'un ouvrage de sociologie contemporaine. On les tourne pour y trouver quelque chose que l'on cherche. Et inversement les faits, disons par exemple des données historiques ou sociologiques pertinentes, ont un certain empire, une certaine force normative, sur le travail effectué. La motivation puise dans cet ensemble de raisons et les articule. Ainsi appréhendée, la motivation, c'est l'ancrage dans ce qui pré-existe : tout est présenté en termes de « justifications », mais il s'agit nécessairement de choses qui sont déjà là avant la décision. « Raisons » pour la décision et « autorités » pour la décision se rejoignent alors. Du point de vue de la manière dont se déroule la production de la décision juridictionnelle, il n'y a pas de sources du droit. Il n'y a que des ressources du raisonnement juridique.

À la naissance du Conseil constitutionnel, le système des « sources » était à bâtir. Il n'existait pas encore. On peut inventer une histoire constitutionnelle-fiction dans laquelle l'institution aurait développé une pratique institutionnelle de motivation forte, visant à remplacer cette tradition défaillante par une abondance de justifications diverses. Mais, du fait de la puissante influence de la pratique du contentieux administratif sur notre justice constitutionnelle, il était peu vraisemblable que cette direction fût empruntée. Le plus plausible était que le Conseil constitutionnel eût recours à une pratique de motivation faible. Pour aller plus loin dans la compréhension de cette pratique, il faudrait rentrer dans l'examen, encore plus spéculatif, des raisons que le Conseil constitutionnel *ne pouvait pas donner* pour ses décisions, en particulier les premières.

27. En particulier, elle doit passer un certain nombre de tests pour être pertinente : par exemple, elle doit être en vigueur ; elle doit être opérante sur la solution du cas en discussion.

Les « histoires intérieures » de l'institution commencent à en livrer certaines illustrations, notamment dans les premières années de son existence. Ces raisons tiennent probablement au rôle complexe de la « raison d'État » dans l'histoire politique de la France. Elles peuvent tenir aussi au souci de l'institution de ne pas perturber le fonctionnement des pouvoirs publics et de faire croître sans heurts sa propre légitimité. Mais ces données issues de « l'histoire intérieure » de l'institution, pour intéressantes qu'elles soient, ne peuvent pas nous retenir ici très longtemps. Cette sorte d'histoire ne peut être écrite que beaucoup plus tard, peut-être cinquante ou cent ans après les faits. Avant, beaucoup de choses relèvent de la spéculation ou du journalisme.

II. La justice constitutionnelle et le traitement des raisons politiques

Résumons ce qui vient d'être dit. La manière française de rendre la justice constitutionnelle est dominée par une pratique de la motivation faible, elle-même liée à une technique juridictionnelle hyperformaliste. Cette pratique est souvent défendue aux moyens de divers arguments. Qui plus est, elle se comprend au regard du contexte très particulier qui a été celui de l'implantation de la justice constitutionnelle en France. On pourrait opposer à cette pratique de la motivation faible un certain nombre d'objections. Elle va au rebours de ce qu'un observateur averti a nommé le « modèle universel de procès équitable »²⁸ et qui tend au renforcement constant de l'obligation de motiver les décisions de justice²⁹.

28. Selon la formule de S. Guinchard, *in Droit Processuel*, Dalloz, coll. Précis, 2011. V, pp. 1012 et s.

29. L'impératif de motivation fait partie de la culture juridique occidentale de longue durée. On le retrouve aussi dans le droit positif, et cela de manière croissante. L'ordonnance organique du 7 novembre 1958 prévoit que les décisions du Conseil constitutionnel doivent être motivées, qu'il s'agisse des décisions DC, QPC, L, FNR, ou des décisions en matière de contentieux des élections des députés ou des sénateurs. Les avis relatifs à la réunion des conditions de mise en œuvre de l'article 16 sont soumis à la même obligation. S'agissant des autres juridictions, l'obligation de motivation s'impose du fait de diverses dispositions du droit positif français. Le droit de l'union européenne contient, du fait de l'art. 190 du Traité CEE (désormais art. 253) un devoir général de motiver les décisions en droit de l'Union Européenne. La Jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme a également développé l'obligation de motivation pour les juridictions nationales. La Cour a imposé un principe de motivation des jugements : « les décisions judiciaires doivent indiquer de manière suffisante les motifs sur lesquels elles se fondent ». Cette exigence « procède de l'article 6 § 1 » CEDH et est « lié à la bonne administration de la justice ». Sa portée varie selon la nature de la décision et ne peut être déterminée que dans les circonstances de l'espèce. Mais on a pu remarquer que la Cour évoluait dans le sens d'un renforcement de cette exigence. Enfin, on sait que le Conseil constitutionnel lui-même a imposé des obligations de motivation dans un certain nombre de cas. Il ne semble pas que le Conseil constitutionnel ait imposé une telle motivation avant 2011.

Elle n'est guère en phase avec l'appétit de notre temps pour l'expression la plus transparente et la plus abondante possible des raisons des décisions prises, dans quelque domaine que ce soit. Mais le propos de cet article n'est pas de plaider pour un changement des méthodes ayant cours chez notre juge constitutionnel. Plutôt, il s'agit de chercher à expliquer cette manière française de rendre la justice constitutionnelle en la rattachant à une forme bien particulière de rapport à la politique. Le mot « politique » ne doit pas ici être mal compris. Nous l'appréhendons en général comme signifiant la politique des partis, dite aussi « politicienne ». De ce point de vue, nous sommes très habitués à considérer que le droit est une chose différente de la politique. Ainsi, on conviendra que le juge s'occupe de dire le droit, et ne se mêle pas – ou ne doit pas se mêler – de politique partisane. Mais le phénomène politique dépasse ce cadre étroit des prises de position partisans. La constitution est au premier chef une réalité politique. Elle impose un cadre à l'action politique à partir d'une certaine vision de la société qui s'est imposée dans le moment constituant ou bien dans le cours d'une certaine histoire nationale. Elle énonce des principes que tout le monde est censé accepter et qui limitent la marge de manœuvre des autorités étatiques. En ce sens beaucoup plus large du terme, la justice constitutionnelle, loin de se borner à se « saisir du politique », est intrinsèquement de nature politique. Qu'il en soit ainsi est visible au seul fait qu'il est devenu courant de faire état des « politiques publiques » (*policies*) dont l'origine se trouve dans une décision d'une cour constitutionnelle³⁰. Il semblerait pour le moins singulier que les cours constitutionnelles puissent produire des décisions politiques alors qu'aucune forme d'activité politique ne se déroulerait dans leur enceinte. Il vaut donc mieux mettre de côté le mythe de la « politique saisie par le droit » et examiner la manière dont la justice constitutionnelle est une justice prenant en compte des raisons politiques.

Les décisions concernées (n°77-101 DC en matière d'expropriation et n°98-408 DC relative à la Cour Pénale Internationale) sont toutefois...assez faiblement motivées, comme l'ont relevé les commentateurs. La décision n°2011-113/115 QPC du 01 avril 2011 a eu de ce point de vue une double portée. Elle a qualifié « l'obligation de motiver les jugements et arrêts de condamnation » (en matière pénale) de « garantie légale de l'exigence constitutionnelle » qui ressort des articles 7, 8 et 9 de la déclaration de 1789, et selon laquelle « il appartient au législateur, dans l'exercice de sa compétence, de fixer des règles de droit pénal et de procédure pénale de nature à exclure l'arbitraire dans la recherche des auteurs d'infractions, le jugement des personnes poursuivies ainsi que dans le prononcé et l'exécution des peines ». Mais le juge constitutionnel a immédiatement relevé que la Constitution ne conférerait pas à cette obligation « un caractère général et absolu » et il a exposé les conditions auxquelles le législateur pouvait s'y soustraire : « l'absence de motivation en la forme ne peut trouver de justification qu'à la condition que soient instituées par la loi des garanties propres à exclure l'arbitraire ».

30. V. Stone Sweet, *Governing with judges*, chap. 3 (« legislating »).

Je me propose de le faire en essayant tout d'abord de rendre plus plausible la constatation selon laquelle les juges prennent effectivement en compte des raisons politiques dans leur travail et dans leurs décisions (A). S'il n'est pas vraisemblable que le juge se tienne à l'écart des raisons politiques, que nous apprend sa technique de motivation sur la manière dont il les prend en compte ? Il me semble que se poser une telle question permet d'interroger de manière utile la pratique de notre juge constitutionnel. Cela me conduira à interpréter cette pratique sous trois angles différents. Les deux premiers sont internes. D'abord, j'essaierai de montrer que les décisions du Conseil constitutionnel contiennent des raisons politiques sous la forme de « *policy arguments* » (B) ; ensuite j'essaierai de comprendre à cette lumière pourquoi le Conseil constitutionnel, confronté à la nature fondamentalement conflictuelle des raisons politiques, rend parfois des décisions aux motivations contradictoires (C). Le troisième angle de vue que je me propose d'adopter est externe aux décisions proprement dites. Je m'efforcerai de montrer pourquoi cette pratique de la motivation faible coïncide avec une tendance de l'institution à vouloir contrôler l'interprétation publique de ses propres décisions (D).

A. Le juge prend en compte les raisons politiques : la faillite du cloisonnement fonctionnel.

Le message que fait passer, de manière implicite mais forte, la pratique française de la motivation faible en matière de justice constitutionnelle, c'est que le juge se tient à l'écart de la politique. L'hyperformalisme des décisions du Conseil constitutionnel peut donc s'interpréter comme étant l'expression d'une attitude de principe vis-à-vis de la décision politique et du lieu où elle doit s'effectuer dans l'État. La question n'est pas ici d'accuser le juge de parti pris partisan ou idéologique. Il s'agit plutôt de montrer qu'il n'est pas plausible, dans l'étude juridique de l'État, de cloisonner fonctionnellement la prise en compte des raisons politiques et la prise en compte des raisons juridiques.

Si la théorie générale de l'État de nos maîtres de la III^e République a fini par être jugée insatisfaisante, c'est en particulier du fait qu'elle ne parvenait guère à distinguer clairement la fonction du juge de celle du législateur et de l'administrateur. En fin de compte, il était (et il est toujours) tentant de relever que chacune de ces deux autorités « fait » à peu près la même chose. Cette observation s'applique opportunément à la question du contrôle de constitutionnalité. Le législateur, on le sait depuis Kelsen et Carré de Malberg, est le premier inspecteur de la constitutionnalité de ses propres lois. Quant au juge, il est devenu évident que sa tâche ne se distingue pas pleinement de celle des organes délibérants parlementaires. Il est très courant dans d'autres traditions juridiques de penser le juge comme

un législateur, même s'il ne s'agit, selon une formule du juge américain Oliver Wendell Holmes, que d'un « législateur interstitiel ». Cette idée du juge constitutionnel « co-législateur » – répandue grâce aux écrits de Michel Troper – a connu une grande fortune, et ne perturbe plus que les âmes sensibles. Elle m'intéresse ici, car la législation est à l'évidence une activité qui inclut la prise en compte des raisons politiques, ce que notre tradition de droit public appelle couramment les critères d'opportunité par opposition aux critères de légalité, y compris de légalité constitutionnelle. Puisque ces deux composantes (raisons juridiques et raisons politiques) sont présentes dans l'activité du législateur et dans celle du juge constitutionnel – et qu'il est en réalité presque impossible de les distinguer totalement – on peut être tenté d'essayer d'en tirer toutes les conséquences et de rapprocher les deux opérations (faire la loi dans une enceinte parlementaire, ou la contrôler juridictionnellement) sous l'empire d'une même théorie de l'action. Ainsi, par bien des aspects, le contrôle de constitutionnalité s'apparente-t-il à une ré-édition (on cherche ici un équivalent en français du terme anglais « *re-enactment* ») du processus législatif lui-même³¹.

En vue de mettre en œuvre la compétence qui est la sienne (contrôler la conformité des lois à la constitution), le juge emploie une méthode qui doit, par certains aspects, répliquer celle de l'auteur de l'acte contrôlé. Il ne le fait pas selon la même procédure. Il n'emploie pas le même langage. Il n'est pas soumis aux mêmes « contraintes ». Mais on pourrait dégager une séquence d'opérations élémentaires qui est commune au législateur et au juge constitutionnelle comme à tout « preneur de décision » : être saisi ; délibérer, c'est-à-dire prendre en compte des raisons (faits, projets politiques, « normes », contraintes de différents types) ; décider, par exemple en hiérarchisant ces raisons et en faisant prévaloir certaines d'entre elles. Dans le travail du juge constitutionnel, les « raisons » sont à peu près les mêmes que celles devant être prises en compte par le législateur. La plupart des justifications du contrôle de constitutionnalité reposent sur le constat que le législateur ne fait pas adéquatement de manière interne ce travail de prise en compte des raisons, en ce qui concerne une catégorie spécifique de raisons : la nécessité de respecter les normes constitutionnelles. Il n'est pas à même de se soumettre adéquatement à la contrainte consistant à respecter les normes supérieures. Le juge, pour sa part, est mieux à même d'accomplir cette tâche. La constitutionnalité peut alors être présentée comme une forme de légalité supérieure. Le « principe de constitutionnalité » est au juge constitutionnel ce que le « principe de légalité »

31. Peut-être d'ailleurs, dans une perspective dynamique, n'est-ce pas toujours d'une ré-édition qu'il faudrait parler, mais d'une participation à une navette permanente, à un cycle décisionnel. On connaît en effet la manière dont le législateur ajuste son action en fonction des décisions antérieures de la juridiction constitutionnelle.

est au juge administratif. Mais il n'en reste pas moins que tout ce que l'on sait de nos juges constitutionnels conspire à nous faire penser qu'ils prennent en compte des raisons politiques.

L'analyse en termes de fonctions de l'État – qui a survécu à la « Théorie Générale de l'État » – omet donc de prendre en compte l'isomorphisme entre les opérations conduites par l'organe dit « législatif » et l'organe dit « juridictionnel ». Cela est spécialement vrai quand l'organe juridictionnel en question est celui qui est chargé du contrôle de constitutionnalité. Ce point me semble avoir été relevé par D. Rousseau : « toute loi comporte deux éléments. La définition d'un objectif, la détermination des moyens pour l'atteindre. Où porte le contrôle du Conseil ? À la fois sur la fin (...) et sur les moyens ». Le contrôle de la finalité d'une disposition législative est une partie intégrante de l'activité du Conseil constitutionnel et on voit mal comment ce contrôle pourrait se faire sans une appréhension des raisons politiques du législateur³². D'autre part, lorsqu'il opère cette fois son contrôle sur le choix des moyens effectué par le législateur « le Conseil *met en mouvement une opération intellectuelle qui est, dans sa nature, identique à celle conduite auparavant par le Parlement*, mais différente dans sa conclusion : il ne décide pas »³³. La ré-édition juridictionnelle de la délibération législative n'est pas la simple réplique à l'identique de celle-ci. Le contexte institutionnel dans lequel une cour constitutionnelle est amenée à se prononcer (les « contraintes ») est évidemment très particulier. Le législateur n'est pas soumis par le droit positif à une obligation de motivation : en ce sens, sa situation juridique n'est pas celle d'un administrateur ou d'une juridiction inférieure³⁴. Mais dans le contrôle de constitutionnalité, il n'en faudra pas moins « produire » (au double sens du terme) toutes les raisons pertinentes. Dans le contrôle de constitutionnalité, les raisons de la loi sont (re) mises en jeu.

32. Pour un exemple d'un tel contrôle, v. p. ex. la Déc. 90-280 DC du 6 Décembre 1990 : « les choix ainsi effectués par le législateur s'inscrivent dans le cadre d'une réforme dont la finalité n'est contraire à aucun principe non plus qu'à aucune règle de valeur constitutionnelle » (cons. n°10).

33. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, pp. 152-153. On trouve une analyse symétrique, par exemple, chez Alec Stone Sweet, du côté du « législateur » : « *Whenever legislators engage in constitutional decision making, they behave as constitutional judges* ». *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*, Oxford University Press, 2000, p. 102.

34. On pourrait toutefois rapprocher d'une telle obligation certaines nouvelles exigences qui ont été imposées au processus législatif. Outre l'O.V.C. de clarté et d'intelligibilité, je pense en particulier à l'obligation pour les projets de lois d'être précédés d'un exposé des motifs et accompagnés d'une étude d'impact. Ces exigences imposent au législateur, sinon de motiver, du moins de s'entourer de certaines raisons avant de décider (v. les art. 7 et 8 de la loi organique n°2009-403 du 15 avril 2009 relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution).

Or, parmi ces raisons, il est inévitable qu'il y ait des raisons politiques. On rencontre là, par delà la question de la théorie des fonctions de l'État, les limites d'une certaine appréhension de la séparation des pouvoirs dans laquelle la distinction entre législation et adjudication recouvrirait un cloisonnement entre politique (affaire du législateur) et droit (affaire du juge). Or cette opposition, si elle peut jouer un rôle justificatif ou régulateur, n'est pas opérante d'un point de vue descriptif. Il est à vrai dire à peu près impossible de distinguer la légalité constitutionnelle dont le juge serait le garant des arguments politiques desquels il se tiendrait respectueusement éloigné. Ce sont à l'évidence des principes politiques que le Conseil constitutionnel met en œuvre, et il est impossible qu'il en aille autrement. Pour ne prendre qu'un exemple évident, le principe d'égalité – qui est l'un des plus usités devant notre juge constitutionnel – ne peut pas être autre chose qu'un principe politique. Il est le reflet d'une conception politique de la société : celle de la démocratie. Qui plus est, il est compris en France d'une certaine manière, et le juge constitutionnel contribue éminemment à configurer cette conception française de l'égalité et à la faire respecter. Il en va de même de principes tels que la souveraineté nationale. On peut voir à ces exemples que la légalité constitutionnelle n'est pas autre chose que de la politique reconfigurée. Elle est située à un certain niveau où elle vise, non plus à être le forum où se confrontent des points de vue divergents sur le bien commun, mais au contraire à être le lieu où s'exprime l'unité sociale. Elle est alors dite sous des formes différentes. Mais elle reste de la politique et le juge qui prend en compte les valeurs, les principes ou les règles à travers lesquelles cette « politique constitutionnelle » est exprimée, se doit de prendre en compte des raisons politiques. Il se peut qu'il y ait parfois des arguments de pure légalité qui ne doivent rien à une vision politique du monde. Mais en droit constitutionnel, de par le domaine même qui est concerné, ils sont probablement extrêmement rares. Même lorsqu'il semble ne raisonner qu'en « pur droit », le juge est donc constamment confronté à des raisons politiques. Si son contrôle excluait ces raisons, il manquerait son but. Peu importe, en réalité, en quoi ces raisons consistent, du moment qu'elles passent les tests qu'on vient d'évoquer. Le plus important est un test d'universalisation : une raison politique qui ne peut pas valoir pour tous doit être écartée du processus de contrôle de la constitutionnalité. Peu importe également que ces raisons apparaissent pour la première fois (ou non) devant le juge constitutionnel. Certaines se présentent devant lui et sont converties en « raisons juridiques ». Certaines conservent devant lui une forte charge politique, même et y compris au terme de ladite conversion. Peu importe, enfin, qui soulève ces arguments. Ainsi est-on porté à trouver moins étrange qu'il y paraît à première vue le fait qu'en France, dans le cadre du contrôle a priori de l'article 61, alinéa 2 de la constitution, ce soit l'exécutif qui « défende » les lois devant le Conseil constitutionnel. Rien n'impose, à vrai dire, que ce soit un représentant du parlement qui le fasse. De même, il est tout à fait compréhensible que ce soit le juge lui-même qui

identifie ces bonnes raisons. Cette manière d'envisager le contrôle de constitutionnalité rend peu pertinente l'analyse en termes de séparation des pouvoirs. Ce qui compte, c'est que les « bonnes raisons » pour ou contre la loi rentrent dans la discussion au moment du contrôle de constitutionnalité, sous une forme compatible avec ce type de contrôle. Il n'en demeure pas moins que l'on ne sait ni d'avance ni après coup quelles étaient ces bonnes raisons. Le processus d'ensemble est ouvert. Il n'est pas régulé par l'idée d'une vérité politique substantielle connaissable par les participants au processus. En conséquence, il est logique que ce soient des exigences procédurales (dans le vocabulaire américain : *procedural due process* plutôt que *substantive due process*) qui prennent le dessus. C'est là qu'on en revient à des questions de structure institutionnelle et de « présentation » formelle des résultats de la pratique institutionnelle. Et c'est pourquoi la question de la motivation reste importante. L'exigence sous-jacente de « produire les bonnes raisons » est difficilement compatible avec un dispositif de motivation faible. On pourrait s'en étonner. Pourquoi ne pas admettre un certain degré de tolérance pour des systèmes opaques, mais qui produisent des bons résultats ? En France, il se trouve que cette tolérance est forte. Mais la délibération politique dans nos sociétés est configurée de telle manière qu'il y a toujours un moment où le « raisonnable » rattrape le « rationnel » et lui impose ses conditions. La raison dont on présume l'existence, mais qui peut ou même *doit* ne pas être donnée par l'auteur de la décision ressemble fort à la « raison d'État » de la pensée politique prémoderne. Et il est tout aussi difficilement évitable que le « raisonnable » soit dans une certaine mesure compris comme « fait de donner des raisons » plutôt que « fait qu'il existe des raisons, mais qu'on ne les donne pas ».

B. Le Conseil constitutionnel et les policy arguments

Le « raisonnement » caractéristique du Conseil constitutionnel est, on l'a dit, de type formaliste, voire hyper-formaliste. Par là, on veut dire que la méthode du juge français se rattache à la conception selon laquelle les questions de droit peuvent être résolues exclusivement par voie de déduction. Il faut préciser ce que l'on entend par là. Duncan Kennedy a caractérisé la manière de penser des juristes américains – en ce qui concerne le raisonnement juridictionnel – comme reposant sur une distinction implicite entre le « mode déductif » et le « mode des *policy arguments* ». Dans le mode déductif, le juge raisonne toujours de l'abstrait ou du général vers le concret ou le particulier. Dans le mode du « *policy argument* », au contraire, le présupposé est que 1/la déduction à partir d'une règle valide ne résout pas la question de droit ou que 2/la norme valide requiert du juge qu'il prenne en

compte des « raisons non-déductives » pour choisir une règle de rang inférieur³⁵. Les « *policy arguments* » en question sont des valeurs sociales ou juridiques qui peuvent avoir une influence sur la décision du juge. Dans le cas américain, où les arrêts sont rendus sous forme d'opinions « littéraires » et développées, de tels arguments peuvent être : l'utilité sociale (au sens de la maximisation du bien-être collectif), la moralité (par exemple le critère de « *reasonableness* » ou le principe que nul ne doit tirer un bénéfice du tort causé à autrui) des droits qui peuvent exister mais ne pas être reconnus juridiquement dans tel ou tel litige (par exemple le droit au « *free speech* » qui peut être ou ne pas être reconnu dans tel ou tel contexte); ou bien encore des « valeurs juridiques » (Kennedy) telles que la préférence pour une règle claire contre un « standard » issu de l'*equity*, la mise en évidence des vertus de la « centralisation » au profit de l'État fédéral *vs* la défense des vertus de la « décentralisation » au profit des États fédérés. Une partie importante de la contribution des *Critical Legal Studies* à la théorie de la décision juridictionnelle a consisté dans l'affirmation selon laquelle le recours au couple déduction/*policy argument* masquait (ou dévoilait) l'importance de l'idéologie dans les choix effectués par les juges. Il s'agit là d'un débat dans lequel je ne souhaite pas rentrer ici. Je me contente d'utiliser ici les instruments analytiques élaborés par cette école pour identifier des modes de raisonnement à orientation politique.

Peut-on transposer cette présentation du processus juridictionnel au cas du Conseil constitutionnel ? C'est la position que je voudrais défendre ici. Dans le texte des décisions du Conseil constitutionnel, le mode déductif semble certes tout emporter sur son passage. On remarque toutefois qu'il « charrie » des éléments qui ressemblent de près à des labels pour des *policy arguments* : l'ordre public, la bonne administration de la justice, les « exigences du service public »³⁶, etc. D'ailleurs, les autorités de saisine ne s'y trompent pas. On trouve dans les mémoires, en particulier des parlementaires, des arguments qui sont purement politiques et ne se cachent pas pour l'être³⁷. C'est un des intérêts de la

35. D. Kennedy, *A Critique of Adjudication*, pp. 98-99.

36. Déc. n° 93-322 DC du 28 juillet 1993 « Loi relative aux établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel ».

37. Les exemples sont nombreux. V. p. ex. la saisine des députés relative à la loi sur le « registre international français » qui donna lieu à la décision 2005-514 DC : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2005/2005-514-dc/saisine-par-60-deputes.101387.html>; et cité par N. Hutten, « La protection de l'environnement dans la Constitution française », thèse Paris I, 2010, p. 298, note n°43. Ou bien encore les « observations » (qui n'étaient bien sûr pas constitutives d'une saisine formelle) des associations d'avocats et de magistrats lors de l'examen de la loi sur la rétention de sûreté. *Nouveau Pouvoir Judiciaire* (NPJ), 2008, n°380, pp. 24-33.

réforme de la saisine effectuée en 1974 que de favoriser une telle argumentation ouvertement politique.

Dans le cas américain ou britannique, le juge convertit les arguments politiques issus du débat public (extra-juridictionnel) en « *policy arguments* », c'est-à-dire en arguments d'intérêt général qui seront intégrés dans le contrôle *via*, par exemple, la technique du contrôle de la proportionnalité ou de la « *reasonableness* ». À travers la technique des *policy arguments*, on « universalise » des arguments politiques pour qu'ils sortent de la sphère de la politique partisane et puissent être rendus acceptables par tous. Une raison qu'on « donne » est tournée vers son destinataire, et vise à le persuader : elle ne compte comme raison que si elle compte comme raison pour lui. On passe ainsi de la « droite raison » aristotélicienne, ou de la « Raison » absolutisée de la philosophie classique, aux *raisons* de la délibération morale contemporaine. Dans le cas du juge, spécialement celui du juge constitutionnel, les raisons qui comptent doivent être des raisons qui comptent pour tous. Un aspect de ce que l'on s'accorde à appeler la fonction juridictionnelle consiste à énoncer de telles raisons qui sont politiques sans pour autant être partisans. Elles sont politiques parce qu'elles ont en vue le bien commun et les décisions qui s'imposent à son sujet. Mais elles ne sont pas partisans parce qu'elles doivent pouvoir être acceptées par tous les citoyens, voire par tous ceux qui sont intéressés par les résultats de la décision politique. La justice constitutionnelle française, malgré toute son « exceptionnalité » n'échappe pas à ce processus d'universalisation. En réalité, elle le pousse encore plus loin. La technique déductive du juge français illustre seulement le fait que les raisons politiques ainsi mobilisées doivent être dites autrement que dans le débat public et la discussion parlementaire, ou alors qu'il faudra les taire.

On peut ainsi analyser en termes de *policy arguments* la production par le juge de principes constitutionnels et de valeurs jouant un rôle dans l'appréciation de la constitutionnalité des lois. Le danger est évidemment que mieux ces principes (un P.F.R., ou un principe issu de la déclaration de 1789) ou ces valeurs politiques (l'ordre public, la bonne administration de la justice, la bonne gestion des deniers publics, ...) satisfont à l'exigence d'universalité, plus ils sont « creux » ou « vagues ». Tous les *policy arguments* ou presque qu'on identifie dans la jurisprudence constitutionnelle française pourraient d'ailleurs être ramenés à un seul : l'intérêt général. À supposer même qu'ils ne soient pas affectés de ce défaut, les arguments « politiques » ainsi exprimés dans la décision juridictionnelle ont pris une tournure qui les rend presque méconnaissables. Au bout du compte, pour reprendre la distinction américaine déjà évoquée entre « mode déductif » et « mode des *policy arguments* », tout se passe comme si le Conseil constitutionnel incorporait des bribes de *policy arguments* dans des raisonnements présentés comme intégralement déductifs. Il y parvient en ne distinguant pas ces *policy arguments* des autres composantes de son contrôle. Il est certes *exact* de tout

ramener à des « normes », comme la doctrine sera tentée de le faire, en parlant de « normes de référence du contrôle ». Rien ne doit peser dans le raisonnement qui n'aurait pas de force normative s'imposant à l'acte contrôlé. Mais c'est tout à la fois parfaitement *tautologique*. Du moment qu'on contrôle au regard de cet « instrument de contrôle » (D. Rousseau), c'est qu'il a une valeur normative. Le seul fait pour une décision de le ranger au nombre des références du contrôle effectué lui confère de soi-même cette valeur normative. Et enfin cette manière de raisonner, en ramenant tout à de simples « normes » est *stérilisante*. On masque ainsi l'hétérogénéité des composantes du raisonnement juridique, et le fait que ces composantes n'y jouent pas toutes le même rôle. Un impératif de politique publique (ou selon l'expression employée dans la décision n° 86-218 DC, un « impératif d'intérêt général ») n'est bien sûr pas la même chose qu'un droit ou une liberté. Mais cette manière de raisonner est encouragée par une juridiction qui, par sa pratique de la motivation faible et hyperformaliste, ramène tous les instruments de son contrôle à des composantes déductives que rien ne semble distinguer les unes des autres. Ainsi, on sait que le juge n'hésite pas à qualifier des droits subjectifs de « principes ». Inversement, le droit positif tend à encourager la qualification de « droits » pour des objets qui devraient plutôt être qualifiés de principes. C'est ainsi que le « droit » de chacun à « vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé » de l'article 1^{er} de la Charte de 2004, a pu être, non sans arguments, rangé par certains auteurs de doctrine dans la catégorie des objectifs de valeur constitutionnelle, à défaut pour lui d'être un droit pleinement opposable à une personne publique. Il en est allé de même du « devoir de prendre part à la préservation et à l'amélioration de l'environnement » créé à l'article 2 de la même charte³⁸. D'ailleurs, près de vingt ans avant l'avènement de la Charte, le Conseil constitutionnel avait classé un certain nombre de préoccupations environnementales très comparables (« le caractère naturel des espaces, la qualité des paysages ou le maintien des équilibres biologiques ») sous la bannière assez accommodante des « fins d'intérêt général » dont j'ai dit plus haut qu'elle était en quelque sorte la matrice, la catégorie englobante par excellence pour tous les *policy arguments*³⁹.

Ainsi, nos *policy arguments*, qui n'ont pourtant guère à voir sur le fond avec, par exemple, un droit ou une liberté, sont rangés par le juge dans les mêmes catégories. Ils seront qualifiés de « principes », par exemple le « principe constitutionnel

38. V. sur ce point, *contra*, N. Hutten, « La protection de l'environnement dans la Constitution française », p. 231.

39. Déc. n°85-189 DC du 17 juillet 1985 « Loi relative à la définition et à la mise en œuvre de principes d'aménagement ».

de protection de la santé publique »⁴⁰. Le Conseil constitutionnel a parfois fait usage de la catégorie de « principe d'ordre constitutionnel », ce qui constituerait d'ailleurs une traduction ou une transposition possible de « *policy argument* » en français⁴¹. Ou bien ils seront traités, peut-être plus plausiblement, comme des objectifs de valeur constitutionnelle (par exemple l'objectif de « clarté et d'intelligibilité de la loi », dont la composante de « clarté » a connu une brève existence sous forme de « principe » indépendant avant d'être intégré dans un objectif commun avec l'intelligibilité). Parfois enfin, ils apparaissent dans la discussion sans être rangés dans une quelconque catégorie plus générale. Ce fut le cas du « but d'apaisement politique ou social » justifiant une amnistie en 1988⁴². Ce fut le cas en 1993 des « exigences de la conscription » qui servirent à écarter la reconnaissance d'un P.F.R.L.R. en matière de nationalité⁴³. Ce fut le cas, plus récemment, de « la complexité juridique du régime de l'application des peines » qui fut mobilisée en vue d'interdire « que les citoyens assesseurs participent au jugement de toute question autre » que « l'appréciation, par les juridictions de l'application des peines, des conditions de fond qui déterminent l'aménagement des peines »⁴⁴.

Je parle ici de « labels » ou de « bribes » de *policy arguments* pour deux raisons. 1/ le contenu de ces valeurs n'est que très peu, voire pas du tout, explicite ; pas plus la motivation n'explique-t-elle dans bien des cas en quoi la prise en compte de ces raisons a un effet sur la constitutionnalité ou la non-constitutionnalité de l'acte contrôlé. 2/ Leur prise en compte fait apparaître l'hétérogénéité des matériaux présents dans les motivations. Certaines composantes du raisonnement sont des règles de droit issues de textes ou créées par la jurisprudence. Dans d'autres cas, ce sont des objectifs que la politique (au sens de *policy*) de l'État se doit d'intégrer, et que le législateur se doit de prendre en compte. L'ordre public, ou l'intérêt général, ce n'est pas la même chose que tel ou tel droit fondamental. Cela n'a tout simplement pas la même nature. De ce point de vue, la manière classique consistant à tout penser en termes de « normes de référence du contrôle » et de « bloc de constitutionnalité » pose problème. Elle s'en tient aux labels normatifs utilisés par le juge, et les considère seulement comme des variétés d'une super-catégorie de « normes constitutionnelles ». Or cette lecture normative est loin

40. Déc. n°90-283 DC « loi relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme ».

41. Il l'avait fait en 1990, d'ailleurs pour imposer une exigence de « périodicité raisonnable » des élections locales : Déc. 90-280 DC du 6 décembre 1990 (cons. n°8).

42. Déc. n°88-244 DC du 20 juillet 1988, « Loi portant amnistie ».

43. Déc. n°93-321 DC, « Loi réformant le code de la nationalité ».

44. Déc. n°2011-635 DC du 4 août 2011 « Loi sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs ».

d'épuiser leur signification, à savoir ici la manière dont elles sont utilisées. En les pensant comme des raisons ou des arguments, on discerne une autre dimension de ces « principes » ou de ces « objectifs » (peu importe comment le juge ou la doctrine les appellent).

La proportionnalité

Un autre point commun entre la pratique française de la justice constitutionnelle et celle en cours à l'étranger réside dans le fait que ces « principes » ou autres « normes » sont traités sur le mode par excellence du *policy argument*, à savoir la proportionnalité. Parfois ce sont des *policy arguments* qui sont « équilibrés » entre eux. Il en va ainsi lorsque le Conseil constitutionnel contrôle la conduite par le législateur de certaines politiques publiques. On peut prendre l'exemple du découpage des circonscriptions électorales. Ainsi, en 1986, le Conseil constitutionnel a-t-il mis en balance le principe du découpage selon des « bases essentiellement démographiques » avec d'autres « impératifs d'intérêt général »⁴⁵. Parfois, au contraire, les *policy arguments* sont mis en balance avec des droits ou libertés individuels. C'est ce que résume le considérant standard renvoyant à : « la conciliation nécessaire entre le respect des libertés et la sauvegarde de l'ordre public sans lequel l'exercice des libertés ne saurait être assuré »⁴⁶. C'est aussi le sens du considérant selon lequel « il est loisible au législateur d'apporter [à un droit ou une liberté garantie par la constitution] les limitations justifiées par l'intérêt général ou liées à des exigences constitutionnelles (...) »⁴⁷. Ainsi, dans la décision du 8 Janvier 1999, le Conseil constitutionnel a-t-il affirmé la nécessité de limiter la portée du droit de propriété et de la liberté d'entreprendre au regard du respect dû au « principe constitutionnel de protection de la santé publique »⁴⁸. Le juge affirme que seule peut être constitutionnelle une loi qui réalise un équilibre entre certaines règles et certains principes. Il censure la loi qui, dans le cas particulier, ne réalise pas

45. Déc. n°85-197 DC, « Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie », Cons. n°16 : « Mais considérant que le Congrès (de Nouvelle Calédonie) doit, pour être représentatif du territoire et de ses habitants dans le respect de l'article 3 de la Constitution, être élu sur des bases essentiellement démographiques ; que s'il ne s'ensuit pas que cette représentation doive être nécessairement proportionnelle à la population de chaque région ni qu'il ne puisse être tenu compte d'autres impératifs d'intérêt général, ces considérations ne peuvent cependant intervenir que dans une mesure limitée qui, en l'espèce, a été manifestement dépassée ».

46. Déc. n°85-187 DC du 25 janv. 1985 « Loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie ».

47. V. p. ex. la Déc. n°2000-433 DC du 27 juillet 2000, « Loi modifiant la loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication », cons. n°40.

48. Déc. n°90-283 DC du 8 Janvier 1991. V.D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, p. 130.

cet équilibre, ou il l'assortit de réserves d'interprétations propres à en permettre la réalisation. Le recours à cette technique de la proportionnalité n'a jamais été ouvertement admis par le Conseil constitutionnel. Dans la jurisprudence du Conseil d'État, la proportionnalité avait été considérée par un membre éminent de cette juridiction, selon une manière de penser très caractéristique, comme un principe « innommé » que la haute assemblée aurait reconnu « sans le savoir ou plus exactement sans le dire »⁴⁹. Au mieux, le juge indiquera le recours à ce dispositif en relevant qu'une disposition législative assure entre deux normes une conciliation « qui n'est pas disproportionnée » ou « qui n'est pas manifestement déséquilibrée »⁵⁰.

On peut se demander si cette opération de réduction des impératifs de politique publique à des labels normatifs tels que « principes », objectifs de valeur constitutionnelle, voire « droits », n'est pas une des causes de l'opacité du contrôle de proportionnalité effectué par notre juge constitutionnel. On sait en effet qu'il est très difficile de savoir quelle est l'intensité du contrôle effectué, et de s'assurer que cette intensité est constante s'agissant de situations identiques. Si le juge s'en tient à énoncer un *policy argument*, sans l'insérer dans un raisonnement relatif à la manière dont il doit équilibrer, par exemple, un droit ou une liberté, comment savoir si le contrôle est « minimum » ou « normal »⁵¹ ?

C. Les motivations contradictoires

On présente volontiers la technique de la proportionnalité comme réalisant un équilibre entre plusieurs « normes », à savoir différents types de principes ou de règles constitutionnelles. En contrôlant la proportionnalité entre des droits ou libertés et des *policy arguments*, pourtant, le juge constitutionnel met en jeu deux aspects tout à fait différents de l'ordre constitutionnel : la dimension politique de l'État et la prise en compte des droits fondamentaux des sujets de droit. Il les *réconcilie*, par le fait même de son contrôle, quel que soit (à vrai dire) le résultat

49. G. Braibant, « le principe de proportionnalité, le juge et le droit public », *Mélanges offerts à M. Waline*, Paris, LGDJ, 1974, t. 1 p. 297.

50. V. la Déc. n°2011-625 DC dans laquelle le Conseil constitutionnel a contrôlé la proportionnalité entre l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public et l'atteinte portée à la liberté de communication, ce qui le conduit à estimer assurée par l'article de la loi dite LOPPSI. Sont cités ici les considérants 8 et 50.

51. En ce sens, v. P. Wachsmann, *Libertés publiques*, 6^e éd., pp. 118 et s. et D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, pp. 153-154.

de celui-ci. Cette fonction – ou du moins cette ambition – de réconciliation⁵² est également à l'œuvre dans bon nombre de décisions dont les motivations ont été jugées contradictoires par la doctrine⁵³. Il en est ainsi de la décision « rétention de sûreté » de 2008. Le juge n'a pas fait appel à une motivation en termes de *policy arguments*. Mais il est assez clair que c'est de cela qu'il s'agissait, et que cela explique la contradiction apparente dans les motivations. D'un côté, la conception française de la justice pénale désapprouve les « peines » qui ne sont pas la résultante d'une sanction judiciaire réprimant la commission d'une infraction déterminée. De l'autre, quelque chose comme un intérêt de politique pénale préventive commandait de trouver une solution au cas des personnes jugées « dangereuses » et qui le restaient une fois leur peine accomplie. Cela ne pouvait probablement pas être dit ainsi. Le juge semble avoir éprouvé quelques difficultés pour réconcilier ces deux ombres qui planaient au dessus de la loi et de sa propre décision.

L'hypothèse que je forme ici est que la pratique française de la motivation faible renvoie à une conception du droit constitutionnel comme devant jouer avant tout un rôle de synthèse, d'intégration, des contradictions existant au sein de la société. Le juge constitutionnel français s'est interdit, par la sorte de technique juridictionnelle qu'il a adoptée⁵⁴, de mettre explicitement en évidence les contradictions de la vie en société : contradictions entre des intérêts, ou contradictions entre des valeurs. La société moderne, pourtant, est fondamentalement contradictoire. Elle accueille des intérêts qui se confrontent. Elle repose sur des valeurs dont l'harmonie ne va pas de soi. La position la plus forte au sujet du statut de ces valeurs dans la société est la thèse weberienne : les valeurs d'une société n'ont aucune raison d'être en harmonie. Elles se confrontent ultimement, et la vie humaine est dominée par cette irréductibilité ultime des valeurs. Mais le droit constitutionnel a toujours été pensé comme un antidote à ce conflit des valeurs. Les premières constitutions écrites résolvaient le problème en déclarant des valeurs universelles et évidentes par elles-mêmes. En France, on compléta ce catalogue par l'affirmation que la loi était l'expression de la volonté générale. Cela donnait à penser que la loi issue du processus représentatif possédait une

52. L'ouvrage de Mme Schnapper, peut-être en raison de l'angle sociologique qu'il entend adopter, insiste sur cette fonction de conciliation attribuée au juge constitutionnel : « En intégrant le préambule de la Constitution au bloc de constitutionnalité, le Conseil s'est donné pour tâche de veiller à ce que soit conciliées de manière qu'il juge conforme à la Constitution les contradictions inhérentes à toute vie sociale ». D. Schnapper, *op. cit.* p. 236.

53. Sur les décisions contradictoires, D. Schnapper, *ibid.* p. 240.

54. Hyperformalisme ; motivation faible ; refus des opinions séparées, ...

qualité essentielle. Elle donnait le point de vue de la société unie, rassemblée dans une seule et même volonté.

Le dictum de 1985

Le droit constitutionnel contemporain prolonge ce projet d'harmonisation des valeurs à travers la justice constitutionnelle. En 1985, le Conseil constitutionnel a donné la « formule » de son action à travers un dictum très fréquemment cité :

« Considérant donc que la procédure législative utilisée pour mettre en conformité avec la Constitution la disposition déclarée non conforme à celle-ci par le Conseil constitutionnel a fait de l'article 23 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique une application ne méconnaissant en rien les règles de l'article 10 de la Constitution et a répondu aux exigences du contrôle de constitutionnalité dont l'un des buts est de permettre à la loi votée, qui n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution, d'être sans retard amendée à cette fin (...). »

Ce considérant célèbre et admiré reprend à son compte et actualise l'idée de « volonté générale » qui est au centre du droit public français depuis la Révolution Française. Mais il le fait dans un contexte où le Parlement n'exprime plus souverainement cette volonté générale, du fait de l'apparition du contrôle de la constitutionnalité des lois en 1958. On considère souvent que le Conseil constitutionnel a ainsi donné la « formule » de la soumission de la loi à la constitution dans le cadre créé par le mécanisme de sanction de l'article 61, al. 2. Malgré son intérêt, fréquemment signalé, cette formule résout-elle toutes les difficultés et les questions tenant à la place du Conseil constitutionnel au sein d'un système où, traditionnellement, la loi était (et reste peut-être) le procédé le plus légitime de réalisation du projet démocratique ? Il est frappant de remarquer que, selon ce considérant, la loi ne cesse pas d'exprimer la volonté générale. Le « dictum » de 1985 ne lui retire pas cette fonction. C'est un point à ne pas sous-estimer : le principe de constitutionnalité ne signifie pas que désormais ce serait la constitution qui exprimerait la volonté générale. Mais désormais la loi n'est plus censée jouer ce rôle d'expression de la volonté générale que *sous condition* de respecter la constitution, telle qu'elle est « dite » par le Conseil constitutionnel lui-même.

Le dictum de 1985 peut ainsi se lire comme une réconciliation quelque peu rhétorique entre deux conceptions de la démocratie. L'une est conforme à la tradition française de « représentation souveraine » du peuple par les assemblées. L'autre est plus préoccupée par une meilleure garantie de l'État de droit et de la suprématie de la constitution, elle-même œuvre du peuple.

On peut certes dire, comme l'a fait Pierre Brunet⁵⁵, que les principes n'ont pas un sens indépendant de leur usage, et que le dictum de 1985 ne doit pas nécessairement être lu comme une reprise de la doctrine révolutionnaire de la volonté générale. Mais on peut au contraire penser que le Conseil constitutionnel se trouvait obligé de prendre en compte cette doctrine révolutionnaire, et que son dictum de 1985 n'a aucun sens s'il ne s'agit pas pour lui d'opérer une réconciliation entre deux positions apparemment incompatibles. Après la « révolution » du 16 juillet 1971 puis de la décision « taxation d'office », c'est tout le stock des déclarations révolutionnaires qui s'est trouvé inclus dans le bloc de constitutionnalité. Il n'était plus possible de revenir en arrière. Le legs de la révolution devait être rendu compatible avec les conceptions contemporaines de l'État de droit. Tel est le « miracle » opéré par le dictum de 1985, et si ses deux composantes n'étaient pas contradictoires, il ne serait pas un miracle. La formule de 1985 affirme ainsi (plus qu'elle ne démontre) la possibilité d'une telle réconciliation entre ces deux principes. Une telle réconciliation n'est pourtant ni définitive ni peut-être même possible. On touche là aux limites d'une technique de rédaction des décisions où l'autorité prévaut sur l'approfondissement des justifications et l'examen des alternatives. La formule de 1985 reste justement... une formule. La décision ne contient pas une justification approfondie et argumentée du contrôle *a priori* « à la française ».

Droit constitutionnel et traitement des contradictions

S'il est important et en quelque sorte fondateur, cet exemple du fameux dictum de 1985 n'est pas le seul. Bien des apparentes contradictions dans la jurisprudence constitutionnelle pourraient s'interpréter comme résultant de pareilles tentatives pour intégrer, ou si l'on préfère harmoniser, des valeurs contradictoires. Au fond, c'est exactement en cela que consiste la jurisprudence relative à la proportionnalité. Qui dit droits individuels et « *policy arguments* » dit risque, pour ne pas dire certitude, de disharmonie, de confrontation. Cela n'est pas spécifique à la justice constitutionnelle française. Mais celle-ci se signale par la manière dont elle apaise ces conflits de valeurs. Le mode déductif est ici mobilisé pour effacer la contradiction plutôt que de la résoudre discursivement. Il fait dans le contexte de la justice constitutionnelle ce que la technique des révisions-adjonctions réalise dans le contexte des amendements formels à la constitution : en guise de solution apportée à une contradiction, il pose séparément les deux termes contradictoires. On pourrait ramener cela à une formule du type : cet objet « A » est en même

55. P. Brunet, « Que reste-t-il de la volonté générale ? Sur les nouvelles fictions du droit constitutionnel français », *Pouvoirs*, n° 114, 2005, pp. 5-19.

temps « A » et le contraire de « A ». Par exemple, s'agissant du dictum de 1985 : la loi n'exprime la volonté générale qu'à la condition de ne plus exprimer la volonté générale. Cela ne veut pas dire que les juridictions aux décisions les plus articulées sont celles qui donnent le plus explicitement à voir les disharmonies sociales. Mais dans le cas français, la pratique institutionnelle de notre juge constitutionnel rejoint une tendance profonde de la politique constitutionnelle nationale. Le juge, comme autrefois le souverain d'ancien régime, résout les conflits « par au-dessus », en émettant une décision où le rôle des *policy arguments*, ou d'autres techniques comparables, est de dire ce qui fait l'unité du corps politique, plutôt que d'insister ce qui le divise. Cela ne peut être formulé que sur un registre quelque peu solennel et cursif – ce que Tocqueville, en d'autres circonstances, avait appelé un « langage absolu » – en retranchant ce qui semblerait rompre la tunique sans couture de l'unité nationale, et en ayant recours à un langage approprié. Le registre de la motivation faible exprime donc, de la part de notre juge constitutionnel, une sorte de penchant absolutiste. Par ce terme, on pourrait recouvrir deux idées qui pourraient définir le rapport de la justice constitutionnelle française à la politique. D'une part, il s'agit d'un rapport de surplomb : le juge « se saisit de la politique » en lui imposant le point de vue juridique. Par l'intervention du juge constitutionnel, le droit passe et la politique s'efface. Le droit est compris comme jouant un rôle dépolitisant, et donc assainissant. D'autre part, on peut employer ce qualificatif de penchant absolutiste pour désigner la manière dont le juge aborde l'interprétation de ses propres décisions et entend peser sur elle. C'est ce point que je voudrais maintenant aborder.

D. La pratique de l'auto-commentaire

Le contexte de l'intervention du Conseil constitutionnel nous explique donc en large part pourquoi cette institution est aussi réservée dans la manière dont elle s'acquitte de ce que la théorie politique libérale juge être son « devoir » de donner des raisons pour ses décisions. Cet état de chose n'est pas sans conséquences, et on se propose ici de montrer que ce faible recours à la motivation a un retentissement sur d'autres aspects de la pratique institutionnelle du Conseil constitutionnel. Je préfère parler ici de pratique institutionnelle plutôt que de jurisprudence, car je me propose de suggérer que l'analyse doit ici s'étendre à des matériaux, des ressources de l'étude juridique, qui vont au delà des décisions proprement dites.

La faible motivation des décisions du Conseil constitutionnel a une implication qui réside dans le fait que la haute juridiction doit intervenir en amont de ses propres décisions d'inconstitutionnalité, c'est-à-dire de l'opération consistant *stricto sensu* à vérifier la conformité de la loi à la norme constitutionnelle. On peut en effet dire que le Conseil constitutionnel s'est efforcé de contrôler

l'interprétation qui est faite de ses propres décisions. On le voit assez clairement avec la technique des réserves d'interprétation. Mais le même phénomène peut être vu à l'œuvre dans une pratique périphérique, qui se situe à la frontière de la jurisprudence et de la doctrine. Plus exactement, me semble-t-il, cette pratique illustre la forte porosité de cette frontière, et incite même à ne pas tenir pour acquise la dichotomie habituelle entre production jurisprudentielle et œuvre doctrinale. Il va de soi qu'il y a là deux formes bien distinctes, mais elles sont en réalité fortement interdépendantes. Plus la décision juridictionnelle est cursive, plus elle requiert un appareil justificatif extérieur, mais très proche d'elle et qui en constitue le soubassement. On pourrait faire la même analyse du côté de la doctrine relative à la jurisprudence constitutionnelle. Le politiste américain Alec Stone Sweet, qui considère Louis Favoreu comme le plus important juriste de droit public de la France contemporaine, a ainsi pu écrire que ce dernier rédigeait « le commentaire quasi-officiel de la jurisprudence constitutionnelle pour la *Revue du droit Public* ce qui constituait alors un rôle d'une portée stratégique »⁵⁶. Cette idée d'un commentaire « quasi-officiel » est du plus grand intérêt. Mais je voudrais me concentrer ici sur le phénomène symétrique qui se déroule du côté de la pratique juridictionnelle (ou peut-être faut-il dire ici quasi- ou para-juridictionnelle) du Conseil constitutionnel.

Les justifications

Chaque décision est très rapidement accompagnée, sur le site internet de l'institution puis dans les (anciens et « nouveaux ») *Cahiers du Conseil constitutionnel*, d'un commentaire non signé ainsi que d'un communiqué de presse. On trouve aussi des « dossiers documentaires » et une liste de « références doctrinales ».

Cette publication d'un commentaire peut se réclamer d'intentions très compréhensibles : il importe de diffuser la connaissance de la jurisprudence, y compris auprès d'un public de non-spécialistes qui n'ont ni la compétence technique ni le temps pour bien comprendre le sens de décisions souvent complexes. De tels commentaires rejoignent un grand nombre d'autres publications juridiques ou para-juridiques qui accompagnent la production normative contemporaine⁵⁷.

56. « Professor Favoreu also wrote the (quasi-official) commentaries on constitutional jurisprudence for the *Revue du droit public*, then a role of strategic significance ». « The politics of constitutional review in France and Europe », *ICON*, Volume 5, Number 1, 2007, pp. 69-92.

57. L'auteur d'une thèse récente a pu parler à ce sujet de « para-textes » : « rapports officiels, conclusions, commentaires doctrinaux et officiels (...) autant de textes qui véhiculent des directions générales (...) rarement indifférentes à l'analyse contextuelle d'un énoncé ». François Brunet,

On comprend certes la difficulté structurelle que ces commentaires cherchent à résoudre. Ce n'est pas un hasard si un des pères fondateurs du positivisme, J. Bentham, se proposait de rédiger des codes dans lesquels l'article de « loi » serait suivi d'un texte justificatif en donnant les « raisons ». Si on transpose le raisonnement au cas qui nous occupe, on peut admettre que la décision du Conseil constitutionnel « mérite des explications », notamment en raison de sa haute technicité et du fait qu'elle intervient dans un contexte politique. Elle pourrait être mal comprise, notamment par le grand public. On peut mettre ce phénomène en relation avec la technique de rédaction des décisions. Tant leur concision que le recours à la structure du syllogisme créent une sorte d'appel d'air, d'effet de manque, qui rend nécessaires des commentaires extérieurs à la décision elle-même. Plus que de commentaires, il faudrait peut-être parler d'explications.

Les inconvénients

Mais cette pratique ne comporte peut-être pas que des avantages. En particulier, si le rôle d'une institution telle qu'une cour constitutionnelle est de « dire le droit » (au sens de la formule américaine « *to say what the law is* » ou du terme allemand « *Rechtsprechung* »), cette pratique n'aide pas à clarifier le lieu précis où s'accomplit cette fonction. Est-ce dans la décision elle-même que le droit « est dit », ou dans ce qui l'entoure (le communiqué de presse, le commentaire aux cahiers) ? Une hésitation peut apparaître sur la « normativité » des commentaires. Certes, il est difficile de proposer un critère de distinction entre ce qui relève du commentaire et ce qui n'en relève pas (ce qui serait décisionnel). C'est un peu le même problème que celui de la distinction entre une circulaire et le texte qu'elle interprète. Mais dans certaines hypothèses, on peut croiser des « commentaires » qui semblent ajouter à la décision commentée⁵⁸, et ressemblent plutôt à des éléments de motivation extérieure et complémentaire⁵⁹. Dans d'autres cas, de l'autre côté de la barrière censée séparer la décision et son commentaire, d'autres *commentaires* insistent sur l'opportunité de telle solution, ou sur le caractère

normativité et droit, thèse Paris I, 2011, p. 282.

58. C'est ainsi que, dans le contexte du contrôle de proportionnalité, le commentaire pourra préciser si le contrôle est « restreint » ou « approfondi », ce que la décision n'indique nullement : v. p. ex. le comm. de la décision 2008-5612 (rétention de sûreté). Le commentaire généralisera aussi les hypothèses dans lesquelles tel type de contrôle de proportionnalité est effectué.

59. V. p. ex. dans le commentaire de la décision n°2010-613 DC du 7 Octobre 2010 (dissimulation du visage dans l'espace public), la référence à des débats parlementaires et à un rapport du Conseil d'État (p. 6).

approprié du recours par le juge à telle méthode⁶⁰. Certainement, il devrait être clair aux yeux de tous que le « commentaire aux cahiers » du Conseil constitutionnel n'est pas une décision revêtue d'une quelconque autorité juridique. Mais on rencontre désormais des analyses doctrinales qui semblent penser le contraire, et qui citent les « commentaires aux cahiers » comme reflétant la position de l'institution elle-même⁶¹. Le doute n'est-il pas en train de s'installer ?

On peut voir là une difficulté qui vient de la structure de décision propre au Conseil constitutionnel et notamment à l'absence, devant cette juridiction, d'un équivalent du rapporteur public devant le Conseil d'État (anciennement appelé Commissaire du gouvernement)⁶². Devant le Conseil d'État, l'intervention du rapporteur public se produit en amont de la décision. Elle prend la forme d'une analyse indépendante, aussi objective que possible, de l'état du droit et d'une préconisation quant à la solution qui devrait s'imposer : « il a pour mission d'exposer [à la formation de jugement] les questions que présente à juger chaque recours contentieux et de faire connaître, en formulant en toute indépendance ses conclusions, son appréciation, qui doit être impartiale, sur les circonstances de fait de l'espèce et les règles de droit applicables ainsi que son opinion sur les solutions qu'appelle, suivant sa conscience, le litige soumis à la juridiction »⁶³. Il est également notoire que les conclusions du rapporteur public « éclairent » la décision rendue, et facilitent la tâche de ses lecteurs. Tout en les précédant

60. On fera ainsi l'éloge d'une « jurisprudence étoffée » dans laquelle les décisions commentées viennent « préciser les principes et règles constitutionnels applicables en la matière » (comm. des Déc. n°2009-576 DC et n°2009-577 DC du 3 mars 2009), se situant « dans le droit fil » d'une autre. On jugera la méthode de la jonction de deux lois « d'autant plus justifiée que le lien entre les deux textes soumis à l'examen du Conseil n'était pas univoque, mais réciproque. »

61. Pour un ex. récent, v. Nicolas Maziaü, « Les « bonnes raisons » de la Cour de cassation (à propos des arrêts d'assemblée plénière rendus, le 20 mai 2011, en matière de question prioritaire de constitutionnalité) », *Recueil Dalloz*, 2011 p. 1775 : « en relevant, dans les commentaires aux Cahiers (...) que toute question de constitutionnalité invoquant une norme constitutionnelle que le Conseil constitutionnel n'a jamais eu à interpréter devait être qualifiée de 'nouvelle', le haut conseil a entendu faire reposer son contrôle ainsi que celui dévolu aux deux cours suprêmes (...) sur des principes constitutionnels établis et reconnus comme tels » (mes ital.). Autre exemple : « le Conseil, même dans son commentaire aux cahiers, n'a pas relevé que sa jurisprudence de 2010 ne s'inscrivait pas exactement dans la continuité de la jurisprudence bien établie de 1984 » ; W. Sabète, « de l'insuffisante argumentation des Déc. du Conseil constitutionnel », *AJDA*, 2011, pp. 885 et s. (mes ital.).

62. L'auteur de la thèse précitée suggérerait de manière très intéressante que les conclusions d'un rapporteur public sont normatives en raison du fait qu'elles soutiennent (...) rationnellement une décision. (F. Brunet, *ibid.*, p. 308).

63. CE, 10 juill. 1957, *Gervaise, Rec.* p. 466 ; *AJDA* 1957.II.394, Chron. Fournier et Braibant.

dans le processus juridictionnel, elles la complètent et permettent de mieux la comprendre. On sait que l'intervention du rapporteur public est très intégrée dans le fonctionnement de la formation de jugement, et qu'elle s'insère dans un dialogue très structuré auquel participent le rapporteur, le réviseur, et la sous-section d'instruction⁶⁴. B. Genevois a pu parler à ce sujet d'une participation à une « œuvre collective »⁶⁵.

Devant le Conseil constitutionnel, en l'absence d'une institution comparable à celle du rapporteur public, la même tâche ne peut être exécutée qu'en aval de la décision, et en adoptant, à défaut d'un statut plus officiel, la position du commentateur. Cela est peut-être imputable à la composition restreinte du Conseil constitutionnel et au mode de désignation de ses membres. Le Conseil d'État est une institution à la composition assez nourrie (et assez diversifiée, du fait de l'existence d'une hiérarchie de fonctions) et aux traditions assez ancrées pour permettre une distribution des rôles entre les membres de la juridiction et une sorte de « dialogue des juges » en son propre sein. Au contraire, un clivage très strict s'opère en principe au sein du Conseil constitutionnel entre les « Conseillers » ayant seuls vocation à participer à la décision, et les autres membres de l'institution⁶⁶ qui ne peuvent y être associés.

La maîtrise de l'interprétation

Une manière de regarder cette pratique consiste à relever qu'elle s'apparente à un mode d'auto-interprétation. Le fait pour l'acteur de s'imposer comme son propre interprète est un penchant absolutiste en même temps qu'une forme de « *descriptive fallacy* ». On entend par là l'erreur logique consistant à prétendre décrire alors qu'en réalité on prescrit. Le Conseil constitutionnel – compris au sens large comme l'acteur institutionnel portant ce nom et non au sens juridique strict comme l'organe habilité par la constitution, dans le respect de certaines

64. Ce dialogue a été ainsi décrit par B. Genevois : « Le fait pour un commissaire de conclure *en désaccord* avec sa sous-section, loin de constituer une anomalie, participe ainsi de la dynamique du fonctionnement de la juridiction. La formation de jugement ne peut que tirer profit de la confrontation d'opinions opposées ». B. Genevois, « Le commissaire du gouvernement devant le Conseil d'État statuant au contentieux ou la stratégie de la persuasion », *RFDA*, 2000, p. 1207.

65. « L'action du commissaire s'insère ainsi dans le cadre d'une œuvre collective dont il est un des artisans ». B. Genevois, *ibid.*

66. Olivier Schrameck pouvait ainsi faire observer que « le Secrétaire Général n'a aucune autorité pour exprimer une position du Conseil constitutionnel » (« L'influence de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur l'action gouvernementale », in Drago et al., *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, Economica, 1999, p. 113.

formes spécifiques⁶⁷, en vue d'adopter certaines sortes de décisions – se place dans la situation de vouloir être à la fois l'auteur de normes et l'observateur ayant pour mission de rendre compte de la manière dont cette tâche est accomplie.

Là encore, on pourrait conclure que le juge entend limiter autant que possible la liberté d'interprétation de ses commentateurs extérieurs. Les commentaires ne sont pas une composante anodine d'une simple « stratégie de communication » ou de « relations publiques ». Tout ce que « dit » l'institution possède une charge d'autorité importante, y compris ce qu'elle « dit » en dehors de ses décisions. On croise là un second aspect du penchant absolutiste évoqué plus haut. Ici, il concerne la manière dont l'institution envisage l'interprétation de ses décisions par d'autres. Peut être qualifiée d'absolutiste la volonté de l'auteur de la règle – ici le Conseil constitutionnel – d'en maîtriser également l'interprétation. Interpréter, selon cette analyse, c'est encore décider du contenu de la règle elle-même. Il s'agit de ne pas laisser ce pouvoir entre les mains de celui qui doit appliquer la règle. Cette position peut être rattachée à une analyse très classique en termes de philosophie du droit, qui remonte aux premières formulations classiques du positivisme juridique (Hobbes, Bentham).

Sans être en mesure, dans la limite de ces pages, de développer suffisamment ce point, je pense que ce penchant est explicable par une surestimation du pouvoir d'interprétation authentique désormais reconnu très généralement (et généreusement) au Conseil constitutionnel. Faire du Conseil constitutionnel « le » gardien de la constitution et des droits de l'homme va dans le sens d'une reconnaissance d'une action « monologique » de maintien ou de conservation de la constitution. Dans la discussion entre Schmitt et Kelsen sur le gardien de la constitution, les deux participants étaient au moins d'accord sur un point : il ne devait y avoir qu'un seul gardien. C'était peut-être un chef de l'État, ou peut-être un juge constitutionnel. Mais c'était une institution et une seule, tenant un discours faisant autorité. Voilà ce que je veux dire par « monologique ». Un seul discours relatif à la constitution prévaudra ultimement. Cela est inscrit dans le code génétique de l'idée moderne de juridiction constitutionnelle. Mais ce trait s'est encore accusé à notre époque, où tout autre interprète que le juge constitutionnel ne reçoit qu'une attention modeste et ne jouit que d'une légitimité réduite.

Ainsi, de nos jours, en France, il n'est que très rarement fait référence au pouvoir d'interprétation authentique du Président de la République. La dernière grande occasion où cette doctrine fit de l'usage semble avoir été la querelle de

67. Sous forme de décisions prises par une formation de jugement composée des neuf membres nommés et des membres de droit.

la signature des ordonnances en 1986. Sur l'interprétation de la constitution, il semble désormais que le Conseil constitutionnel règne sans partage ou presque. Si concurrence il y a, c'est avec d'autres juridictions. On peut se demander si l'on n'est pas parvenu à une situation de surestimation du pouvoir d'interprétation authentique de la constitution par le Conseil constitutionnel. N'avoir qu'un seul interprète de (toute) la constitution, c'est engendrer, au sein d'une constitution libérale, une instance placée en position dominante. Il serait permis de préférer un système dans lequel la capacité des autorités constitutionnelles à interpréter leurs propres pouvoirs est préservée, à charge pour un organe d'arbitrage de trancher d'éventuels conflits. Mais le renvoi systématique à un seul interprète, le fait que les composantes de l'équilibre constitutionnel s'en rapportent à lui sans même tenter de se comprendre elles-mêmes, pose problème. Loin d'être une situation idéale, on peut y voir l'indice d'une régression dans l'évolution d'ensemble du constitutionnalisme.

Denis Baranger

Professeur de droit public à l'Université de Paris II et membre de l'Institut Universitaire de France, il est l'auteur notamment de : *Écrire la constitution non écrite : Une introduction au droit politique britannique*, PUF, Leviathan, 2008 et de *Parlementarisme des origines*, PUF, Leviathan, 1999.