



HAL
open science

Juges constitutionnels et doctrine (rapport français)

Marthe Fatin-Rouge Stefanini

► **To cite this version:**

Marthe Fatin-Rouge Stefanini. Juges constitutionnels et doctrine (rapport français). *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, 2015, XXX, pp. 345-380. halshs-01464201

HAL Id: halshs-01464201

<https://shs.hal.science/halshs-01464201>

Submitted on 10 Feb 2017

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

JUGES CONSTITUTIONNELS ET DOCTRINE

Table ronde internationale Septembre 2014

Rapport français

par Marthe FATIN-ROUGE STEFANINI

Directrice de recherches au CNRS, UMR 7318 DICE, ILF-GERJC

Introduction – Champ de l'étude et remarques générales

Pour la cohérence de cette étude, nous privilégions une définition étroite de la notion de juges constitutionnels comme désignant, pour la France, exclusivement les membres du Conseil constitutionnel. Cela conduit à écarter du champ de recherche, la question de l'exercice par les juges de droit commun d'un contrôle de constitutionnalité, que ce soit à travers le contrôle de constitutionnalité d'actes ne relevant pas de la compétence du Conseil constitutionnel (ex. contrôle de constitutionnalité des actes administratifs par les juridictions administratives, qui n'est que le prolongement de l'exercice du contrôle de légalité) ou à travers l'exercice du filtre dans le cadre de la question prioritaire de constitutionnalité. Par conséquent, seule la juridiction constitutionnelle appelée « Conseil constitutionnel » en France sera étudiée dans ce rapport.

En revanche, la grille de réflexion invite à retenir une définition large de la notion de doctrine. Qu'entend-on par le terme même de « doctrine » ? Dans le *Dictionnaire de culture juridique*, Olivier Beaud rappelle que le mot « doctrine » provient du latin « doctrina » qui signifie l'acte d'enseigner¹. Cependant, cette signification ne correspond plus à la notion de doctrine telle qu'appréhendue à l'heure actuelle². Dans un sens large, la doctrine désigne « l'ensemble des travaux destinés à exposer le droit, par opposition à la législation et à la jurisprudence »³. Certains auteurs distinguent ainsi les théoriciens, auteurs de la doctrine, des praticiens du droit. Par exemple, pour le Doyen Carbonnier, le mot doctrine désigne « Les opinions émises par les auteurs dans leurs ouvrages, le droit tel que le conçoivent les théoriciens. Ou, si l'on a égard au contenant plus qu'au contenu, la doctrine est l'ensemble des ouvrages juridiques, la littérature du droit »⁴. Or, en France, depuis l'entrée en vigueur de la QPC, de plus en plus de praticiens expriment une opinion doctrinale, qu'ils soient avocats ou magistrats. On peut donc considérer que la doctrine juridique est majoritairement constituée par des juristes qu'ils soient enseignants-chercheurs, chercheurs, praticiens (avocats, magistrats – au sens large du terme –, conseillers...) ou même fonctionnaires tel qu'un administrateur dans une assemblée. D'après Christian Mouly : « Si la dénomination « doctrine » recouvre communément les universitaires, il ne semble pas sacrilège de l'étendre

1 O. BEAUD, « Doctrine » in D. ALLAND, S. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Puf, 2003, p. 384.

2 Voir notamment P. JESTAZ et C. JAMIN, *La doctrine*, Dalloz, 2004, 314 p.

3 O. BEAUD, *id.*, p. 385.

4 J. CARBONNIER, *Droit civil*, tome 1, Puf, Paris, 2004, p. 237, § 150

à tout auteur d'écrit juridique qui participe au débat d'arguments et d'idées qui alimente le droit. Juges et avocats, rédacteurs d'actes et d'articles entrent alors en doctrine »⁵.

La doctrine au sens large qui s'intéresse au Conseil constitutionnel englobe donc tant la doctrine extérieure au Conseil constitutionnel, constituée d'universitaires, de chercheurs, de praticiens, de fonctionnaires ... que la doctrine du Conseil constitutionnel lui-même à travers d'une part, l'œuvre juridique produite par ses membres et, d'autre part, les informations reproduites sur son site internet (du moins se posera-t-on la question). Cette doctrine au sens large est donc marquée par une grande hétérogénéité, d'autant qu'elle peut englober, au-delà de la doctrine qualifiée de « juridique », de la doctrine non juridique. Il n'est toutefois pas toujours aisé de distinguer la doctrine juridique de la doctrine non juridique au regard de la proximité du droit avec d'autres sciences humaines et sociales telles que la science politique, la sociologie ou encore l'histoire. Or, il arrive qu'un article ou un ouvrage de doctrine portant sur le Conseil constitutionnel contienne des considérations qui ne sont pas strictement juridiques⁶. La doctrine examinée dans le cadre de cette étude sera donc principalement juridique mais pas seulement.

Concernant les matériaux examinés, la recherche porte principalement sur les opinions exprimées dans les revues et ouvrages juridiques. Cependant, à l'heure actuelle ne doit pas être négligée la multiplication des commentaires en ligne qu'ils proviennent de revues diffusées exclusivement sur la toile (la revue *Jus politicum*, par exemple) ou non (La *Revue des droits de l'Homme* dirigée par le CREDOF, par exemple), de communications mises en ligne dans le cadre de colloques, congrès, ou encore de blogs. Au final, on peut considérer que le support a peu d'importance puisqu'une opinion doctrinale peut même parfois être diffusée par voie de presse. La question qui se pose est plutôt de savoir si une opinion pour être qualifiée de doctrine doit avoir une certaine teneur. D'après Philippe Malaurie, la doctrine est une « opinion qui fait autorité »⁷. P. Bellet se montrait encore plus précis en parlant « d'opinion écrite et scientifique qui fait autorité »⁸. Cela suppose que pour être qualifiée de doctrine, une opinion doit revêtir un certain nombre de qualités au premier rang desquelles se trouve l'indépendance intellectuelle. Ainsi, selon Philippe Jestaz, la doctrine est « une simple autorité qui ne vaut que par ses seules qualités de savoir, de réflexion, d'imagination et d'indépendance »⁹. Si l'on s'arrête à cette définition, on peut douter, *a priori*, que les écrits provenant du Conseil constitutionnel et de ses membres puissent être véritablement qualifiés de doctrine dans la mesure où le devoir de réserve s'impose et l'indépendance intellectuelle est limitée par l'appartenance à l'institution elle-même. A l'inverse, tous les commentaires rédigés par des auteurs extérieurs au Conseil constitutionnel dans des revues juridiques n'expriment pas forcément une opinion qui fait autorité. Certains commentaires de jurisprudence, par exemple, apportent peu sur le plan scientifique mais ont un but pédagogique : faire ressortir le principal intérêt de la décision du Conseil constitutionnel,

5 C. MOULY, « La doctrine source d'unification internationale du droit », *Revue internationale de droit comparé*, 2-1986, p. 352.

6 D. SCHNAPPER, *Une sociologie au Conseil constitutionnel*, Gallimard, 2010, 452 p.

7 P. MALAURIE, « Rapport français », Travaux de l'association Henri Capitant, *La réaction de la doctrine à la création du droit par le juge*, Paris, Economica, 1982, tome XXXI, p. 84.

8 P. BELLET, « Rapport de synthèse » in *La réaction de la doctrine à la création du droit par le juge*, précité, p. 11.

9 P. JESTAZ, « Déclin de la doctrine ? », *Droits*, n° 20, 1994, p. 86.

resituer cette décision par rapport à la jurisprudence antérieure. La question délicate est alors de déterminer qu'est-ce qui permet d'affirmer qu'une opinion « fait autorité » ?

Une autre façon de cerner les contours de la notion de doctrine peut-être de tenter de la définir par rapport à son rôle. En effet, plusieurs types de fonctions peuvent lui être assignées : expliquer et transmettre le savoir, d'une part, observer et proposer, d'autre part, donc contribuer ou, du moins, tenter de contribuer à la formation du droit. La doctrine n'est pas le droit mais elle explique le droit et peut influencer l'évolution du droit. Cependant, ces rôles reconnus à la doctrine ont eux-mêmes évolués avec le temps. A l'ère de l'informatique, la doctrine qui synthétise la jurisprudence a peu d'utilité pour le juge qui lui-même dispose d'outils informatiques lui permettant d'accéder à toutes les décisions de justice souhaitées en France et dans un nombre de pays croissant. Le Conseil constitutionnel dispose de tables analytiques de ses décisions aussi utiles pour lui-même que pour les praticiens, les étudiants et les membres de la doctrine. En revanche, le nombre de publications ainsi que les types de support se sont considérablement accrus et, même s'ils sont de plus en plus facilement accessibles, le temps manque à chacun : aux juges, aux avocats, aux praticiens en général, d'une part, pour prendre connaissance de cette doctrine foisonnante et en tirer le meilleur pour un raisonnement ou une argumentation juridique ; aux universitaires et aux chercheurs, d'autre part, pour lire, « prendre le temps de penser »¹⁰ véritablement et proposer des solutions réfléchies et scientifiquement argumentées. La conséquence de ce manque de temps pour les universitaires et les chercheurs, du moins, est une extrême spécialisation voire la spécialisation dans la spécialité. Aujourd'hui, il est difficile de maîtriser l'ensemble des questions abordées par le droit constitutionnel français alors que les enseignants-chercheurs de la génération de Marcel Waline et Georges Vedel étaient aussi à l'aise en droit administratif qu'en droit constitutionnel. Or, cette spécialisation rendue nécessaire par la complexité et la diversité des questions abordées, a pour effet de tarir la richesse d'une réflexion juridique d'ensemble resituant une question précise dans un champ plus vaste. Nombre de membres de la doctrine universitaire aujourd'hui sont confrontés au problème de l'enfermement dans les limites de leur propre spécialité.

Enfin, la doctrine en matière constitutionnelle est, au fil du temps, devenue de plus en plus technique. Cette technicité s'explique à la fois par la multiplication des règles et des pratiques mais également par le développement de la jurisprudence du Conseil constitutionnel et l'engouement que cela a suscité auprès des auteurs de doctrine.

Ces remarques faites, quelles sont les relations qu'entretiennent les juges constitutionnels et la doctrine en France ?

I - L'appréhension de la justice constitutionnelle par la doctrine

De la mise en place du Conseil constitutionnel en 1959 jusqu'à nos jours, l'appréhension de la justice constitutionnelle par la doctrine a beaucoup évolué, d'autant que le Conseil constitutionnel a vécu des transformations importantes : interprétation large des normes de référence de son contrôle par la décision du 16 juillet 1971 sur la liberté d'association, qui lui a permis de se positionner en tant que gardien des droits et libertés

¹⁰ M. GOBERT, *Droits*, n° 20-1994.

fondamentaux face au législateur ; ouverture de la saisine à une minorité parlementaire en 1974 ; introduction du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* en 2008.

A - Comment la doctrine perçoit-elle la justice constitutionnelle ?

La question de l'instauration d'un contrôle de constitutionnalité de type diffus avait été débattue par la doctrine entre les deux guerres sans pour autant que cela ne débouche sur une concrétisation, le Conseil d'État ayant notamment refusé en 1936, dans le célèbre arrêt *Arrighi*, d'exercer une telle mission. En outre, lorsque le Conseil constitutionnel fut instauré en 1958, le but n'était ni d'en faire une cour suprême, ni une cour constitutionnelle mais, comme on le sait, un organe régulateur de l'activité des pouvoirs publics et, en particulier, de la répartition du domaine de la loi et du règlement. Cette fonction spécifique, qui en fait un organe sans précédent, ne peut semble-t-il pas être imputée à une influence doctrinale en particulier¹¹.

1) La perception de la juridiction constitutionnelle par la doctrine

Est-ce une juridiction perçue comme les autres juridictions ou a-t-elle une place spéciale ?

Le Conseil constitutionnel a mis du temps à être perçu comme une véritable juridiction et ce caractère est d'ailleurs toujours contesté par une partie de la doctrine. L'école aixoise, et le Doyen Favoreu en particulier, se sont efforcés de démontrer à la fois ce caractère juridictionnel et le fait que bien qu'étant une juridiction, une cour constitutionnelle n'est pas une juridiction comme les autres¹² ; d'où la distinction entre les juridictions de droit commun et la juridiction constitutionnelle. De son côté, le Conseil constitutionnel lui-même sous l'influence de Robert Badinter et de Georges Vedel¹³, en particulier, vont contribuer à concrétiser ce caractère juridictionnel qui sera, par la suite, encore renforcé avec l'adoption de la QPC. Force est de constater que la manière dont s'est constitué le Conseil constitutionnel et dont il fonctionne encore aujourd'hui (absence de qualification juridique exigée des membres nommés, un service juridique très restreint notamment) malgré l'augmentation du contentieux, ont souvent conduit la doctrine à ne pas véritablement prendre l'institution au sérieux. La composition du Conseil constitutionnel au regard des premiers membres nommés avait même été fortement décriée par la doctrine¹⁴ et il fut, pendant quelques années, considéré comme « un club de retraités et de notables »¹⁵. Même encore de nos jours, certaines nominations de personnalités politiques sont contestées, mais souvent de manière

¹¹ Voir L. FAVOREU, « Le Conseil constitutionnel, régulateur de l'activité normative des pouvoirs publics », *RDP*, 1967, in *La Constitution et son juge*, Economica, 2014, chap. 6, pp. 57-132.

¹² *Id.* Eu égard aux fonctions exercées par le Conseil constitutionnel en 1967, Louis Favoreu reconnaissait qu'il s'agissait d'une juridiction constitutionnelle mais différente des autres juridictions constitutionnelles en charge notamment de la protection des droits fondamentaux des individus.

¹³ C'est ce que l'on qualifiera de « doctrine Badinter » et « doctrine Vedel », voir D. ROUSSEAU, *Sur le Conseil constitutionnel, La doctrine Badinter et la démocratie*, Descartes, 1997, notamment p. 19 et L. FAVOREU, « Le bloc de constitutionnalité », in *La Constitution et son juge*, Economica, 2014, chap. 35 pp. 565-577 et notamment, « Principes généraux du droit et ordonnances non ratifiés », *RFDA*, 1996, p. 1111.

¹⁴ Notamment Charles EISENMANN, « Palindromes ou stupeur ? », *Le Monde*, 5 mars 1959.

¹⁵ Voir D. SCHNAPPER, *précité*, p. 54.

officieuse, d'autant plus lorsqu'il s'agit de personnalités réputées hostiles à la juridiction constitutionnelle. L'idée selon laquelle le Conseil constitutionnel fonctionnerait comme un club, malgré la juridictionnalisation de ses méthodes et de sa procédure, persiste encore sur le ton parfois de la légèreté. Ainsi Michel Verpeaux constate, par exemple, que le Conseil constitutionnel « présente le charme raffiné d'un club anglais »¹⁶ tout en reconnaissant que sa juridictionnalisation n'a cessé d'être renforcée. D'autres, pour réclamer une réforme du Conseil constitutionnel, se montrent beaucoup plus acides¹⁷.

Est-elle unique ou au contraire chaque juge est-il considéré comme un juge constitutionnel ?

Il s'agit d'une juridiction unique, avec prise de décision collégiale et sans opinion séparée.

La doctrine considère-t-elle que les autres juridictions sont investies d'une mission de contrôle de la Constitution ?

Avant 2010, la doctrine majoritaire adoptait une approche stricte de la notion de juridiction constitutionnelle, la limitant à l'organe chargé du contrôle de la constitutionnalité des lois ou l'élargissant à l'ensemble des attributions conférées aux cours constitutionnelles¹⁸. Certains auteurs retenaient une définition plus large regroupant l'ensemble des juges chargés d'appliquer ou d'interpréter la Constitution¹⁹.

Dans les mois qui ont suivi l'entrée en vigueur de la question prioritaire de constitutionnalité, en mars 2010, la doctrine s'est interrogée sur le point de savoir si la mission des juges du filtre des QPC pouvait amener à considérer ceux-ci comme des juges constitutionnels. En effet, les juges de droit commun de l'ordre administratif et de l'ordre judiciaire sont chargés d'examiner la recevabilité des QPC soulevées devant eux par les justiciables, afin de déterminer si une telle question peut être renvoyée devant le Conseil constitutionnel. Ce filtre est susceptible d'être double : soit la question est soulevée devant un juge du fond, et dans ce cas, il devra procéder à un premier filtrage puis, s'il le décide, transmettre la question à la juridiction suprême de son ordre (Conseil d'État ou Cour de cassation) afin qu'elle puisse procéder à un second filtrage ; soit la question est directement soulevée devant la juridiction suprême, auquel cas un seul examen de filtrage sera effectué. Parmi les critères de recevabilité sur lesquels ces juges du filtre doivent se prononcer, se trouve l'examen du caractère sérieux de la question posée. Les juges du fond devront apprécier le caractère non dépourvu de sérieux de la question posée²⁰, tandis que les juges suprêmes devront entre autres vérifier si « la question est nouvelle ou présente un caractère sérieux »²¹. La manière de déterminer ce caractère sérieux ou non dépourvu de sérieux de la

¹⁶ *Droit constitutionnel français*, PUF, 2013, p. 412.

¹⁷ M.-L. BASILIEN-GUAINCHE, P. BLACHÈRE, F. CHALTIEL, B. FRANÇOIS, J.-P. HEURTIN, « Le Conseil constitutionnel est plus que jamais un vieux club de mâles, en fin de carrière politique », *Le Monde*, 1^{er} mars 2010.

¹⁸ Notamment G. Vedel, L. Favoreu, D. Rousseau.

¹⁹ On trouvait ces définitions dans G. Drago, *Contentieux constitutionnel français*, PUF, Thémis, 1998, p. 28 ou encore M. Fromont, *La justice constitutionnelle dans le monde*, Dalloz, 1996, p. 3.

²⁰ Article 23-2 de l'Ordonnance portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.

²¹ Article 23-5 de l'Ordonnance portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.

question posée a été laissée à la libre appréciation des juges. Or, ces derniers, pour se prononcer, se sont non seulement fondés sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel, en utilisant un raisonnement par analogie notamment, mais n'ont pas hésité également à s'inspirer des méthodes et techniques de raisonnement du Conseil constitutionnel (évaluation de la proportionnalité d'une atteinte à un droit fondamental, par exemple, ou encore recours à la technique de l'interprétation conforme) pour éviter un renvoi. Si le filtrage est efficace, il met en lumière la difficulté d'opérer une distinction étanche entre un contrôle de la recevabilité et un contrôle de la constitutionnalité. Certains membres de la doctrine estiment alors que les juges du filtre seraient devenus des juges constitutionnels « de droit commun »²², ou encore seraient des juges constitutionnels négatifs²³, et que le Conseil constitutionnel serait relégué au rang de juge constitutionnel d'exception²⁴. Même si les juges de droit commun exercent véritablement un contrôle de constitutionnalité²⁵, il ne s'agit pas pour autant d'un contrôle diffus puisque les juges de droit commun ont des compétences limitées : ils ne peuvent pas eux-mêmes déclarer une loi inconstitutionnelle et décider de son abrogation, ni même l'écarter du procès, ce qui a conduit certains membres de la doctrine à considérer qu'il s'agit de juges constitutionnels seulement négatifs. Par ailleurs, ils ne peuvent exercer ce contrôle de constitutionnalité que s'ils sont saisis d'une QPC.

La manière dont les juges de droit commun ont interprété leur fonction de juge du filtre fait l'objet de vives critiques de la part de la doctrine. Si l'évolution de leur fonction de filtrage vers celle de juges constitutionnels de droit commun est constatée, elle n'est pas pour autant acceptée.

2) La perception de la jurisprudence constitutionnelle par la doctrine

La doctrine qui scrute le fonctionnement de la justice constitutionnelle ou de la juridiction constitutionnelle n'est plus exclusivement l'œuvre des constitutionnalistes. Il est vrai qu'avant la QPC, les décisions du Conseil constitutionnel étaient surtout commentées par des constitutionnalistes et encore s'agissait-il de constitutionnalistes qui se sont véritablement intéressés à la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Le manque d'intérêt d'une partie des constitutionnalistes pour la jurisprudence du Conseil constitutionnel était à la fois lié à la manière dont était étudié le droit constitutionnel, - on s'attachait surtout au fonctionnement des institutions (droit constitutionnel institutionnel) - , au manque de légitimité reconnu à l'institution, ainsi qu'au caractère limité (jusqu'en 1971), abstrait et *a priori* du contrôle de constitutionnalité des lois, qui conduisait la juridiction à rendre seulement une vingtaine de

22 Voir notamment, Y. AGUILA, « Le traitement des premières questions prioritaires de constitutionnalité par le Conseil d'État », in X. PHILIPPE, M. STÉFANINI (dir.), *Question prioritaire de constitutionnalité : premiers bilans*, Actes du colloque du 26 novembre 2011 organisé par l'Institut Louis Favoreu et la Communauté du Pays d'Aix, *Cahiers de l'Institut Louis Favoreu n° 1*, PUAM, 2011, p. 27 ; S.-J. LIÉBER et D. BOTTEGHI, « Le juge administratif, juge constitutionnel de droit commun ? », *AJDA*, 2010, p. 1355 ; D. ROUSSEAU, in J.-J. URVOAS, *Rapport d'information déposé par la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur la Question prioritaire de constitutionnalité*, 27 mars 2013, p. 140 ; A. ROBLOT-TROIZIER, « La QPC, le Conseil d'État et la Cour de cassation », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 40, 2013, p. 56.

23 Voir notamment Yann AGUILA, *op. cit.*, p. 27 ; Marc GUILLAUME, in J.-J. URVOAS, *op. cit.*, p. 113.

24 Voir D. ROUSSEAU et A. ROBLOT-TROIZIER, *précité*.

25 Voir notamment le refus réitéré de la Cour de cassation de renvoyer au Conseil constitutionnel une QPC sur la loi Gayssot (Cass. Crim., 6 mai 2014, n°14-90.010), et plus largement la chronique de B. MATHIEU, *La Semaine Juridique*, Édition générale n° 30-35, 28 juillet 2014, doct. 880, n° 9.

décisions par an dans le cadre du contrôle de constitutionnalité. A la fin des années quatre-vingt, nombre de cours de droit constitutionnel enseignés dans les facultés n'abordaient pas du tout la jurisprudence du Conseil constitutionnel et se bornaient à une présentation sommaire de l'institution²⁶.

Le Conseil constitutionnel, même s'il a été et est encore décrié par la doctrine, doit beaucoup à la doctrine qui a participé et participe encore à la légitimation de l'institution. Il est inutile ici de rappeler l'implication de Léo Hamon, dans les commentaires de jurisprudence, de Louis Favoreu, dont témoigne *La Constitution et son juge*, et de Loïc Philip, notamment à travers la parution à partir de 1975 des *Grandes décisions du Conseil constitutionnel* sur le modèle des *Grands arrêts du Conseil d'État*. Au-delà des écrits de Louis Favoreu et de Loïc Philip, les premiers manuels de contentieux constitutionnel vont paraître à partir du milieu des années 1980 (D. Turpin (1986), D. Rousseau (1989), puis G. Drago (1998)) et vont être publiés des ouvrages sur la justice constitutionnelle (par ex. M. Fromont, 1996) et un Code constitutionnel commenté (T. S. Renoux, M. De Villiers, 1ère édition, 1994). Les thèses et études spécialisées sur la justice constitutionnelle se sont également multipliées.

Par ailleurs, même avant que la QPC n'entre en vigueur en 2010, la doctrine non constitutionnaliste s'est peu à peu intéressée à la jurisprudence constitutionnelle, cet intérêt allant de pair avec une augmentation des décisions rendues par le Conseil constitutionnel dans tous les domaines sous l'effet de l'élargissement de la saisine du Conseil constitutionnel par la réforme de 1974. S'est opérée une prise conscience de la part de la doctrine, à partir de la décision du 16 juillet 1971, de la justiciabilité de la Constitution et de la richesse des normes de références invocables. Le Conseil constitutionnel lui-même va se lancer dans une politique de communication institutionnelle dans laquelle sera notamment défendue l'image d'une juridiction gardienne des droits et libertés²⁷.

Au même moment, un débat assez vif s'est instauré au sein de la doctrine constitutionnaliste et non-constitutionnaliste entre Louis Favoreu, en particulier, défendant la thèse d'une constitutionnalisation des différentes branches du droit²⁸ et ses contradicteurs, défendant l'idée que la Constitution et la jurisprudence du Conseil constitutionnel puisent leurs sources dans des notions de droit préexistantes²⁹.

L'adoption de la QPC a fortement accentué l'intérêt des non-constitutionnalistes pour la jurisprudence du Conseil constitutionnel. L'effet novateur de la QPC a incontestablement eu un effet d'aubaine à la fois pour les spécialistes des différentes branches du droit, obligés de tenir compte de cette nouvelle voie de recours et de prendre en considération pour leur matière les décisions du Conseil constitutionnel, pour les professionnels du droit – notamment

²⁶ Au grand regret de Louis FAVOREU, « Propos d'un néo-constitutionnaliste », 1984, in *La Constitution et son juge*, Economica, 2014, chap.1, pp. 1-6.

²⁷ E. LEMAIRE, « Dans les coulisses du Conseil constitutionnel », *Jus Politicum*, n° 7-2012, juspoliticum.com/Dans-les-coulisses-du-Conseil.html.

²⁸ Voir notamment « L'apport du Conseil constitutionnel au droit public », *Revue Pouvoirs*, 1980, n° 13, p. 17 et « L'influence de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur les diverses branches du droit », *Mélanges Léo Hamon*, Economica, 1982, p. 235.

²⁹ G. VEDEL, « PROPOS D'OUVERTURE », IN B. MATHIEU ET M. VERPEAUX *La constitutionnalisation des branches du droit*, Economica, PUAM, 1996, p. 14 ainsi que les autres textes dans cet ouvrage. Voir également N. MOLFESSIS, « Le Conseil constitutionnel et le droit privé », LGDJ, 1998, 602 p.

les avocats - qui se sont ou ont été invités à participer au débat constitutionnel. Ces autres membres de la doctrine ont parfois, par la même occasion, « découvert » le Conseil constitutionnel, ce qui a donné lieu à un retour sur des débats que l'on pouvait penser dépassés tels que ceux sur le caractère juridictionnel ou non de l'institution, sur sa composition, sur la manière dont ses membres sont nommés, sur le caractère partisan des solutions retenues... Aujourd'hui, on trouve dans les revues juridiques des différentes branches du droit des chroniques de droit constitutionnel civil, pénal, social...

Comment la doctrine examine-t-elle la jurisprudence rendue par la juridiction constitutionnelle ?

La doctrine française relative au Conseil constitutionnel n'a rien de monolithique. Dans sa diversité, elle peut être très critique comme très conciliante avec les décisions que rend le Conseil constitutionnel, elle est aussi souvent neutre se bornant à expliciter les avancées du Conseil constitutionnel. Certaines décisions ont fait l'objet de nombreuses critiques (décision 62-20 DC du 6 novembre 1962, Loi référendaire, par ex.), d'autres ont suscité beaucoup d'intérêt en raison de leur caractère fondateur (*liberté d'association* en 1971) ou des questions qu'elles abordaient (IVG en 1975, Nationalisation en 1982, Découpage électoral en 1985 et 1986, Privatisation en 1986, Maastricht en 1992, Maitrise de l'immigration en 1993, Bioéthique en 1994, Pacs en 1999, Décentralisation en 2003, Economie numérique 2004...), d'autres encore n'ont été étudiées que pour les informations qu'elles apportaient sur le plan technique (ex. décisions relatives aux règlements d'assemblées, aux lois de finances ou de financement de la sécurité sociale, décision L se prononçant sur le caractère législatif ou réglementaire d'une disposition formellement législative, décisions en matière d'élection et de référendum). Les commentaires peuvent être très partagés entre la critique et la compréhension (ex. 613 DC, *décision sur la non dissimulation du visage dans l'espace public*), entre les convictions personnelles et le point de vue scientifique (ex. : 669 DC, *décision sur la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe*).

Les commentaires de la doctrine relatifs aux décisions de la juridiction constitutionnelle sont-ils l'œuvre de spécialistes des différentes branches du droit ?

Cela était rarement le cas avant 2010, la jurisprudence du Conseil constitutionnel étant peu commentée en dehors des revues Dalloz, Sirey, puis de la Revue de droit public, de l'AJDA, la revue Pouvoirs, la RFDA... La RFDC ne sera créée qu'en 1990. Les commentateurs se limitèrent longtemps à Léo Hamon (pratiquement seul jusqu'en 1970) puis L. Favoreu et L. Philip. A partir de 1977, sont apparues des chroniques régulières dans la revue *Pouvoirs* sous la plume de P. Avril et J. Gicquel. Les non-spécialistes du droit constitutionnel ou/et administratif n'ont commencé à s'intéresser de façon régulière à la jurisprudence du Conseil constitutionnel qu'à partir du milieu des années 80. Puis, au début des années 1990, commencèrent à apparaître des chroniques de divers spécialistes non constitutionnalistes s'intéressant à la jurisprudence du Conseil constitutionnel (X. Prétot pour le droit constitutionnel social puis J. Pradel pour le droit constitutionnel pénal). Depuis 2010, les spécialistes des différentes branches du droit se sont véritablement saisis de la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Cela n'a pas toujours été sans difficultés car la jurisprudence du Conseil constitutionnel apparaît souvent très complexe et nombre d'auteurs de doctrine non constitutionnalistes n'ont tout simplement jamais eu de formation spécifique

sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Cependant, un cloisonnement persiste puisque pour l'instant, dans la majorité des cas, les questions de contentieux constitutionnel sont toujours traitées de manière approfondie par des constitutionnalistes ; les spécialistes traitent généralement le point de droit abordé mais ceux qui, de manière régulière, commentent la jurisprudence du Conseil constitutionnel ne sont pas très nombreux. D'ailleurs, il s'agit souvent de spécialistes de droit constitutionnel s'étant intéressés à la matière fiscale et financière (L. Philip, E. Oliva), sociale (L. Gay, V. Bernaud), pénale (T. Renoux), ... ou de spécialistes d'une branche du droit ayant une bonne connaissance de la jurisprudence du Conseil constitutionnel soit avant même l'adoption de la QPC (P. Deumier, B. de Lamy, N. Molfessis, N. Maziaud, A. Mangiavillano...), soit depuis cette adoption(ex. : J.-B. Perrier...qui dirige notamment une chronique de droit constitutionnel pénal à la RFDC).

B - Quel type de doctrine est concerné ?

1) Qui représente la doctrine en matière constitutionnelle ?

La doctrine est aujourd'hui éclatée entre les différentes branches du droit, et compte également de nombreux théoriciens du droit ; en outre, elle ne regroupe pas que des juristes qu'ils soient universitaires ou praticiens. En effet, elle compte également, quoique peu nombreux, des politistes et sociologues qui s'intéressent au droit.

Depuis la QPC en particulier, les praticiens se sont invités aux débats sur le Conseil constitutionnel, sa jurisprudence et, plus largement, sur le fonctionnement de la QPC. Les avocats ont été très présents lors de l'adoption de la réforme et de son entrée en vigueur, principalement pour présenter cette nouvelle voie de recours. Ils participent de manière occasionnelle aux commentaires de jurisprudence, en particulier en matière de droit pénal et de procédure pénale, souvent pour expliquer les conséquences heureuses ou malheureuses d'une décision du Conseil constitutionnel.

Les juges non constitutionnels interviennent également. Qu'ils soient administratifs ou judiciaires, ils défendent naturellement leur propre juridiction³⁰. La critique des juges judiciaires en particulier vise à défendre la place de la Cour de cassation face à la juridiction constitutionnelle³¹.

2) La doctrine est-elle critique ou neutre à l'égard de la justice et de la jurisprudence constitutionnelle ?

La doctrine non constitutionnaliste apparaît souvent beaucoup plus critique que la doctrine émanant des constitutionnalistes, même s'il y a des exceptions dans les deux sens. Xavier Magnon estime que : « L'inclinaison naturelle au respect de son objet par la doctrine constitutionnaliste peut apparaître comme une tendance significative, ou du moins elle est le plus souvent perçue comme telle, alors que c'est précisément la distance des autres doctrines avec ce même objet, qui n'est pas leur objet premier, qui autorise et favorise le regard

³⁰ Ex. pour la chambre sociale de la Cour de cassation, P. FLORES, « La chambre sociale et la question prioritaire de constitutionnalité : de la distorsion entre l'image doctrinale et la réalité juridictionnelle, *Droit social*, n° 4-2014, p. 308.

³¹ Voir A. TUDOV, ci dessous.

critique »³². Avec l'entrée en vigueur de la QPC, les spécialistes de chaque domaine portent un jugement parfois sévère sur les décisions rendues par le Conseil constitutionnel. Les lois, sur lesquelles le Conseil constitutionnel opère son contrôle, touchant à toutes les branches du droit, la doctrine civiliste, commerciale, sociale, fiscale, ... est à l'affût d'erreurs éventuelles d'interprétation ou d'application d'un principe qui ne tiendrait pas compte des réalités. La jurisprudence du Conseil constitutionnel apparaît dès lors « intrusive » par rapport à leur domaine de spécialité et au final « suspecte »³³ car le doute apparaît dans l'esprit de ces spécialistes non seulement sur la capacité du Conseil constitutionnel à répondre à l'ensemble des questions qui lui sont posées, dans toute leur complexité, mais également à y répondre à l'issue d'un raisonnement ne dépendant pas de contingences politiques ou sociales. En effet, une partie de cette doctrine est tentée de soupçonner le Conseil constitutionnel de prendre des positions relevant plus de la politique que du droit (voir ci-dessous).

Existe-t-il un cloisonnement doctrinal entre des différents types de doctrine ?

Un cloisonnement doctrinal existe en France mais il peut avoir plusieurs sources, soit il tient à la manière dont le droit, en général, est enseigné, soit il tient aux points de vue exprimés par différentes écoles de pensée.

Le premier cloisonnement, tenant à la manière dont le droit est enseigné en France, part de la « summa divisio » présentée aux étudiants dès la première année de droit, entre le droit public et le droit privé, qui lui-même découle, sur le plan interne, de la dualité des juridictions de droit commun. Il se complexifie avec les juridictions spécialisées, telles que le Conseil constitutionnel, et les juridictions supranationales (CIJ, CEDH, CJUE...). Sur le plan interne, l'intérêt qu'a suscité la jurisprudence constitutionnelle, sa mise en valeur par une partie de la doctrine constitutionnaliste dans un premier temps, a elle-même suscité la division au sein du droit public entre les défenseurs de la prééminence du droit administratif, et de la juridiction administrative, et ceux de la jurisprudence constitutionnelle. Les écrits de Louis Favoreu démontrant la constitutionnalisation progressive des différentes branches du droit, par un phénomène d'irrigation, et devant aboutir au final à la suppression de la distinction droit public/droit privé, ont suscité une forte critique. Toutefois, force est de reconnaître que les membres de la doctrine sont loin d'être neutres par rapport à l'objet étudié, chacun défendant son domaine de spécialité. Ainsi, une partie des constitutionnalistes d'aujourd'hui défendent-ils la prééminence de la Constitution et la jurisprudence du Conseil constitutionnel, les privatistes défendent la jurisprudence de la Cour de cassation, les administrativistes celle du Conseil d'État, les « unionistes » défendent la prééminence de la jurisprudence de la CJUE comme l'a montré l'affaire *Melki* en 2010 dans laquelle la Cour de cassation a renvoyé à la CJUE la question de savoir si la question prioritaire de constitutionnalité pouvait être prioritaire par rapport au droit de l'Union européenne. Si chacun défend sa matière et son objet d'étude, cela anéanti toute idée de distance de la doctrine par rapport à cet objet d'étude. D'où la question que se sont posés certains sur le caractère scientifique de la démarche de la doctrine juridique en France. Mais cette question peut se poser plus largement pour toutes les

³² X. MAGNON, « La doctrine, la QPC et le Conseil constitutionnel : quelle distance ? Quelle expertise ? », *RDP*, n° 1-2013, p. 142.

³³ *Ibid.*

doctrines juridiques et, au-delà, pour nombre de sciences humaines et sociales : chacun n'est-il pas prédisposé dans sa manière de penser et d'étudier un objet³⁴ ?

Quant au cloisonnement doctrinal, au sein de la doctrine publiciste actuellement une distinction nette s'opère entre ceux qui sont favorables à la justice constitutionnelle (Ecole aixoise et tenants de cette école dans les autres universités, D. Rousseau, B. Mathieu et M. Verpeaux...)- ce qui n'empêche pas la critique s'adressant soit au Conseil constitutionnel, soit au constituant-, et ceux qui remettent en cause l'idée même de justice constitutionnelle en considérant que le contrôle de constitutionnalité des lois en particulier « dissimule une conception aristocratique de la démocratie »³⁵. Cette contestation du pouvoir contre-majoritaire, que représente le Conseil constitutionnel, n'est pas très étonnante au regard du fait que la mise en cause de la légitimité de la justice constitutionnelle est une critique qui se retrouve de manière permanente dans la doctrine anglo-saxonne³⁶. Cette critique peut cependant apparaître choquante pour une doctrine constitutionnaliste qui a beaucoup contribué à la légitimation du Conseil constitutionnel en tant que gardien des droits et libertés et, au-delà, de l'État de droit.

Les écoles de pensée de théorie juridique s'affrontent également sur le terrain du pouvoir d'interprétation du juge constitutionnel, mais cela n'est pas spécifique à la France.

C - Les objets d'analyse critique de la doctrine : juridiction et/ou jurisprudence

S'il l'on considère le droit comme une science à part entière, le chercheur en droit doit adopter une démarche scientifique et essayer de faire preuve d'objectivité par rapport à l'institution qu'il examine ou/et à sa jurisprudence. Cela suppose, comme le rappelait récemment Dominique Rousseau lors du *Congrès français de droit constitutionnel* de Lyon, un devoir de non-servilité vis-à-vis du Conseil constitutionnel. Cela pose plusieurs questions : doit-on être nécessairement être critique pour paraître non-servile ? Doit-on se garder d'approcher l'institution pour rester le plus objectif possible ?

Il convient de noter tout d'abord que selon le public auquel ils s'adressent certains auteurs peuvent avoir un discours différent concernant le Conseil constitutionnel. A ce propos Guy Carcassonne reconnaissait, lors d'un Colloque sur la question prioritaire de constitutionnalité à Toulouse en 2012, que l'on pouvait être assez critique concernant le Conseil constitutionnel dans le cadre universitaire mais qu'il veillait à ne pas l'être excessivement en dehors de ce cadre car le Conseil constitutionnel était encore une institution

³⁴ Sur ces questions, qui sont essentielles mais dépassent le cadre de cette recherche : voir notamment J. CHEVALLIER, « Doctrine juridique et science juridique », *Droit et société*, 2002, n° 50, p. 103 et E. PICARD, « "Science du droit" ou "doctrine juridique" », *L'unité du droit : mélanges en hommage à Roland Drago*, Paris, Economica, 1996, p. 119.

³⁵ Voir notamment P. BRUNET « Le juge constitutionnel est-il un juge comme les autres ? Réflexions méthodologiques sur la justice constitutionnelle » in C. GREWE et alii, *La notion de justice constitutionnelle*, Dalloz, 2005, p. 135 ; M. COLLET, *L'impôt confisqué*, Paris, Odile Jacob, 2014 qui reproche aux juges constitutionnels d'avoir « confisqué » le pouvoir fiscal du Parlement en multipliant les censures en matière fiscale : « Lorsque la "sagesse" des juges prend l'ascendant sur la parole des élus, l'étymologie nous rappelle que la méfiance est de mise : le gouvernement par les sages – ou par les "meilleurs" – n'est pas la démocratie ; c'est l'aristocratie » (p. 96). Voir également LACHARRIÈRE, « Opinion dissidente », *Pouvoirs*, n° 13, 1991.

³⁶ I. FASSASSI, « L'exigence continue de légitimité sociale de la cour suprême », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 26-2009.

« fragile » qu'il était nécessaire de défendre. Avant lui, cette fragilité avait été également soulignée par le Doyen Vedel notamment³⁷.

1) Les critiques relatives à l'institution

En tant que pouvoir contre-majoritaire la légitimité de la justice constitutionnelle est toujours contestée. Même les juridictions constitutionnelles les plus respectées voient régulièrement leur légitimité mise en cause.

En ce qui concerne le Conseil constitutionnel, les conditions de sa naissance et de son affirmation comme juridiction constitutionnelle, sa composition, la brièveté de ses décisions, et la prudence dont il fait preuve sur de nombreux sujets, expliquent les critiques que peut lui opposer régulièrement la doctrine. Ces critiques peuvent être identifiées de la manière suivante (sans que cela soit exhaustif) :

- Critique relatives à la dénomination du Conseil constitutionnel qui devrait être officiellement qualifié de cour constitutionnelle. Cette critique provient plutôt des constitutionnalistes ayant une bonne connaissance du droit comparé (ex. D. Rousseau)

- Critiques quant à la composition du Conseil constitutionnel et au mode de désignation de ses membres : les critiques sont nombreuses et ont notamment pour cible la présence de membres de droit (les anciens présidents de la République) et l'absence d'exigences quant aux compétences juridiques des membres nommés. Ces critiques sont parfois acides³⁸. D. Rousseau, par exemple, propose régulièrement, dans ses chroniques et interventions, de supprimer les membres de droit et de modifier les règles de nomination des membres du Conseil constitutionnel³⁹. La doctrine non-constitutionnaliste, qui a véritablement découvert la justice constitutionnelle avec l'adoption de la QPC, s'est montrée particulièrement critique sur la composition et le mode de désignation des membres du Conseil constitutionnel, comme avaient pu se montrer critiques les publicistes dans les années 1970-1980.

- Critiques relatives au fonctionnement de l'institution : rédaction des « commentaires » officiels des décisions du Conseil constitutionnel, interprétation souple des conditions de récusation et du déport par les membres...

- Critiques relatives à la brièveté, la forme de ses décisions et à sa motivation : sur l'absence d'opinion dissidentes ou séparées (notamment W. Mastor⁴⁰) ; sur la brièveté des décisions du Conseil constitutionnel (notamment F. Malhière⁴¹, D. Rousseau⁴², W. Sabète⁴³, D.Baranger⁴⁴)...

³⁷ Voir E. LEMAIRE, précité, p. 21.

³⁸ Voir par ex., P. WACHSMANN, « Sur la composition du Conseil constitutionnel », *Jus Politicum*, vol. III, 2011, p. 103-136.

³⁹ Voir par exemple, « Les citoyens ne réclament pas davantage d'énarques ou de lois mais des juges », *Gaz. Pal.*, 17 mai 2014, n° 137, p. 7, propos recueillis par Eve Boccara.

⁴⁰ W. MASTOR, *Les opinions séparées des juges constitutionnels*, Economica, PUAM, 2005, pp. 169-196 ; id., « opiner à voix basse ... et se taire : réflexions critiques sur le secret des délibérés », in *Dialogue des juges, Mélanges B. Genevois*, 2009, pp. 725-751.

⁴¹ *La brièveté des décisions de justice*. Contribution à l'étude des représentations de la justice, éditions Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de thèses, 2013, 666 p.

⁴² Voir notamment D. ROUSSEAU et E. SPITZ, « Le crépuscule du Conseil constitutionnel », *Le Monde*, 6 décembre 2001.

⁴³ « De l'insuffisante argumentation des décisions du Conseil constitutionnel », *AJDA*, 2011, p. 885

⁴⁴ *Jus politicum*, n° 7 de 2012

La critique relative au « gouvernement des juges », qualifiée de « « tarte à la crème » du constitutionnalisme français classique »⁴⁵ est également apparue de manière régulière à l'occasion de censures du Conseil constitutionnel et a resurgi avec l'entrée en vigueur de la QPC⁴⁶.

2) *Les critiques relatives à la jurisprudence*

Les critiques relatives à sa jurisprudence peuvent être générales ou précises, les plus dures sont souvent l'œuvre de spécialistes dans les différentes branches du droit.

- Les critiques générales portent souvent sur un manque d'audace du Conseil constitutionnel, sur sa complaisance, sur le caractère minimaliste des interprétations qu'il donne des principes constitutionnels⁴⁷. Un courant de pensée revendiquant une protection accrue des libertés lui reproche un excès de modération⁴⁸.

Dans le cadre de la QPC, et quant il s'agit en particulier de comparer l'intérêt du contrôle de conventionalité et celui du contrôle de constitutionnalité, il est reproché au Conseil constitutionnel de refuser de s'aventurer sur le terrain d'un contrôle concret (voir notamment V. Bernaud⁴⁹, D. Lochak⁵⁰).

- Des critiques portent sur la marge de manœuvre excessive dont il dispose dans l'application de certaines techniques de contrôle (proportionnalité, par ex.) ou dans l'interprétation des conditions de violation d'un droit fondamental ou d'un principe constitutionnel (caractère excessif ou non de l'atteinte à un droit, interprétation large de la notion d'intérêt général en matière de droit à l'égalité, caractère confiscatoire de l'impôt...). Cette critique rejoint celles d'une certaine opacité du raisonnement précisément suivi par la juridiction.

- De nombreuses critiques portent sur le recours aux réserves d'interprétation, notamment en matière de QPC (en particulier de la part des juridictions judiciaires) ainsi que sur la marge de manœuvre importante quant à la détermination des effets dans le temps de ses décisions (en particulier, le recours fréquent à l'abrogation différée sans effet utile pour les requérants).

- Quant aux critiques portant sur des points de droit précis : il existe autant de critiques possibles que de points de droit abordés. Mais on peut distinguer les critiques qui proposent un raisonnement juridique différent et déplorent qu'il n'ait pas été suivi, les critiques qui analysent la portée d'une décision du Conseil constitutionnel pour en souligner les lacunes, les points noirs, les ambiguïtés et celles qui, derrière la décision rendue, remettent en cause l'institution en la qualifiant de trop politique, ou trop libérale ...

⁴⁵ L. FAVOREU, « De la démocratie à l'État de droit », *Le Débat*, 1991, n° 64, p. 157.

⁴⁶ C. TUKOV, « La 5^e mue du Conseil constitutionnel ? Point sur l'État de droit et le gouvernement des juges », *La semaine juridique, éd. Générale*, n° 8, 18 février 2013, notamment p. 386.

⁴⁷ Voir notamment V. BERNAUD, « La QPC a-t-elle changé le visage du droit constitutionnel du travail ? », *Droit social*, 2014, n° 4, pp. 317-324 ; J.-B. PERRIER, « Justice des mineurs, le minimalisme du Conseil constitutionnel », *AJ Pénal*, 2013, n° 1, pp. 49-50.

⁴⁸ cf. Dossier spécial *Jus Politicum* n° 7/2012 (et notamment introduction de P. Wachsmann et O. Beaud); Voir également O. BEAUD, *Les libertés universitaires à l'abandon ?*, Dalloz, 2010, p. 285 ; D. LOSCHAK, « La QPC, une protection efficace des droits et des libertés ? », *La semaine juridique, éd. Générale*, 15 juillet 2013, pp. 15-18.

⁴⁹ *Précité*.

⁵⁰ *Précité*

Pour un exemple récent de ces critiques sur un point de droit particulier : la décision rendue par le Conseil constitutionnel suite à l'examen de la *Loi visant à reconquérir l'économie réelle* dite Loi « Florange »⁵¹. Cette loi instaure notamment l'obligation de rechercher un repreneur afin de tenter de sauvegarder l'entreprise et les emplois. Dans cette décision, le Conseil constitutionnel censure plusieurs dispositions de la loi sur le fondement d'une part, d'une atteinte inconstitutionnelle au droit de propriété et à la liberté d'entreprendre (cons. 21) et d'autre part, du non-respect du principe de proportionnalité des peines (cons. 25). Ces inconstitutionnalités concernaient les sanctions du non-respect des nouvelles obligations instaurées concernant la recherche d'un repreneur. Cette décision a été fortement critiquée par un professeur de sciences politiques qui accuse le Conseil constitutionnel de rendre « une décision éminemment politique » et qui considère que le Conseil constitutionnel « n'est pas le gardien neutre de la Constitution »⁵². Il estime que « Ce n'est pas la dimension politique et idéologique de cette décision qui est critiquable [...], c'est sa dissimulation sous des principes et notions (propriété, liberté d'entreprendre, entreprise) présentés comme évidents et derrière un raisonnement syllogistique qui confère une apparence mécanique et objective à la solution ». Il affirme également qu'« un tel pouvoir politique exercé par un organe juridictionnel est inévitable ; il n'est démocratiquement acceptable que dans la mesure où les raisons qui conduisent à la décision sont expliquées et, ensuite, débattues dans l'opinion publique ». Force est de reconnaître que le ton de ce commentaire est provocateur et relativement condescendant. Ainsi l'auteur lance-t-il, par exemple, que « Les « Sages » du Conseil constitutionnel seront certainement très surpris d'apprendre qu'en droit français, il est banal que le juge substitue son appréciation à celle du dirigeant ». Il critique également le mode de désignation des membres du Conseil constitutionnel en expliquant qu'« il est tout aussi légitime de se demander si cette censure constitutionnelle n'est intervenue que parce que les dispositions interventionnistes de la nouvelle loi ne s'accordaient pas avec la sensibilité politique de la majorité de ceux qui ont rendu la décision. Est-ce en effet un hasard si, sur les sept membres ayant siégé dans le délibéré, cinq ont été nommés par des personnalités de droite ? ». Parti d'une critique de la décision du Conseil constitutionnel, l'auteur en vient à critiquer l'institution elle-même et la manière dont elle rend ses décisions. Il est favorable à la rédaction d'opinions dissidentes, plus aptes selon lui à rendre compte de la dimension politique et idéologique d'une décision. Cette critique virulente s'appuie notamment sur les théories développées par un courant doctrinal remettant en cause la conception même de la justice constitutionnelle. Ce commentaire a été à son tour contesté par un professeur de droit privé qui essaie de démontrer, au contraire, que la décision rendue par le Conseil constitutionnel s'inscrit dans la lignée de sa jurisprudence antérieure en matière de liberté d'entreprendre⁵³. Il estime que la démonstration du professeur Chazal est peu convaincante et repose elle-même sur un certain nombre de fondements idéologiques. Ce qu'il est intéressant de noter est que le Conseil constitutionnel est défendu par un membre de la doctrine de droit privé, très au fait de la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

51 CC, décis. n° 2014-692 DC du 27 mars 2014.

52 J.-P. CHAZAL, « Propriété et entreprise : le Conseil constitutionnel, le droit et la démocratie », *Recueil Dalloz*,

53 L. D'AVOUT, « La liberté d'entreprendre au bûcher ? Retour sur une critique récente de la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Recueil Dalloz*, 19 juin 2014, n° 22.

Plus rares sont les accusations visant l'influence supposée d'un membre du Conseil constitutionnel en particulier⁵⁴. Ce type de propos est délicat car, sauf à être « dans les coulisses du Conseil constitutionnel »⁵⁵, la preuve ne peut en être apportée du moins tant que les délibérations ne seront pas connues.

Peut-on dresser une typologie des critiques de la jurisprudence constitutionnelle par la doctrine ?

Plusieurs types de critiques apparaissent et peuvent parfois se combiner :

- les critiques extra-juridiques (par ex., critique du point de vue sociologique, économique, ... du Conseil constitutionnel lui-même ou de sa jurisprudence)

- les critiques d'école de pensée : lorsque derrière la critique d'une jurisprudence, c'est l'exercice même du contrôle de constitutionnalité qui est critiqué. Ce type de critique se divise lui-même en deux : la critique du contrôle de constitutionnalité en général, d'une part, la critique de la justice constitutionnelle telle qu'elle a été conçue en France, d'autre part.

- Les critiques de spécialistes (constitutionnalistes ou non, universitaires ou praticiens) : lorsque le spécialiste d'un thème se met à scruter la décision du Conseil constitutionnel dans les moindres détails pour relever les approximations, les formules un peu floues voir inadaptées, les erreurs selon l'opinion de l'auteur... La critique est parfois respectueuse et nuancée mais elle peut aussi être quelques fois acerbe donnant l'impression que l'auteur de doctrine devient le professeur et les membres du Conseil constitutionnel de simples élèves. Il peut également s'agir de critiques ponctuelles provenant d'une doctrine qui tout en connaissant suffisamment la jurisprudence du Conseil constitutionnel (spécialiste de contentieux constitutionnel, par exemple) peut ne pas partager la motivation ou/et la solution retenue dans une décision.

- Les critiques comparatistes, prônant la solution adoptée à l'étranger ou la comparant simplement avec la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

Les critiques peuvent être également plus ou moins « militantes »⁵⁶, qu'il s'agisse de défendre une évolution jurisprudentielle (volonté d'influer sur le juge), d'interpeller le constituant sur une réforme possible (volonté d'influer sur les institutions), de soutenir, au-delà des arguments juridiques, un projet politique plus vaste (VI^e République, par ex.), de faire prospérer un courant de pensée... La doctrine peut donc être, au-delà de l'opinion juridique, politiquement ou théoriquement engagée, elle peut aussi vouloir rester neutre.

Les critiques portent-elles sur la forme ou la substance de la décision ?

Les deux aspects peuvent être concernés. La forme de la décision fait souvent l'objet de critiques car l'on considère que les décisions du Conseil constitutionnel sont insuffisamment motivées ou que la motivation est trop brève et sujette à critiques.

⁵⁴ Voir pour un exemple récent, A. MANGIAVILLANO, « Le caractère excessif de l'impôt », *RDP*, n° 1-2014, p. 121 s'étonnant que Michel Charasse ne se soit pas déporté lorsqu'il s'est agi de statuer sur les avantages fiscaux de la Corse et laissant penser à sa possible influence sur les autres membres du Conseil constitutionnel sur ce sujet.

⁵⁵ Voir E. LEMAIRE, précité.

⁵⁶ Selon J. COMBACAU et S. SUR, *Droit international*, 2010, p. 44, « La doctrine militante est celle attachée à une cause et qui tente d'orienter l'évolution du droit vers cette cause ». Ils la distinguent de la doctrine « analytique » qui se préoccupe de connaître, expliciter et diffuser l'état du droit et la doctrine « théorique », qui tente de comprendre le phénomène juridique et expliciter des solutions d'ensemble.

Les critiques portent également sur le fond : tout d'abord, un fond lié à la forme car les décisions considérées comme trop brèves ne font pas ressortir le raisonnement du juge. On est loin, en France, des démonstrations concernant l'application des critères de contrôle tel que la méthode canadienne ou encore belge en matière d'égalité et de discrimination, par exemple. Seul le principe est rappelé et puis appliqué par le juge sans faire état de détails sur le raisonnement suivi. Cela participe d'ailleurs au caractère abstrait du contrôle exercé.

Le fait que ni l'opinion, ni l'influence de chaque membre ne soit connue pousse souvent la doctrine à formuler des hypothèses voire des accusations. Ainsi, est-il courant de supposer que la motivation retenue ne fait que justifier une solution qui sans faire l'unanimité a permis d'arriver à un consensus. La décision 613 DC du 7 octobre 2010 relative à la Loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public en est un exemple. Cependant, ce type de décision, intervenant sur une question délicate et dont les enjeux politiques sont importants, fait plutôt exception. Après cinquante ans d'activités, sur nombre de points, la jurisprudence du Conseil constitutionnel est bien rôdée et la règle du précédent s'applique.

Peut-on percevoir une forme d'originalité de la critique à l'encontre de la jurisprudence constitutionnelle par rapport à celle opérée à l'encontre des autres juridictions ?

Sans aucun doute, la critique portée à l'encontre du Conseil constitutionnel est différente de celle opposée aux autres juridictions. Au-delà des ambiguïtés de sa jurisprudence, ce sont à la fois la juridiction elle-même, sa place dans les institutions, le manque de professionnalisme de ses membres, son pouvoir d'interprétation et sa capacité de censurer la loi qui sont critiqués.

II - L'influence de la doctrine sur les juridictions constitutionnelles

En France, il est classique d'affirmer que la doctrine n'est pas une source du droit⁵⁷. Elle a cependant un rôle à jouer⁵⁸, ou du moins tente-t-elle de le jouer face à des juridictions pressées par le temps et devant lesquelles le membre de la doctrine « a de belles chances d'apparaître, dans le procès, comme un gêneur, un inventeur de complications, un théoricien insensible au réel : dans la plupart des cas, un inutile, si ce n'est un dilatoire »⁵⁹. Par ailleurs, il y a lieu de souligner que le poids de la doctrine reste faible par rapport à celui d'une jurisprudence antérieure c'est-à-dire du précédent. En revanche, la QPC a bien mis en évidence le fait que le Conseil constitutionnel français prenait fortement en considération la jurisprudence de la Cour de cassation ou du Conseil d'État français lorsque le problème de l'interprétation d'une disposition législative se pose. Par ailleurs, certaines jurisprudences du Conseil constitutionnel se sont directement inspirées, du moins dans leurs fondements, du raisonnement suivi par l'une des juridictions suprêmes. C'est le cas par exemple, du

⁵⁷ Voir O. BEAUD, *précité*, citant en particulier Marcel Planiol et le doyen Carbonnier.

⁵⁸ Voir H. BATIFFOL, « La responsabilité de la doctrine dans la création du droit », *Revue de la Recherche juridique*, 1981, p. 175.

⁵⁹ J.-D. BREDIN, « Remarques sur la doctrine », *Mélanges offerts à Pierre Hébraud*, Toulouse, Université des sciences sociales, 1981, p. 112.

raisonnement suivi dans l'application du principe d'égalité, directement inspiré de la jurisprudence du Conseil d'État.

Quelle place reste-t-il alors pour la doctrine ?

A - La participation directe ou indirecte de la doctrine à la justice constitutionnelle

1) L'implication de la doctrine par sa participation directe à la justice constitutionnelle

Le mode de nomination des juges de la juridiction constitutionnelle n'inclut pas du tout une participation de la doctrine. Aucune règle spécifique n'implique de quota, d'ailleurs si plusieurs professeurs de droit ou de sciences politiques ont été nommés au Conseil constitutionnel (dont Marcel Waline, René Cassin, François Goguel, Georges Vedel, François Luchaire, Robert Badinter, Jacques Robert, Jean-Claude Colliard...), il n'y a pas eu de professeur de droit au Conseil constitutionnel entre 2007 et 2013, jusqu'à la nomination de Nicole Belloubet.

Des membres tels que Marcel Waline et Georges Vedel ont sans doute été connus et nommés grâce, entre autres, à leur œuvre de doctrine ; Marcel Waline avait, en outre, fait partie du *Comité consultatif constitutionnel* et a participé à l'élaboration de l'avant-projet de la Constitution. D'autres professeurs ont beaucoup écrit sur les libertés, le droit constitutionnel et les institutions politiques françaises et étrangères, tels François Goguel, Jacques Robert, François Luchaire (qui a également collaboré aux travaux du Comité consultatif constitutionnel en tant que conseiller à la présidence du conseil de 1957 à 1958). Cela a pu accréditer leur nomination. D'autres encore ont défendu les libertés, par exemple, à la fois dans la pratique ou en politique et à travers l'enseignement comme cela a été le cas pour René Cassin et Robert Badinter.

En revanche, ces dernières décennies, les membres du Conseil constitutionnel n'ont pas été recherchés parmi les spécialistes du contentieux constitutionnel. Cela peut s'expliquer logiquement par la crainte de faire entrer au Conseil constitutionnel un membre trop attaché à la technique contentieuse. Lors du Congrès de l'AFDC de juin 2013, Dominique Rousseau considérait que les membres de la doctrine ayant écrit sur le Conseil constitutionnel n'ont pratiquement aucune chance d'y être nommé.

Par ailleurs, si en pratique la plupart des membres qui ont siégé au Conseil constitutionnel ont une formation juridique, une telle formation n'est exigée par aucun texte. Ainsi, l'affirmation, bien que nuancée par la suite, de Jean-Denis Bredin selon laquelle « le juge peut toujours ignorer la doctrine ou s'en moquer : il reste d'une certaine manière son enfant »⁶⁰ n'est pas toujours vraie au Conseil constitutionnel. Toutefois, sans être « l'enfant de la doctrine », chaque membre du Conseil constitutionnel peut être influencé par celle-ci que se soit sous l'effet de l'influence de ses pairs ou de son propre investissement quant aux problèmes juridiques posés lorsqu'une loi est contestée.

Enfin, l'influence des membres-professeurs de droit sur les autres membres du Conseil constitutionnel apparaît limitée, même lorsqu'ils furent au nombre de trois (entre 1964 et

⁶⁰ *Précité*, p. 113.

1971 siégeaient Marcel Waline, René Cassin et François Luchaire)⁶¹. Dans la préface aux *Grandes délibérations du Conseil constitutionnel*, B. Mathieu souligne que « Le caractère essentiellement juridique du débat met en valeur les interventions des membres du Conseil, professeur de droit, notamment François Luchaire et Georges Vedel [...]. Si le rôle des professeurs est éminent, il doit cependant être relativisé [...]. Ainsi Georges Vedel est assez souvent mis en minorité, même si ses qualités de juriste et de pédagogue renforcent incontestablement la rigueur du raisonnement juridique »⁶². Le rôle joué par les membres professeurs de droit fut, en effet, important dans le rappel des textes et l'explicitation de leur sens mais également dans le processus de juridictionnalisation du Conseil constitutionnel supposant notamment une certaine rigueur méthodologique tant dans l'interprétation et le raisonnement que dans la rédaction de la décision. Leurs connaissances, notamment des systèmes étrangers, leur confèrent également un certain recul par rapport aux questions soumises au Conseil constitutionnel. Ainsi, lors des délibérations de la décision du 16 juillet 1971, François Luchaire rappela aux autres membres du Conseil constitutionnel les enjeux de la solution que le Conseil constitutionnel allait retenir quant l'évolution du rôle du Conseil constitutionnel « régulateur de l'activité des pouvoirs publics » vers celui d'un « défenseur des libertés »⁶³.

2) La participation indirecte de la doctrine à la création de la jurisprudence constitutionnelle

Il n'existe pas de mécanisme autre que les auditions d'expert au cours de l'instruction, permettant éventuellement au Conseil constitutionnel de consulter des membres de la doctrine. Dans le cadre du contrôle *a priori*, ces auditions « ne sont (pas) publiques, ni même portées à la connaissance du public »⁶⁴. Elles ont été officialisées dans le cadre des QPC, par l'article 6 al. 1^{er} du règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les QPC⁶⁵. En revanche, officieusement, des relations plus fréquentes qu'auparavant se sont nouées entre la doctrine et le Conseil constitutionnel autour, par exemple, de déjeuners organisés au Conseil constitutionnel à l'occasion de la sortie de numéros des *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* – l'ensemble des contributeurs y est systématiquement invité –. Par ailleurs, de plus en plus de colloques sont organisés au Conseil constitutionnel qui favorisent ainsi des échanges entre la juridiction et la doctrine. Cela fait partie de la stratégie de communication du Conseil constitutionnel et témoigne, selon Marc Guillaume, d'« une volonté délibérée d'enrichissement » de la part du Conseil constitutionnel. Il souligne, en effet, que ces rencontres sont utiles car ces échanges informels peuvent apporter beaucoup au Conseil constitutionnel, même si l'on ne sait pas forcément à l'avance de quelle manière et à quel moment. De la même façon, les membres du Conseil constitutionnel, son Président, son secrétaire général participent eux-mêmes à de nombreux

⁶¹ B. MATHIEU, J.-P. MACHELON, F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, D. ROUSSEAU, X. PHILIPPE, *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel (1958-1986)*, Dalloz, 2^e éd., 2014, pp. 133-136.

⁶² *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel (1958-1986)*, précité, p. 9.

⁶³ *Id.*, p. 148, 48.

⁶⁴ Voir J.-E. SCHOETTL, « Ma cinquantaine rue de Montpensier », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 25, 2009.

⁶⁵ Il dispose : « Lorsque, pour les besoins de l'instruction, le Conseil décide de recourir à une audition, les parties et les autorités mentionnées à l'article 1^{er} sont invitées à y assister. Il leur est ensuite imparti un délai pour présenter leurs observations ».

colloques, journées d'études, soutenance de thèse, prix divers favorisant ces échanges. Ceci confirme que « la pensée juridique paraît disposer, pour s'imposer, de chemins multiples, impossibles à inventorier – ni à décrire »⁶⁶.

3) La participation occasionnelle de la doctrine à la création de la jurisprudence constitutionnelle

Il n'existe aucun mécanisme *ad hoc* de consultation de la doctrine. Aucune procédure d'*amicus curiae* n'est prévue. En revanche, s'est développée la pratique des « portes étroites », selon l'expression du Doyen Georges Vedel⁶⁷, qui peut permettre à quiconque, donc également aux membres de la doctrine, d'attirer l'attention des membres du Conseil constitutionnel à l'occasion de l'examen d'une loi par celui-ci. Il s'agit, en effet, d'une « voie par laquelle des personnes physiques ou morales dépourvues de qualité pour agir adressent au Conseil constitutionnel, saisi d'un texte, des mémoires informatifs confirmant ou contestant sa constitutionnalité »⁶⁸. Cela se fait donc de manière spontanée, sous forme de courrier adressé au Conseil constitutionnel et pour lequel aucune publicité officielle n'est assurée. Par ailleurs, aucune référence à ces interventions, dans le cadre du contrôle *a priori*, ne figure dans les décisions du Conseil constitutionnel de telle manière qu'il n'est pas possible de mesurer qu'elle a pu être l'influence de telles ou telles observations présentées dans le cadre d'une « porte étroite » sur la décision rendue par le Conseil constitutionnel. Cette procédure informelle s'est développée à partir des années 1970⁶⁹. Bien évidemment, lorsque cette porte étroite est rédigée par un universitaire mais pour un tiers (ordre professionnel, association, syndicat...), l'opinion exprimée par le professeur de droit est au service de celui qui l'a chargé de la rédaction de ce courrier et qui, en principe, finance la consultation ainsi réalisée. La liberté intellectuelle, que suppose l'expression d'une opinion doctrinale, n'est donc pas nécessairement présente.

D'après le Secrétaire général, Marc Guillaume, le professeur Guy Carcassonne fut l'un de ceux qui, soit pour un tiers, soit en son nom, a utilisé le plus fréquemment cette voie⁷⁰.

D'autres universitaires ont tenté d'influencer le Conseil constitutionnel par le biais d'une porte étroite. Ainsi, en 2011, dans le cadre de la loi « Besson » relatif à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité, plusieurs universitaires du CRDFED sous la direction du professeur Redor ont déposé un « mémoire » contestant la constitutionnalité de la loi⁷¹. De même, la loi relative à la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et au jugement des mineurs a fait l'objet d'une « Lettre ouverte adressée aux membres du

⁶⁶ J.-D. BREDIN, *précité*, p. 114.

⁶⁷ G. VEDEL, « La porte étroite », *La vie judiciaire*, 11-17 mars 1991 ; « Excès de pouvoir législatif et excès de pouvoir administratif », *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 1/1996, p. 60.

⁶⁸ P. JAN, *La saisine du Conseil constitutionnel*, LGDJ, 1999, p. 680.

⁶⁹ Voir B. MATHIEU et alii, *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel (1958-1986)*, Dalloz, 2014, p. 236, n° 14.

⁷⁰ M. GUILLAUME, « Guy Carcassonne et le Conseil constitutionnel », *Pouvoirs*, Actualités, site internet consulté le 28 août 2014, <http://www.revue-pouvoirs.fr/Guy-Carcassonne-et-le-Conseil.html>

⁷¹ Voir <http://www.fondamentaux.org/2011/05/18/clinique-juridique-des-droits-fondamentaux-porte-etroite-envoyee-au-conseil-constitutionnel/> (consulté le 28 août 2014) et voir la décision 631 DC du 9 juin 2011.

Conseil constitutionnel », également intitulée « Saisine informelle », en date du 6 juillet 2011 par le Club Droits, Justice et Sécurités composé de professeurs de droit et d'avocats⁷².

La question des interventions de la doctrine auprès du Conseil constitutionnel s'est également posée au sein de l'*Association française de droit constitutionnel* lors de l'adoption de la *Loi visant à réprimer la contestation de l'existence des génocides reconnus par la loi*, qui avait soulevé une polémique notamment parmi les enseignants-chercheurs. Une porte étroite a été rédigée par certains membres de l'Association⁷³ et, lors de son Conseil d'administration, plusieurs membres ont plaidé pour que ce type de démarche ne se fasse pas au nom de l'Association mais par les membres en leur nom propre⁷⁴. Le Conseil constitutionnel a déclaré cette loi non-conforme à la Constitution dans sa totalité⁷⁵. Si les membres du Conseil d'administration de l'Association reconnaissent que le Conseil constitutionnel les a suivis, une fois de plus aucun lien officiel entre le courrier envoyé et la solution retenue ne pourra être établi jusqu'à l'ouverture des archives relatives aux délibérations sur cette décision.

Dans le cadre de la QPC, l'influence de la doctrine pourrait dans certains cas, emprunter la voie plus officielle des interventions prévues à l'article 6 du règlement du 4 février 2010⁷⁶ ; mais encore faut-il que l'intervenant puisse arguer d'un « intérêt spécial ». En effet, l'alinéa 2 de cette disposition prévoit que « *lorsqu'une personne justifiant d'un intérêt spécial adresse des observations en intervention relatives à une question prioritaire de constitutionnalité dans un délai de trois semaines suivant la date de sa transmission au Conseil constitutionnel, mentionnée sur son site internet, celui-ci décide que l'ensemble des pièces de la procédure lui est adressé et que ces observations sont transmises aux parties et autorités mentionnées à l'article 1^{er}* ». L'intervenant est également admis à présenter des observations orales lors de l'audience. La notion d'intérêt spécial s'est précisée au fil de la jurisprudence. Ainsi, dans la décision 353 QPC du 18 octobre 2013, se penchant sur la question de l'existence ou non d'une clause de conscience des officiers d'état civil dans le cadre de la célébration d'un mariage, le Conseil constitutionnel a estimé que le seul fait que les maires aient à appliquer la loi relative au mariage pour tous ne constituait pas un intérêt spécial justifiant qu'ils puissent présenter des observations en intervention devant lui. Il convient de souligner que le Conseil constitutionnel n'a pas à motiver le refus d'une intervention.

Qu'il s'agisse de portes étroites ou d'interventions non admises à titre officiel par le Conseil constitutionnel, leur caractère officieux ne leur empêche pas d'avoir une influence sur les membres du Conseil constitutionnel ou même de se transformer en griefs soulevés d'office par la juridiction. Ainsi, Olivier Dutheillet de Lamothé confiait-il que les portes étroites, en particulier « sont un moyen d'enrichissement très important de la réflexion. Ces portes

⁷² Voir <http://www.droits-justice-et-securites.fr/wp-content/uploads/2011/07/DJS-Lettre-ouverte-aux-membres-du-C.-Constit-06-07-111.pdf> consulté le 28 août 2014.

⁷³ Voir X. PHILIPPE, « *Amicus curiae* dans l'affaire de la pénalisation de la négation du génocide arménien », *Constitutions*, 2012, p. 389.

⁷⁴ Voir sur le site de l'AFDC, consulté le 28 août 2014, <http://www.droitconstitutionnel.org/afdc/CRCA130612.html>

⁷⁵ Décision n° 2012-647 DC du 28 février 2012.

⁷⁶ Règlement intérieur sur les procédures suivies par le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité.

étroites nous ont beaucoup plus apporté que les mémoires. Le contrôle *a priori* du Conseil constitutionnel vit dans un climat d'une grande pauvreté intellectuelle. Les recours sont souvent de faible qualité, à peine contrôlés par le Groupe politique qui les dépose, en décalage complet avec les exceptions d'irrecevabilité qui sont souvent de très grande qualité. C'est un vrai bonheur pour un rapporteur et pour les juges d'avoir une porte étroite dans une affaire. C'est un vecteur extrêmement puissant. C'est dommage qu'un potentiel de recherche si important vive uniquement en vase clos pour l'université »⁷⁷.

Enfin, si la doctrine n'est pas directement présente devant le Conseil constitutionnel, elle l'est fréquemment de manière indirecte à travers les lettres de saisine parlementaire ou derrière la rédaction de mémoires QPC. En effet, divers professeurs sont sollicités par les parlementaires pour la rédaction des lettres de saisine et, depuis l'adoption de la QPC, par des personnes physiques ou morales souvent par l'intermédiaire de leur avocat.

Ces mécanismes incluent-ils le recours éventuel à des opinions de la doctrine étrangère (droit comparé) ?

En France, l'influence du droit étranger sur le juge constitutionnel est extrêmement faible. Rares sont les décisions qui comportent dans leur dossier documentaire des références aux solutions des juridictions constitutionnelles étrangères et si tant est que ces solutions soient présentes, cela ne signifie pas qu'elles influencent le juge constitutionnel ; elles jouent un rôle d'information. L'ouverture des archives du Conseil constitutionnel met en lumière certaines références au droit étranger. En revanche, lorsqu'un dossier documentaire est préparé par le service de documentation, il n'y a pas de référence à la doctrine étrangère à la fois par manque de temps et de matière (car cela supposerait que le service de documentation soit abonné à diverses revues étrangères).

B - La prise en compte de la doctrine par la jurisprudence constitutionnelle

L'influence que peut avoir la doctrine sur le juge constitutionnel français, et sur sa jurisprudence, est difficile à déterminer. En effet, aucune référence directe aux écrits doctrinaux ne se trouve dans les décisions rendues par le Conseil constitutionnel. Cela tient à la manière dont sont rédigées et motivées les décisions de justice en France. Pas plus qu'on ne trouve de telles références dans les arrêts rendus par le Conseil d'État et la Cour de cassation, on ne trouve de référence à la doctrine dans les décisions du juge constitutionnel. Pour autant, le juge constitutionnel français n'ignore pas cette doctrine, loin de là. Tout d'abord, les dossiers documentaires distribués à chaque membre du Conseil constitutionnel concernant telle affaire ou telle loi disposent d'une rubrique consacrée à la doctrine sur cette question. Cette rubrique n'est cependant pas diffusée sur le site du Conseil constitutionnel, elle est effacée lors de sa mise en ligne ; le Conseil constitutionnel souhaitant, d'une part, ménager les susceptibilités de la doctrine en général (eu égard à la sélection faite par le service de documentation et le service juridique) et ne souhaitant pas faire croire à une possible influence de tel ou tel auteur. Le Directeur du service juridique rappelle que le Conseil constitutionnel n'a pas pour rôle d'établir ce qui pourrait apparaître comme un classement

⁷⁷ Compte rendu du Conseil d'administration de l'AFDC du 13 juin 2012, <http://www.droitconstitutionnel.org/afdc/CRCA130612.html> consulté le 28 août 2014.

parmi les auteurs de doctrine. Le Secrétaire général du Conseil constitutionnel souligne pour sa part que la doctrine est utilisée dans un but informatif.

Notons que depuis quelques années les références à la doctrine sont de plus en plus nombreuses dans les commentaires figurant sur le site du Conseil constitutionnel⁷⁸. Ceci est une tendance assez récente et certains commentaires n'hésitent pas à s'appuyer sur tel ou tel auteur pour conforter un raisonnement juridique ou au contraire pour écarter des arguments proposés par la doctrine. Le Secrétaire général du Conseil constitutionnel a souligné que ces commentaires sont commencés à être rédigés avant le délibéré et finalisés après celui-ci et l'adoption de la décision. Les références plus ou moins importantes à la doctrine dans ces commentaires dépendent en fait du temps dont dispose le service de documentation et le service juridique en fonction du mode de saisine. Plus la saisine est certaine, plus les références seront nombreuses si matière il y a. Cela a été le cas de la décision 669 QPC (Mariage entre personnes de même sexe), dans le commentaire de laquelle les références à la doctrine sont nombreuses à la fois pour conforter le raisonnement juridique proposé mais également pour critiquer un contresens dans l'interprétation ou la lecture d'une décision de la part de la doctrine.

Par ailleurs, la publication des grandes délibérations du Conseil constitutionnel, et la possibilité d'accéder à ses archives, permet de mieux mesurer l'influence qu'a pu avoir la doctrine dans telle ou telle décision. Ainsi, les références à la doctrine visent à expliquer un point de droit ou conforter le point de vue exprimé par l'un des membres du Conseil constitutionnel⁷⁹. La doctrine peut donc être utilisée de manière opportune au soutien d'une argumentation. Toutefois, « Si les références à la doctrine sont présentes, elles n'occupent pas une place excessive »⁸⁰. Dans la plupart des cas, la doctrine joue un rôle d'information, de classification, de simplification. Elle éclaire le juge.

La doctrine peut aussi avoir pour effet de stimuler le juge, soit dans sa réflexion, soit parce la juridiction s'est montrée au fil du temps de plus en plus attentive à la manière dont seraient perçues ses décisions notamment par la doctrine⁸¹.

Au-delà de ce constat, l'influence réelle de la doctrine sur le juge constitutionnel ne peut être certifiée. Si certaines thèses, par exemple, ont précédé des évolutions jurisprudentielles, rien dans les décisions ne permet de certifier qu'elles ont directement influencé une évolution jurisprudentielle et que cette évolution ne provient pas du juge lui-même qui s'est peut-être nourri de cette thèse parmi d'autres éléments. Ainsi, établit-on un lien les travaux de Thierry Renoux sur la liberté individuelle et la liberté personnelle, ainsi que la thèse soutenue par Annabelle Pena en 1998⁸², défendant une protection constitutionnelle autonome de la liberté d'aller et de venir par rapport à la liberté individuelle, et l'évolution de la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Ce dernier a, en effet, procédé progressivement au démembrement d'une conception large de la liberté individuelle, englobant jusque-là la liberté d'aller et de

78 Voir, outre les commentaires des décisions QPC, les commentaires des décisions 535 DC, 560 DC, 604 DC, 669 DC...

79 Voir *Les grandes délibérations...*, précité, p. 150, § 51.

80 *Id.*, p. 13

81 *Id.*, p. 50 et p. 163.

82 *Les rapports entre la liberté individuelle et la liberté d'aller et de venir dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Aix-en-Provence, 1998, sous la direction de L. Favoreu.

venir, la vie privée, l'inviolabilité du domicile et le secret des correspondances, et conduisant à attribuer une compétence systématique au juge judiciaire en vertu de l'article 66 de la Constitution. De même, les auteurs du Code constitutionnel soulignent plusieurs évolutions de jurisprudence qui pourraient laisser supposer que le Conseil constitutionnel ait suivi les observations effectuées à propos de telle disposition ou telle jurisprudence⁸³. De la même façon les travaux de B. Mathieu, et de ses doctorants, sur la sécurité juridique, le principe de confiance légitime, la qualité de la loi, ... En tous cas, voir quelques idées exprimées dans un article, un commentaire, une thèse, un code, un ouvrage, repris par la juridiction constitutionnelle est une forme de consécration et de reconnaissance. Or, tout chercheur est en quête de reconnaissance. Xavier Magnon souligne à ce propos : « Quel universitaire, malgré sa modestie naturelle, ne se satisfera pas de ce que le juge aura « repris » ou validé une notion, une analyse, une « position » qu'il aura défendue ? »⁸⁴. Cependant, cette quête de reconnaissance, qui passera par une mise en valeur par le Conseil constitutionnel lui-même, à travers un prix de thèse, la direction d'une chronique ou d'un numéro du Conseil constitutionnel, ne constitue-t-elle pas un danger pour l'objectivité du chercheur qui pourrait craindre, à ne pas mesurer sa critique, de tomber en disgrâce ? Si la question se pose, en tous cas force est de reconnaître que tous les écrits publiés par le Conseil constitutionnel ne sont pas absolument déférents envers celui-ci. Ainsi, Agnès Roblot-Troizier n'hésite pas à critiquer une jurisprudence du Conseil constitutionnel à l'intérieur de sa chronique publiée dans les *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*⁸⁵. Par ailleurs, même si le Conseil constitutionnel lui-même affirme ne pas exercer de censure sur le contenu des publications dans les *Cahiers*, ce que plusieurs auteurs confirment, le fait même d'être sollicité pour écrire dans les *Cahiers* de l'institution n'incite-t-il pas à l'autocensure ? La question qui se pose alors est de savoir si ces *Cahiers du Conseil constitutionnel*, même dans leur version renouvelée, ne perd pas en crédibilité quant à la distance des opinions exprimées par rapport à l'objet d'étude, quelle que soit la valeur de son contenu, du fait d'être orchestrée directement par le Conseil constitutionnel ? Tel le papillon attiré par la lumière, l'auteur trop proche du Conseil constitutionnel ne risque-t-il pas, pour garder cette relation privilégiée avec la haute instance ou parce que le Conseil constitutionnel est envisagé comme une porte d'entrée vers une influence sur les institutions (audition, nomination à une commission de réflexion sur les institutions...), de voir se consumer sa liberté de critique ?

Par conséquent, on ne peut pas noter en matière constitutionnelle un déclin de la doctrine ; bien au contraire cette doctrine, dans sa diversité est de plus en plus présente. Cela ne veut pas dire pour autant que l'influence soit réelle.

⁸³ En particulier les travaux de T.S. RENOUX sur la liberté personnelle (Code constitutionnel, 2014, DDHC, article 2 (§ 27), sur les sanctions administratives (Code constitutionnel, précité, article 8 DDHC, § 86 ou encore sur l'élément moral de l'infraction pénale (Code constitutionnel, art. 9 DDHC, § 71), l'article 16 comme source unique de protection des droits des justiciables (Code constitutionnel, art. 16 DDHC, § 19).

⁸⁴ X. MAGNON, *RDP*, précité, p. 150.

⁸⁵ Notamment sur la décision 2013-336 QPC du 1^{er} août 2013, *Société Natixis Asset Management*.

1) Les méthodes d'intégration des opinions doctrinales dans la jurisprudence

La consultation de la doctrine reste optionnelle. Cependant, le rapporteur dispose d'un dossier documentaire très fourni, préparé par le Service de documentation du Conseil constitutionnel, contenant les références à la doctrine pertinente sur le sujet traité.

Si des propos sont échangés sur tel ou tel point qui pourrait poser problème dans une loi ou à l'occasion d'une affaire, selon Marc Guillaume, ils restent de l'ordre de la discussion « à blanc » c'est-à-dire dans la mesure où le Conseil constitutionnel n'est pas ou pas encore saisi précisément de cette question. En revanche, une fois que le dossier est instruit, Marc Guillaume rappelle qu'il s'agit d'une instruction publique régie par le principe du contradictoire. Cela suppose donc qu'il n'y ait pas de consultation de tel ou tel membre de la doctrine à titre informel. L'influence de la doctrine se situe donc plus en amont, dans la construction de la réflexion qui mènera à la décision.

2) Les éléments de variation de la prise en compte de la doctrine

Il n'existe pas d'indicateur objectif de l'influence de la doctrine, y compris non juridique, dans les décisions. Cela transparait, en revanche, dans les délibérations qui sont désormais accessibles. Un délai de 25 ans pour l'accès aux archives du Conseil constitutionnel doit être respecté (Décision du Conseil constitutionnel du 9 juillet 2008).

3) Quel jugement porte le juge constitutionnel ou les membres du Conseil constitutionnel sur la doctrine ?

Georges Vedel, qui a pu vivre à la fois l'expérience de membre de la doctrine et de juge constitutionnel, souligne les rôles différents qu'occupent l'un et l'autre. Il concède que « Le juge porte quelque fois une appréciation sévère sur tel commentaire qu'il juge infidèle à ce qu'il a voulu dire, oubliant que le juge est un peu comme le poète ! Je veux dire par là qu'il délivre un message et, une fois le message délivré, il n'a pas plus d'autorité que le lecteur ordinaire pour dire comment il faut le comprendre »⁸⁶. Ceci est une autre manière de rappeler que l'interprétation évolue et que l'interprétation qui fait foi à un moment donné est celle voulue par la majorité. De l'autre côté, « l'homme de doctrine veut que la jurisprudence soit fidèle à la théorie enseignée à la faculté »⁸⁷. Pour G. Vedel, « il existe entre le juge et la doctrine, des rapports de nature « relativiste ». Je veux dire par là que c'est bien des mêmes choses que parlent l'un et l'autre mais ils n'en parlent pas du même point de vue »⁸⁸. Il emprunte pour cela l'image du conducteur, prudent et parfois audacieux, pour ce qui concerne le juge et du spectateur, pour ce qui concerne la doctrine, qui est volontiers « rêveur » et aurait tendance à en attendre toujours plus du juge et à le pousser à aller plus loin, mais qui a également pour vertu, lorsque la critique est constructive, de pousser le juge à l'autocritique. Ainsi exhorte-t-il les auteurs de doctrine à ne pas se borner à critiquer mais à apporter des

⁸⁶ G. VEDEL, « Doctrine et jurisprudence constitutionnelles », *RDP*, 1989, n° 1, p. 11.

⁸⁷ *Ibid.*

⁸⁸ *Id.*, p. 12.

solutions au juge⁸⁹. Georges Vedel s'est parfois montré sévère à l'encontre de ses pairs quand il estime, en désignant la doctrine, que « Son rôle d'aiguillon est utile, mais il s'exerce dangereusement quand il invite le juge à des dérives »⁹⁰ dont celle qu'il identifie comme « la plus dangereuse » de toutes : « la prétendue liberté totale d'interprétation » du juge⁹¹.

III - La construction d'une doctrine par la juridiction constitutionnelle

A - La justice constitutionnelle peut-elle faire œuvre de doctrine ?

On distinguera ici la doctrine au sens habituel du terme tel que nous l'avons explicité en introduction, de la doctrine d'une juridiction tel que le concevait Lafferrière⁹² et qui désigne une position clairement et régulièrement affirmée par la juridiction dans le cadre des décisions qu'elle rend. Il s'agit d'une jurisprudence constante qui, certes, est étayée par un raisonnement juridique, une motivation, qui caractérise la juridiction ; toutefois, cette utilisation du terme « doctrine » déborde le cadre du sujet car il consisterait déjà à déterminer ce qui, à travers la jurisprudence d'une juridiction peut-être ou non qualifié de doctrine⁹³. Par conséquent, la « doctrine » de la juridiction constitutionnelle englobera ici les écrits et communications de la juridiction, au nom de la juridiction et ceux de ses membres mais ne se réfère qu'aux opinions exprimées en dehors de la décision de justice ayant autorité de chose jugée. A la marge, seront également évoquées les opinions exprimées par les juges dans le cadre des délibérations.

1) La juridiction constitutionnelle peut-elle être la source d'une doctrine organique ?

Sur son site internet, le Conseil constitutionnel a pris la liberté de mettre en ligne un certain nombre d'informations et de documents qui se sont multipliés avec le temps. Le Conseil constitutionnel a donc besoin de communiquer sur ce qu'il fait. Cela contribue à sa visibilité qu'à une meilleure compréhension de ses décisions, dont la lecture est parfois rendue difficile en raison de la complexité des matières examinées. Cette documentation et ces informations peuvent être répertoriées de la façon suivante.

Les informations et documents annexés à chaque décision :

- Figurent tout d'abord, au-delà de la décision, **la lettre de saisine, et les observations du Gouvernement**, qui peuvent à la fois développer une argumentation doctrinale ou étayer

⁸⁹ « Quand la doctrine fait une prospection théorique qui n'est pas, au moins ouvertement, du ressort du juge, elle est pleinement dans son rôle. Aussi voudrais-je orienter les commentateurs et les auteurs vers une conception dans laquelle ils s'efforceraient non seulement d'aider le Conseil à percevoir ses propres défauts ce qui est bien, mais n'est qu'un premier temps, mais aussi de lui dire comment les corriger », *id.*, p. 17.

⁹⁰ « Préface » in G. DRAGO, B. FRANÇOIS, N. MOLFESSIS, *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Economica, 1999, p. XII.

⁹¹ *Id.*, p. XIV.

⁹² « Il faut qu'il se dégage de la jurisprudence un courant de doctrine assez puissant et assez régulier pour qu'on sente son influence dans chaque décision particulière », cité par J. Rivero, « Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit administratif », *Études et documents du Conseil d'État (EDCE)*, 1955, p. 33.

⁹³ Dans la délibération relative à la décision n° 80-127 DC des 19 et 20 janvier, 1981, *Sécurité et liberté*, par ex, Georges Vedel utilise lui-même le terme « doctrine » pour désigner une jurisprudence antérieure. Voir, *Les grandes délibérations...*, précité, p. 370.

le raisonnement juridique de références doctrinales. A noter que pour la QPC ne figurent pas le mémoire des requérants et les mémoires en réplique. Pour les décisions électorales, par exemple, ne figurent pas non plus les requêtes telles qu'adressées au Conseil constitutionnel.

- pour chaque décision rendue figure en ligne un **communiqué de presse**. Les premiers communiqués de presse sont apparus en ligne sur le site du Conseil constitutionnel fin 1997 (décision 393 DC du 18 décembre 1997) mais ne deviendront systématiques pour les décisions DC qu'à partir de 2000⁹⁴. Ils le sont également pour les décisions LP et les QPC. En revanche, ces communiqués ne sont pas systématiques pour les décisions rendues dans le cadre des autres contentieux relevant de la compétence du Conseil constitutionnel, le communiqué de presse dépendant souvent de l'intérêt de la décision rendue.

Ces communiqués peuvent traiter de plusieurs décisions rendues le même jour. Ils visent à expliquer dans les grandes lignes le sens de la décision rendue.

- à chaque décision sont également attachés **un ou plusieurs dossiers documentaires**. Ce dossier documentaire, dans la partie mise en ligne, contient *a minima*, pour les décisions rendues dans le cadre du contrôle de constitutionnalité, un rappel des normes de références et des extraits de la jurisprudence constitutionnelle pertinente relative à ces normes de références. N'apparaît pas la partie relative à la doctrine pertinente sur le ou les thèmes abordés par la décision. Pourtant, ces éléments figurent dans le dossier documentaire tel que transmis par le service de documentation du Conseil constitutionnel aux membres du Conseil constitutionnel, à son secrétaire général et au service juridique. Pour les autres contentieux, les dossiers documentaires ne sont pas toujours présentés en ligne. Ces dossiers se sont étoffés au fil du temps contenant : des extraits des travaux parlementaires relatifs aux dispositions contestées, la présentation de la législation consolidée, des références à la jurisprudence d'autres juridictions françaises ou étrangères (voir les deux dossiers documentaires relatifs à la décision 669 DC). Toutes ces informations ne constituent pas en elles-mêmes de la doctrine. Cependant, ces dossiers documentaires peuvent très exceptionnellement contenir des informations sur le sens à donner à une décision. Ainsi, dans le dossier attaché à la décision 2005-31 REF du 24 mars 2005, *Hauchemaille et Meyet*, figure une rubrique « Annexes » qui dans son B. explicite l'utilisation par le Conseil constitutionnel de l'expression « en tout état de cause » dans ses décisions. Or, ces éléments n'auraient pas été accessibles à un chercheur qui ne se serait pas consacré précisément à cette recherche. Dans ce paragraphe, le sens à donner à cette expression dans les décisions du Conseil constitutionnel est clairement précisé. Cela constitue une véritable clef de lecture des décisions, une forme de guide pour mieux les comprendre et éviter sans doute, dans ce cas précisément, d'extrapoler outre-mesure son contenu. En effet, dans cette décision, il ne s'agissait ni plus ni moins de savoir si le Conseil constitutionnel avait accepté de contrôler la constitutionnalité d'un projet de loi autorisant la ratification d'un traité international soumis à référendum, à travers l'examen du décret présidentiel décidant de soumettre un projet de loi au référendum dans le cadre précis, et exceptionnel, du contentieux des actes préparatoires au référendum.

Sous certaines décisions ont figuré plusieurs dossiers documentaires retraçant ce qui se trouve aujourd'hui sous la partie Historique. Sous le second dossier documentaire de la décision 669 DC figurent des « éléments de comparaison » : trois décisions de Cours

⁹⁴ Trois exceptions sont à noter seulement concernant des modifications de règlement des assemblées. Voir M. METHIVIER, *De l'usage du communiqué de presse par le Conseil constitutionnel*, Mémoire de Master II, Droit public approfondi, 2014, p. 41.

constitutionnelles (Belgique, Espagne, Portugal) ayant eu à se prononcer sur la question du mariage entre personnes de même sexe.

- Les **commentaires** (rubrique sur laquelle nous reviendrons plus loin) sont annexés aux décisions depuis 1995 (décision n° 95-15 I du 18 janvier 1996) ; ce qui correspond à la date de parution des premiers Cahiers du Conseil constitutionnel publiant ces commentaires.

- Les **références doctrinales** relatives à la décision sous forme de liste.

On notera également que la liste des informations données sur la décision est très fournie. Si certaines décisions ont pu compter près d'une vingtaine de rubriques (ex. 2012-662 DC du 29 décembre 2012), le nombre de celles-ci a été réduit, sans doute par souci de lisibilité. Ainsi, sur les dernières décisions est apparue une partie « Historique », qui englobe ce que l'on pouvait trouver ces dernières années sous les rubriques « dossier documentaires complémentaires » pouvant contenir plus d'un millier de pages (ex. décisions 690 DC ou 691 DC). La rubrique « Historique » retrace les modifications subies par les dispositions examinées, le contenu des projets de loi, les rapports, les textes des commissions, les amendements, ainsi que les débats parlementaires sur les dispositions contestées.

Dans certains cas, les décisions ont été traduites : ainsi, la décision 2014-694 DC du 28 mai 2014, *Loi relative à l'interdiction de la mise en culture des variétés de maïs génétiquement modifiés* a été traduite en trois langues (anglais, espagnol, allemand)⁹⁵.

Pour les QPC, outre la décision du Conseil constitutionnel, le communiqué de presse, le dossier de renvoi de la juridiction suprême, le dossier documentaire et le commentaire, est disponible, en accès vidéo, une retransmission de l'audience.

Informations et documentation non annexées aux décisions :

Outre ces informations que l'on trouve directement dans le dossier annexé à la décision, le site du Conseil constitutionnel offre tout un panel de documentation à travers diverses rubriques dont certaines peuvent être véritablement considérées comme « la doctrine du Conseil constitutionnel ». Ainsi, dans la rubrique « Présentation générale » du Conseil constitutionnel, en introduction, il est écrit « Le Conseil constitutionnel n'est pas une cour suprême au-dessus du Conseil d'État et de la Cour de cassation ». La question de la place du Conseil constitutionnel parmi les institutions, et plus particulièrement les juridictions, qui fait débat en doctrine, est donc directement tranchée par le Conseil constitutionnel.

Le site du Conseil constitutionnel fait par ailleurs une place très importante à la doctrine. Ainsi, en va-t-il de la présentation en vidéo du Conseil constitutionnel à la fois par des membres et anciens membres du Conseil constitutionnel et par des professeurs tels que Guy Carcassonne et Olivier Duhamel. Cette rubrique comporte également une bibliographie « indicative » classée de manière « chronologique » (sans doute pour ne froisser aucun auteur).

Dans la rubrique « Constitution » se trouve une entrée « la Constitution en vingt questions » dont la réponse a été confiée à des « spécialiste(s) du droit constitutionnel », et

⁹⁵ Voir également, par exemple, la 669 DC, précité et la 458 QPC du 20 mars 2015, *Obligation vaccinale*.

regroupant, notamment, des auteurs provenant de diverses universités ayant écrit le plus sur le Conseil constitutionnel (à l'occasion des cinquante ans de celui-ci). On trouve également une rubrique « documentation » sur le site du Conseil constitutionnel renvoyant à un certain nombre de « dossiers thématiques ». Certains de ces dossiers ont été constitués à l'occasion d'évènements donnant lieu à des colloques (ex. : actes du colloque de 2001 sur l'anniversaire de la loi de 1901, cinquantenaire du Conseil constitutionnel en 2008, actes du colloque en hommage à Guy Carcassonne en 2014), d'autres à l'occasion de décisions ou de scrutins particuliers. Ces derniers se veulent très pédagogiques. Cette rubrique renvoie également aux commentaires des décisions du Conseil constitutionnel mais aussi aux « contributions, discours et articles des membres du Conseil constitutionnel » depuis 1998 (on trouve sous cette rubrique également des articles rédigés par le service juridique, par le secrétaire général du Conseil constitutionnel, par des stagiaires au Conseil constitutionnel mais également par des personnes extérieures au Conseil constitutionnel (Jean-Paul Costa, Françoise Tulkens, Lech Garlicki...). Sous cette rubrique figure donc à la fois de la doctrine des membres du Conseil constitutionnel et de la doctrine extérieure au Conseil constitutionnel. Il convient de noter que cette rubrique s'est considérablement enrichie depuis 2004 ; les discours, interventions et communications se sont multipliés depuis la présidence de Pierre Mazeaud. Les membres du Conseil constitutionnel et son Président s'expriment de plus en plus souvent, ils sont également plus souvent sollicités. Ces discours ne figurent cependant pas systématiquement sur le site du Conseil constitutionnel.

Comment considérer ces discours et contributions écrites ? Olivier Dutheillet de Lamothe a, par exemple, beaucoup écrit sur le Conseil constitutionnel et les droits européens, qu'il s'agisse du droit de l'Union ou du droit de la CEDH, durant son mandat. Ainsi, dans une contribution sur « L'influence de la Cour européenne des droits de l'Homme sur le Conseil constitutionnel », présentée le 13 février 2009 à l'occasion de la visite du Président et d'une délégation de la CEDH au Conseil constitutionnel, il démontre cette influence, qui n'est pas à première vue évidente si l'on ne connaît pas la jurisprudence de la CEDH – car il n'y a pas de référence directe à la jurisprudence de cette Cour dans les décisions du Conseil constitutionnel –. A la fin de sa contribution, il s'interroge également sur la possibilité pour le Conseil constitutionnel d'ouvrir les normes de références de son contrôle de constitutionnalité aux dispositions conventionnelles. Cette contribution a une véritable teneur doctrinale puisque l'auteur émet des opinions qui lui sont propres. Il ne se contente pas de synthétiser la jurisprudence du Conseil constitutionnel, il apporte à la connaissance scientifique.

Les interventions du service juridique figurant sur le site du Conseil constitutionnel, quant à elles, défendent l'institution et n'hésitent pas pour cela à s'appuyer sur la doctrine pour conforter les positions du Conseil constitutionnel, d'autant plus lorsqu'il s'agit de sujets délicats (ex. « Le Conseil constitutionnel français en période d'alternance », 1998, en ligne sur le site du Conseil constitutionnel). Il en va de même des écrits du secrétaire général du Conseil constitutionnel. Par exemple, Olivier Schrameck confiait en 1996, à l'occasion du colloque sur *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*⁹⁶ : « le Conseil constitutionnel s'efforce de rendre sa jurisprudence très accessible ; il la diffuse très largement par l'élaboration de recueils qui paraissent moins de six mois après le terme de chaque année civile ainsi que par la confection de tables quinquennales ; il entretient des relations

96 Publié en 1999, références précitées.

personnelles de confiance et d'échanges avec les auteurs de la doctrine dont il apprécie le rôle déterminant et irremplaçable [...] »⁹⁷.

Les **Cahiers du Conseil constitutionnel et les nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel** (en ligne) font également une grande place à la doctrine à travers les thèmes étudiés confiés à un coordonnateur, qui sera libre de choisir les contributeurs, et les chroniques jurisprudentielles. Par ailleurs, concernant les chroniques de jurisprudence, le Conseil constitutionnel a veillé à ce que les femmes universitaires soient autant présentes que les hommes et que les universités de province ne soient pas moins bien représentées que les universités parisiennes.

Enfin, il y a également des textes qui ont pu être publiés sur le site du Conseil constitutionnel et considérés comme ayant donc son adhésion. Ainsi, le « Décalogue à l'usage du législateur » a été publié un temps sur le site du Conseil constitutionnel avant qu'il ne fasse polémique⁹⁸. Ce qui était contestable dans ce texte n'était pas tellement le fond, qui résumait la jurisprudence rendue pendant l'année par le Conseil constitutionnel en dix grands points mais la forme ; cet article sur le ton de la plaisanterie affichait une certaine condescendance vis-à-vis du législateur. Or, il était maladroit de la part du Conseil constitutionnel d'afficher ce texte sur son site. Cela tranchait avec l'attitude respectueuse, prudente et modérée qu'affichait ordinairement cette juridiction. Par ailleurs, des soupçons quant à l'appartenance directe du « haut fonctionnaire », rédacteur de ces lignes, au Conseil constitutionnel, n'ont fait qu'ajouter à cette polémique. En affichant ces dix commandements sur son site, le Conseil constitutionnel, d'une certaine manière, semblait le cautionner. Cette attitude était certainement déplacée et si cet épisode malheureux a fait rire la doctrine et une partie de la classe politique, il n'a pas contribué à la majesté de l'institution.

La place des informations données sur le site du Conseil constitutionnel est donc très importante. L'objectif est de soigner son image, d'en faire une institution relativement « transparente » en favorisant sa visibilité et son accessibilité. L'objectif est également pédagogique, permettre une meilleure compréhension de sa jurisprudence. Cela contribue également à le démarginaliser par rapport aux autres juridictions, tout comme il s'est agi de démarginaliser la Constitution en tant que norme de référence dans les contentieux de droit commun.

Cependant, ces informations rencontrent plusieurs critiques de la part de la doctrine concernant en particulier les commentaires. Xavier Magnon pose ainsi la question suivante : « Que faire des doctrines du Conseil constitutionnel ? »⁹⁹. Il se demande en particulier : « la doctrine universitaire est-elle si maladroitement dans la lecture des décisions du Conseil constitutionnel qu'il soit nécessaire de l'éclairer par une doctrine élaborée par l'institution qui les adopte ? La qualité de la motivation des décisions du juge constitutionnel est-elle à ce point insuffisante qu'il faille la compléter par une doctrine produite par l'institution « Conseil constitutionnel » ? ».

⁹⁷ O. SCHRAMECK, « L'influence de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur l'action gouvernementale », en ligne sur le site du Conseil constitutionnel

⁹⁸ SOLON, « La jurisprudence du Conseil constitutionnel en 2000 : un décalogue à l'usage du législateur ? », *LPA*, 10 janvier 2001, n° 7.

⁹⁹ X. MAGNON, in *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 38, p. 206.

Quelle est la valeur de ces communiqués lorsqu'ils sont publiés au nom de la juridiction et comportent des éléments que l'on ne trouve pas dans la décision elle-même ?

Le problème s'est posé par rapport aux commentaires publiés dans les *Cahiers du Conseil constitutionnel* et figurant désormais sur le site du Conseil constitutionnel. En effet, dans ces commentaires se trouvent des éléments explicatifs de la décision qui permettent d'éclairer le lecteur dans certains cas le sens de la décision. Parfois des indications sont données sur le contenu d'un droit ou d'une notion (ex. pour les critères de reconnaissance des PFRLR¹⁰⁰) alors même que ces précisions ne figurent pas dans la décision. La question de la valeur de ces commentaires se pose alors : peuvent-ils être considérés, à la différence du reste de la doctrine, comme une source du droit ? La même question s'était posée à propos des conclusions des commissaires du Gouvernement du Conseil d'État¹⁰¹ : s'agissait-il de leur propre opinion ou de la doctrine du Conseil d'État ? La réponse est en principe simple : seule la décision se voit conférer une autorité de chose jugée. Toutefois, il faut reconnaître que lorsque la décision donne peu d'informations, on peut être tenté de rechercher dans les commentaires officiels de celle-ci des éléments explicatifs, ne serait-ce que pour envisager les implications et évolutions de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur d'autres situations. La CEDH, elle-même, a pu faire référence à ces commentaires dans plusieurs décisions¹⁰².

Pourtant, sur le site internet du Conseil constitutionnel, figure une rubrique « Statut de l'information » qui explicite la portée de ces informations et documents mis en ligne :

« Seuls engagent le Conseil constitutionnel les textes issus de ses délibérations.

S'agissant des textes normatifs reproduits sur le site, seule la version publiée au *Journal officiel de la République française* fait foi.

Les autres documents sont présentés à titre informatif, qu'ils émanent de personnalités extérieures au Conseil, d'anciens ou de présents membres du Conseil, du Secrétaire général ou des services du Conseil. Ils ne sauraient en aucun cas engager le Conseil constitutionnel »¹⁰³.

Comment ces commentaires sont-ils perçus par la doctrine ?

La doctrine, quelle qu'elle soit, s'appuie sur cette doctrine interne et, en particulier, sur les commentaires des décisions. Cette doctrine interne constitue, en effet, un « support

¹⁰⁰ La décision 520 DC du 22 juillet 2005 (*Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 19), par exemple, dessine les contours du raisonnement que suivra le Conseil constitutionnel dans la décision 669 DC quant aux « précisions » apportées sur les critères de reconnaissance d'un PFRLR. Ces précisions ne seront donc officialisées que dans la décision 669 DC.

¹⁰¹ M. DEGUERGUE, « Les commissaires du gouvernement et la doctrine », *Droits*, n° 20, 1994, p. 126.

¹⁰² Voir CEDH, déc., 17 janv. 2012, *GALEC c. France*, n°51255/08, §9 et CEDH, déc., 15 oct. 2013, *Ryon c/ France*, 33014/08, § 19 (Informations communiquées par A. Jaureguiberry, que je remercie vivement).

¹⁰³ <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/liens-de-bas-de-page/statut-de-l-information/avertissement-important-statut-de-l-information-disponible-sur-le-site.150.html> (consulté le 19 juin 2015). C'est nous qui soulignons.

technique précieux »¹⁰⁴ et au regard des informations fournies (rappel des normes de références, rappel synthétique de la jurisprudence antérieure, choix des débats parlementaires pertinents, présentation du texte contesté et de la législation consolidée, jurisprudence pertinente d'autres juridictions...) elle permet « un gain de temps considérable dans l'appréhension de la motivation du juge »¹⁰⁵ par la doctrine externe au Conseil constitutionnel. Lors de son premier commentaire d'une décision du Conseil constitutionnel à l'*AJDA*, Olivier Schrameck indiquait qu'il ne s'agissait « nullement de faire œuvre de doctrine mais de fournir à cette dernière comme à tous les observateurs et commentateurs de notre vie publique des éléments d'information quant au contexte, au contenu et à la portée des décisions du Conseil constitutionnel »¹⁰⁶.

L'ampleur de cette doctrine interne, les clés de lecture des décisions qu'elle fournit et la manière de la contextualiser et de la resituer parmi des décisions déjà rendues, au risque parfois d'en reconstruire le sens, de valoriser une jurisprudence oubliée ou de minimiser l'importance d'une décision¹⁰⁷, suscite toutefois une vive critique de la part de certains membres de la doctrine¹⁰⁸.

En effet, au regard de la concision de la motivation des décisions de justice, qui est une tradition touchant toutes les juridictions françaises et sur laquelle le Conseil constitutionnel n'a fait que se calquer, le commentaire apparaît comme « un succédané de la motivation »¹⁰⁹. La doctrine risque de percevoir ces commentaires comme la « vérité officielle », la seule manière dont doit être lue la décision. En effet, la doctrine a parfois tendance à se sentir liée par ce commentaire au point de ne plus oser donner une autre interprétation de la décision que celle suggérée par celui-ci. Or, s'il s'agit de la « vérité officielle », pourquoi ces précisions ne figurent-elles pas dans la décision ? Par ailleurs, qui sont les véritables rédacteurs de ces « commentaires » ? D'après le Secrétaire général du Conseil constitutionnel, ces commentaires sont commencés à être rédigés avant le délibéré et finalisés après celui-ci et la décision rendue. Ils sont rédigés par le secrétaire général lui-même. Pourquoi certains commentaires sont-ils lapidaires et d'autres particulièrement éclairants ? Ces commentaires illustrent-ils la réflexion qui a pu avoir lieu au sein du Conseil constitutionnel ? Si ce n'est pas le cas alors ces « commentaires » présentés comme tels et qui n'ont aucune légitimité, ne sont-ils pas communiqués à tort et de nature à induire en erreur le lecteur sur le sens à donner à la décision ?

¹⁰⁴ X. MAGNON, « Que faire des doctrines du Conseil constitutionnel ? », *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 38, 2013, p. 209.

¹⁰⁵ *Ibid.*

¹⁰⁶ *AJDA*, 1995, p. 517.

¹⁰⁷ *Précité*, p. 208.

¹⁰⁸ Voir notamment D. BARANGER, « Sur la manière française de rendre la justice constitutionnelle », *Jus Politicum*, n° 7, 2012, <http://juspoliticum.com/Sur-la-maniere-francaise-de-rendre.html?artpage=3-3> ; P. CASSIA, « Une autre manière de dire le droit administratif : le « fichage » des décisions du Conseil d'État au *Recueil Lebon* », *RFDA*, 2011, p. 830 ; J.-M. DENQUIN, « La jurisprudence du Conseil constitutionnel : grandeur ou décadence du droit constitutionnel ? un regard surplombant sur les libertés publiques », *Jus Politicum*, n° 7, 2012, <http://juspoliticum.com/La-jurisprudence-du-conseil.html>. Pour une réflexion sur le rôle de la doctrine universitaire face à cette doctrine institutionnelle, X. MAGNON, « La doctrine, la QPC et le Conseil constitutionnel : quelle distance ? Quelle expertise ? », *RDP*, n° 1-2013, pp. 135-154.

¹⁰⁹ Voir D. FOUSSARD, « Le juge et la doctrine. Le regard d'un avocat aux conseils », *Droits*, n° 20, 1994, p. 138.

En outre, si ces commentaires sont appréhendés comme étant la vérité officielle, ils peuvent avoir pour effet de scléroser la pensée juridique en imposant un mode d'emploi quant à l'interprétation des points de droit soulevés par la décision. Or, la crainte de tout auteur de doctrine est de ne pas avoir bien compris une décision et d'écrire des choses qui s'avéreront fausses car, au delà du simple commentaire de la décision, la doctrine s'essaie facilement à la prédiction. Plus la décision est floue, plus les normes sur lesquelles elles s'appuient sont générales et imprécises, plus elles laissent le champ libre à l'imagination de la doctrine. Plus le raisonnement juridique suivi est précisé et plus cela peut réduire les possibilités pour la doctrine de développer sa réflexion. Elle est donc frustrée. On peut également reprocher à ces commentaires de concurrencer directement la doctrine universitaire dans son rôle d'explicitation de la décision de justice, de communication du savoir juridique.

Cependant, la doctrine elle-même n'accorde-t-elle pas trop d'importance à ces commentaires ? Comme le souligne notamment Xavier Magnon, la « lecture du Conseil constitutionnel de la motivation de ses décisions n'est qu'une lecture possible, qui n'épuise pas d'autres lectures »¹¹⁰ ; « le discours du juge n'est qu'un élément périphérique de la réflexion »¹¹¹ . Il critique à son tour la manière dont la doctrine s'appuie sur la doctrine interne du Conseil constitutionnel, et en particulier ces commentaires, comme s'il s'agissait d'une « vérité délibérative ». Ainsi écrit-il : « Il s'agit d'une déférence condamnable à la parole du juge à laquelle il faut opposer un devoir d'ingratitude envers cette parole »¹¹².

Soulignons, par ailleurs, que ces commentaires ne livrent pas toutes les clés des motifs avancés la juridiction dans la décision rendue. Ainsi, les commentaires de la décision 2010-613 DC du 7 octobre 2010, *Loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public*, qui fut très critiquée pour sa motivation lapidaire, se révèlent peu éclairants quant au raisonnement suivi par le juge.

2) *Les juges constitutionnels peuvent-ils faire œuvre de doctrine ?*

Si peu de professeur de droit ont siégé au Conseil constitutionnel, douze d'entre eux ont eu cette opportunité : entre autres Marcel Waline, Georges Vedel, Robert Badinter, René Cassin, Jacques Robert, François Luchaire, Jean-Claude Colliard et maintenant Nicole Belloubet. Georges Vedel a fait part de ces deux expériences et distinguer les deux fonctions à plusieurs reprises¹¹³. Il rappelle que le « discours » du juge a pour objectif premier de répondre au justiciable, mais il s'adresse également aux autres juges. La décision du Conseil constitutionnel, dans le cadre du contrôle *a priori*, s'adresse avant tout au législateur et au gouvernement qui initie les lois. Dans le cadre du contrôle *a posteriori*, la décision s'adresse aux justiciables mais le caractère abstrait du contrôle volontairement maintenu, fait que la décision s'adresse également au législateur, au gouvernement et à l'ensemble des pouvoirs publics. La décision du juge constitutionnel n'a donc pas pour vocation de s'adresser à la

¹¹⁰ X. MAGNON, in *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 38-2013, précité, p. 210.

¹¹¹ X. MAGNON, *RDP*, n° 1-2013, p. 154.

¹¹² Précité, *RDP*, n° 1-2013, p. 149.

¹¹³ Voir notamment G. VEDEL, « Jurisprudence et doctrine : deux discours », in *Le Conseil d'État et la doctrine*, *Revue Administrative*, n° spécial 1997, pp. 7 à 12 ; G. VEDEL, « Doctrine et jurisprudence constitutionnelles », *RDP*, 1989, pp. 11-17.

doctrine¹¹⁴. De son côté, le discours doctrinal a la prétention, pour sa part, à la fois de s'adresser au reste de la doctrine, aux étudiants mais également au juge. Les deux discours ont donc des objectifs différents : Si le juge aimerait être entendu et compris, la doctrine souhaiterait être plus écoutée.

Comment peut se manifester l'opinion doctrinale d'un juge ?

L'opinion des juges constitutionnels sur les points de droit qu'ils ont ou ont eu à trancher n'est pas censée être connue, en tout cas elle n'est pas officielle car d'une part, les opinions séparées ne sont pas admises et d'autre part, les juges sont astreints à l'obligation de réserve et s'engagent, en principe, à respecter le secret des délibérations. De ce fait, ni le nom du rapporteur, ni le sens des votes ne peut être connu. De manière générale, même si certaines confidences sont faites, la prudence est de règle. Ainsi Elina Lemaire note que « Dans leur immense majorité, les membres du Conseil respectent en effet la règle de silence qui leur est imposée et l'interprètent même de façon extensive »¹¹⁵. Cela vaut également pour les anciens membres du Conseil constitutionnel qui se livrent peu et donnent souvent une image idyllique de leur passage au Conseil constitutionnel¹¹⁶.

Il s'avère cependant, que se devoir de réserve n'est pas toujours respecté de manière stricte. Certains membres du Conseil constitutionnel ont pu livrer leur point de vue sur l'institution et son fonctionnement, les bonheurs et parfois les difficultés, voire les contraintes qu'ils ont rencontrés face aux questions soulevées devant eux¹¹⁷. Pour un exemple récent, Pierre Joxe alors qu'il était encore en fonction pour quelques mois, a publié un ouvrage intitulé *Cas de conscience*¹¹⁸ dans lequel il fait état de son opposition à plusieurs décisions rendues par le Conseil constitutionnel pendant qu'il y siégeait et est allé jusqu'à livrer la rédaction d'une opinion dissidente dont il avait demandé la publication. Il ne va pas cependant jusqu'à trahir le secret des délibérations. Ce qui n'a pas toujours été le cas¹¹⁹. Ainsi, a-t-on appris quel avait été le sens des votes lors de la décision 62-20 DC du 6 novembre 1962¹²⁰ ou encore lors de la décision du 16 juillet 1971 sur la liberté d'association¹²¹. De même, Jacques Robert confiait en 2011 aux médias avoir été victime en 1995 d'une « belle entourloupe » de

¹¹⁴ G. VEDEL, « C'est ainsi que, par une suite de ricochets, la jurisprudence atteint la doctrine sans que celle-ci ait rang de destinataire direct et alors qu'elle n'est au plus qu'un interlocuteur lointain, abstrait des circuits officiels dessinés par les décisions de justice », « Jurisprudence et doctrine : deux discours », précité, p. 9.

¹¹⁵ E. LEMAIRE, précité, p. 7.

¹¹⁶ Voir par exemple, J.-C. COLLIARD, « Neuf ans de bonheur », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 25-2008.

¹¹⁷ Voir notamment le numéro spécial des *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 25 de 2008, D. SCHNAPPER, *Une sociologue au Conseil constitutionnel*, précité et les différents interviews, communication et articles d'anciens membres du Conseil constitutionnel.

¹¹⁸ P. JOXE, *Cas de conscience*, Labor et Fides, 2010, 245 p.

¹¹⁹ Voir notamment, *Les grandes délibérations...*, précité, p. 162.

¹²⁰ L. NOËL, *De gaulle et les débuts de la V^e République (1958-1969)*, Plon, 1976, p. 191 et p. 223. Voir notamment CHIROUX, « Faut-il réformer le Conseil constitutionnel ? », *Pouvoirs*, n° 13, 1991, p. 119.

¹²¹ Voir les propos de F. LUCHAIRE sur le non respect du secret des délibérés, « Souvenirs de la décision du 16 juillet 1971 », Actes du colloque sur le centenaire de la loi de 1901, p. 13 (http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/dossiers_thematiques/loi_centenaire_loi_1901/2vendredi.pdf (consulté le 26 août 2014)).

la part de Roland Dumas quand il s'est agi d'examiner les comptes de campagne d'E. Balladur¹²².

Enfin, le problème du devoir de réserve des membres de droit s'est posé notamment au début de la cinquième République par les prises de position de Vincent Auriol vis-à-vis de la politique du général de Gaulle. Cette question s'est également posée pour Valérie Giscard d'Estaing ayant notamment pris parti en faveur de Nicolas Sarkozy, lors de la campagne présidentielle de 2007, dans *le Parisien/Aujourd'hui en France*¹²³. Puis, plus récemment, ce fut au tour de Nicolas Sarkozy de sortir de sa réserve de membre de droit du Conseil constitutionnel pour critiquer la politique syrienne de François Hollande.

L'obligation de réserve est prévue par l'article 3 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel lequel indique que les membres du Conseil constitutionnel doivent « garder le secret des délibérations et des votes et [...] ne prendre aucune position publique, [...] ne donner aucune consultation sur les questions relevant de la compétence du Conseil ». Cette obligation est également précisée dans le décret du 13 novembre 1959 sur les obligations des membres du Conseil constitutionnel. Dans une décision 84-983 du 7 novembre 1984, AN, Puy de Dôme, le Conseil constitutionnel a souligné, sans se référer expressément à la question du devoir de réserve des membres de droit, que : « Les membres de droit sont, sous la seule réserve de la dispense du serment [...] soumis aux mêmes obligations que les autres membres du Conseil constitutionnel ». Le problème est celui de la sanction applicable à un membre du Conseil constitutionnel qui ne respecterait pas cette obligation de réserve. Si le membre ordinaire est susceptible d'être démis d'office, l'ancien chef de l'État ne peut l'être en raison du fait que la qualité de membre de droit est reconnue à vie pour les anciens présidents de la République.

De la même façon, il n'y a pas de sanction applicable à un ancien membre du Conseil constitutionnel qui ne garderait pas le secret des délibérations.

Quelle est la liberté de publication des juges constitutionnels ?

Seul le respect de l'obligation de réserve est de nature à limiter la liberté de publication des membres du Conseil constitutionnel (voir ci-dessus). Il est de plus en plus fréquent que les juges constitutionnels fassent des communications concernant tel ou tel point de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, il s'agit généralement de contributions visant à expliciter la jurisprudence du Conseil constitutionnel ou son mode de fonctionnement. Par ailleurs, nombre de membres du Conseil constitutionnel qui étaient auteur de doctrine avant leur mandat, ont continué cette œuvre après celui-ci : G. Vedel, J. Robert, F. Luchaire... Certains ouvrages et articles présentent des « souvenirs » du passage au Conseil constitutionnel ou racontent leur expérience de membre (ex. J. Robert, *La garde de la République*), d'autres traitent directement de questions juridiques ayant trait au droit constitutionnel, de la méthodologie, de la composition, du rôle et des compétences de la juridiction constitutionnelle (ex. François Luchaire, *Le Conseil constitutionnel* (3 tomes), *La Constitution de la Ve République* commentée avec Gérard Conac, *La protection*

¹²² Voir <http://ici.tfl.fr/france/justice/les-comptes-de-balladur-en-1995-une-belle-entourloupe-6850851.html> (consulté le 28 août 2014).

¹²³ Le 19 avril 2007.

constitutionnelle des droits et libertés, ...). Certaines opinions doctrinales des anciens juges peuvent se montrer critiques sur la composition du Conseil constitutionnel (ex. Robert Badinter¹²⁴) ou encore, sur la manière dont sont adoptées les décisions¹²⁵, sur les interprétations retenues¹²⁶, voire sur l'attitude même du Conseil constitutionnel et le sens de ses décisions¹²⁷.

Comme nous l'avons vu précédemment, les membres du Conseil constitutionnel ne sont pas les seuls à publier dans les revues juridiques ; les secrétaires généraux et les membres du service juridique du Conseil constitutionnel le font également. Des chroniques de jurisprudence ou commentaires de décisions ont ainsi été assurés par Bruno Genevois, Olivier Schrameck et Jean-Eric Schoettl. Bruno Genevois a rédigé la chronique France de l'Annuaire international de justice constitutionnelle entre 1985 et 1990. Il sera nommé secrétaire général du Conseil constitutionnel en 1986. Il ne signait pas ces chroniques comme Secrétaire général du Conseil constitutionnel mais Maître des requêtes au Conseil d'État, puis conseiller d'État¹²⁸ et cela pour justifier sans doute la liberté intellectuelle dont il souhaitait disposer pour écrire sur le Conseil constitutionnel. En effet, on aurait pu s'attendre à ce que cette chronique ne fasse que présenter et expliciter les décisions du Conseil constitutionnel. Il est vrai que Bruno Genevois, comme le feront ses successeurs, livre une interprétation éclairée des décisions du Conseil constitutionnel se référant à la fois à la jurisprudence française et étrangère, à la doctrine, et expliquant la portée de certaines décisions du Conseil constitutionnel de telle manière que l'on peut penser qu'il s'agit de la portée de l'interprétation retenue par le Conseil constitutionnel. Avant 1986, alors qu'il n'était pas secrétaire général du Conseil constitutionnel, il n'hésite pas à se montrer critique vis-à-vis de l'institution et à faire état de son propre point de vue. Ainsi, à propos de la décision n° 84-185 DC du 18 janvier 1985, sur la Loi modifiant et complétant la loi n° 83-663 du 22 juillet 1983 et portant dispositions diverses relatives aux rapports entre l'État et les collectivités territoriales, il écrit « On est frappé tout d'abord par le fait que la décision énonce une règle de valeur constitutionnelle qui postule l'uniformité de la législation quant aux conditions essentielles d'exercice d'une liberté publique, sans prendre soin de la rattacher, soit à un texte de valeur constitutionnelle (articles de la Constitution, Préambule), soit à une catégorie juridique déterminée (principe général du droit de valeur constitutionnelle ou objectif de valeur constitutionnelle)»¹²⁹. Il critique également la position adoptée par le Conseil constitutionnel dans cette décision ainsi que la

¹²⁴ R. BADINTER, « L'exception française de trop », *Le Monde*, 19 mai 2012, disponible sur http://www.lemonde.fr/idees/article/2012/05/19/1-exception-francaise-de-trop_1704190_3232.html (consulté le 28 août 2014) à propos de la persistance de membres de droit au sein du Conseil constitutionnel.

¹²⁵ Pierre JOXE, dans son ouvrage *Cas de conscience* souhaiterait que les décisions du Conseil constitutionnel puissent faire apparaître les opinions des membres.

¹²⁶ Voir P. MAZEAUD, « L'erreur en droit constitutionnel », in *L'erreur*, Colloque réalisé à l'Institut de France les 25 et 26 octobre 2006, en ligne sur http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/erreur.pdf (consulté le 28 août 2014).

¹²⁷ Par ex., Pierre JOXE qui qualifie la jurisprudence du Conseil constitutionnel de « profondément réactionnaires concernant les mesures fiscales » in *Le Lab politique*, 2 janvier 2014: <http://lelab.europel.fr/l-ancien-ministre-de-l-interieur-pierre-joxe-qualifie-le-conseil-constitutionnel-de-profondement-reactionnaire-12302> (consulté le 28 août 2014).

¹²⁸ Comme le feront ses successeurs Olivier SCHRAMECK, qui signait également comme Professeur associé à l'Université Paris I, et Jean-Eric SCHOETTL.

¹²⁹ *AJJC*, 1985, p. 422.

censure de certaines dispositions. Il conclut, « A la vérité, il nous semble que l'inspiration quelque peu jacobine du Conseil constitutionnel aurait pu trouver une traduction juridique non équivoque dans l'application du principe d'égalité »¹³⁰. Alors qu'il vient d'être nommé Secrétaire général du Conseil constitutionnel, le ton de la chronique de 1986 change. La présentation constitue plus une explication de la jurisprudence du Conseil constitutionnel et une réponse aux critiques doctrinales à l'encontre de cette jurisprudence. D'ailleurs, la partie « Vie de l'Institution », qui fait état des controverses doctrinales à propos de la désignation de Robert Badinter comme membre du Conseil constitutionnel et Président du Conseil constitutionnel, est rédigée par Louis Favoreu. Dans les chroniques qui ont suivi, des observations pouvant susciter la critique, plus que des critiques directes, peuvent toutefois apparaître mais de façon très prudente¹³¹. Une fois qu'il n'occupera plus ces fonctions, Bruno Genevois retrouvera la liberté de ton, et de critique, de l'auteur de doctrine¹³². Cette manière pour les secrétaires généraux de commenter la jurisprudence du Conseil constitutionnel a confirmé le rôle prépondérant qu'ils jouent au sein de l'institution, au point de les considérer comme le « 10e membre du Conseil constitutionnel » voire même de considérer, à tort, que la rédaction des décisions du Conseil constitutionnel reposerait sur leurs seules épaules. En effet, la rédaction des chroniques de Monsieur Schoettl aux Petites affiches était quasiment identique à celle que l'on retrouvait dans la rubrique « commentaire » aux Cahiers du Conseil constitutionnel, de telle manière que l'on pouvait penser que la rédaction de ces commentaires, semblant énoncer la « vérité délibérative » de la décision rendue, était assurée par le seul secrétaire général au nom du Conseil constitutionnel. Au regard de ces critiques, Marc Guillaume a d'ailleurs choisi de ne plus assurer de telles chroniques.

Les juges bénéficient-ils d'une liberté d'écriture sur les sujets qu'ils sont amenés à traiter dans leurs décisions ? Aucune disposition n'interdit aux membres du Conseil constitutionnel d'écrire sur les sujets qui sont abordés. Cependant, ils ne pourront écrire que dans la limite du devoir de réserve donc, en somme, ne pas dire plus – en principe - que ce qui est écrit dans les décisions.

3) Comment est perçue cette doctrine interne de la juridiction constitutionnelle ou de ses membres par la doctrine académique ?

Cette doctrine organique est-elle perçue comme une forme d'autojustification ?

Comme nous l'avons déjà évoqué, la doctrine des membres du Conseil constitutionnel et les commentaires préparés par le service juridique, systématiquement mis en ligne, peuvent être perçus comme une source d'information, pour la doctrine la moins critique. Celle-ci fait notamment le parallèle avec les commentaires de doctrine, publiés à l'AJDA, rédigés par des maîtres de requêtes au Conseil d'État, responsables du centre de recherches et de diffusion

¹³⁰ *AJJC*, 1985, p. 423.

¹³¹ Voir la chronique de l'année 1989, *AJJC*, 1989, p. 504 dans laquelle B. GENEVOIS écrit : « Ce n'est qu'au prix d'une interprétation neutralisante et à vrai dire très constructive du texte que le Conseil constitutionnel a admis la conformité de l'article 29 à la Constitution ».

¹³² Par exemple, entre autres, B. GENEVOIS, « Le Conseil constitutionnel et le droit communautaire dérivé (à propos de la décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004) », *RFDA*, 2004, p. 651.

juridiques au Conseil d'État. Cela permet de rendre une décision plus lisible et d'apporter des points de vue techniques assez précis.

En revanche, la doctrine la plus critique la perçoit, en effet, plutôt comme une forme d'autojustification et, en ce qui concerne les commentaires, la considère comme inacceptable de la part de la juridiction.

B.- De quelle manière cette doctrine peut-elle se manifester ?

1) Peut-elle se manifester par leurs écrits ?

Ecrits et publications officiels ?

Documents privés de la juridiction et des juges (sort des archives, peut-on considérer qu'il s'agit de doctrine « a posteriori » ?)

L'expression publique d'opposition (dans la presse, par exemple), peut-elle avoir une incidence sur la doctrine de la juridiction constitutionnelle et sur sa perception externe ?

Comment cette doctrine interne à la juridiction constitutionnelle est-elle perçue par les juridictions nationales et supranationales ?

Il a été répondu à toutes ces questions dans les développements précédents. Précisons cependant, en ce qui concerne les archives, que l'opinion exprimée par les juges dans le cadre des délibérations peut, en effet, être considérée comme une forme de doctrine mais une doctrine qui doit tenir compte des réalités et qui prend en considération l'impact général de la solution qu'elle propose (réalisme du juge constitutionnel¹³³).

2) La doctrine interne à la juridiction constitutionnelle et aux juges constitutionnels peut-elle se manifester dans leurs prises de position et présentations orales ?

Même dans les prises de position orales, le secret du délibéré doit être respecté mais il ne l'a pas toujours été (voir ci-dessus).

Conclusion : Si des membres de la doctrine font preuve d'une certaine sévérité, voire d'un certain mépris quelques fois, vis-à-vis du Conseil constitutionnel et de ses membres, force est de constater que le Conseil constitutionnel s'est efforcé de son côté de soigner à la fois son image et ses relations avec la doctrine, en plaçant ces dernières sous le signe de la « coopération » pour reprendre les termes de J. Rivero¹³⁴. Plusieurs membres du Conseil constitutionnel se montrent très à l'écoute de la doctrine et très abordables. Cette forme d'ouverture s'explique peut-être par le fait que la nomination au Conseil constitutionnel relève plus du hasard et d'opportunités que d'un plan de carrière. Aucun des membres du Conseil constitutionnel n'a été formé pour occuper cette fonction et, au contraire, les meilleurs connaisseurs de la jurisprudence du Conseil constitutionnel ne sont pas ceux qui y sont nommés. Chacun des nouveaux membres doit s'investir dans la matière constitutionnelle et pour avoir un minimum de crédibilité aux yeux de la doctrine, s'il en a cas, doit être au courant de cette dernière. Si les membres du Conseil constitutionnel étaient nommés à vie, s'il s'agissait de juges de carrière, si la légitimité du Conseil constitutionnel dans son rôle de

¹³³ M. TROPER, « Le réalisme et le juge constitutionnel », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 22-2007.

¹³⁴ J. RIVERO, « Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit administratif », *EDCE*, 1955.

gardien de la Constitution, et de défenseur des droits et libertés, n'avait pas été une entreprise difficile (et l'est encore aujourd'hui), peut-être que ces efforts du Conseil constitutionnel en direction de la doctrine n'auraient pas été nécessaires.