

Que faire des doctrines du Conseil constitutionnel ?

Xavier Magnon

Professeur à l'Université de Toulouse 1 Capitole

Institut Maurice Hauriou

La doctrine universitaire est-elle si maladroite 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 » ? Telles pourraient être les deux questions iconoclastes à se poser, pour peu que l'on s'abandonne à penser le phénomène récent de multiplication des doctrines du Conseil constitutionnel. L'on ne s'y perdra pas, sans pour autant renoncer à toute interrogation. Encore faut-il au préalable identifier ce phénomène doctrinal.

La doctrine du Conseil constitutionnel se formalise d'abord par la motivation des décisions du juge constitutionnel. Elle constitue en l'occurrence la seule doctrine imposée par les contraintes issues de l'Etat de droit et du libéralisme politique et qui se concrétisent par l'obligation de motiver les décisions de justice. Elle n'est pas discutable, à moins de contester les exigences politiques qui en sont à l'origine. Si l'on s'intéresse à son statut et à la question de savoir si la motivation doit être considérée comme étant le droit, une certaine confusion règne. En dehors de la théorie réaliste de l'interprétation développée en France sous la conduite de M. Troper, qui la considère comme étant le droit, la doctrine l'inclut dans l'objet d'analyse « droit », tout en feignant, si l'on en croit les manuels classiques d'introduction au droit, de s'interroger sur l'appartenance de la jurisprudence aux sources du droit. Autrement dit, en dehors du courant théorique réaliste, la dogmatique juridique, c'est-à-dire celle qui a pour objet de décrire et de systématiser le droit en vigueur, persiste à intégrer de manière spontanée et non justifiée la jurisprudence dans son analyse. Selon une perspective normativiste, la motivation du juge ne pourrait être une norme, toutes conditions étant égales par ailleurs¹, que s'il existe, dans un système donné, une autre norme qui la qualifie de norme. Or, en France, comme d'ailleurs dans la plupart des systèmes de droit écrit, aucune norme ne prévoit que la motivation du juge est une norme juridique. Mieux, l'article 4 du code civil interdit au juge de poser des normes générales et abstraites : « il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui lui sont soumises »². Le droit impose la motivation sans pour autant établir que cette motivation constitue une norme. Le débat est certes plus vaste, mais ces quelques lignes suffisent à éclairer cette première doctrine.

¹ Il faudrait par ailleurs que la motivation contienne un énoncé prescriptif ayant pour objet de rendre pour autrui obligatoire, permis, interdit ou habilité un certain comportement et qu'elle s'insère dans un ordre normatif globalement efficace et sanctionné.

² Ainsi, les motifs d'une décision de justice constituent la motivation d'une décision de justice et ne sont donc pas une norme juridique. En revanche, le dispositif d'une décision de justice pose une norme, une norme individuelle et concrète. Sur ces questions, qu'il nous soit permis de renvoyer à : *Théorie(s) du droit*, Ellipses, Manuel Droit universités, 2008, § 166 et s.

Ce n'est en effet pas cette doctrine qui nous intéresse plus particulièrement ici, mais un ensemble d'autres doctrines, plus original, qui se développe autour de la motivation du juge. Le Conseil constitutionnel français produit à côté de la *doctrine du juge*, c'est-à-dire de la motivation des décisions, des *doctrines de l'institution*, protéiformes : communiqués de presses, dossiers documentaires, commentaires de l'institution, anciennement commentaires aux *Cabiers du Conseil constitutionnel*, tous publiés en ligne sur le site internet du Conseil constitutionnel sous chaque décision, résumés des décisions présentés dans les *Nouveaux Cabiers du Conseil constitutionnel*, tables analytiques en ligne sur le site, commentaires ponctuels des membres du service juridique, du secrétaire général dans les revues juridiques spécialisées et contributions, commentaires et autres discours des membres du Conseil constitutionnel ou des services de celui-ci publiés dans des revues et des ouvrages ou encore disponibles en ligne sur le site du Conseil constitutionnel.

Ces doctrines ont pour point commun d'avoir pour objet la motivation du juge. Elles sont donc des *doctrines secondes* par rapport à la *doctrine première* que constitue la motivation. Si l'on tente d'identifier les fonctions qu'elles occupent, il en est une qui doit d'emblée être écartée, il s'agit de la fonction critique. Les doctrines secondaires n'ont pas pour objet d'apporter une dimension critique dans la lecture de la motivation. D'un point de vue institutionnel³, il ne saurait en être autrement. Dépourvue de rôle critique, cette doctrine a, à l'inverse, une *fonction de légitimation* qui emprunte plusieurs formes. Les doctrines secondes peuvent d'abord pallier les lacunes de la motivation de la décision en indiquant les raisons du choix du juge ou en les éclairant. Elles *motivent ainsi la motivation* de la décision et constituent donc une *meta-motivation*. Ces doctrines peuvent ensuite, et dans le prolongement, justifier les choix du juge. Elles peuvent ainsi contribuer à désamorcer les controverses susceptibles de naître à la suite d'une décision sur une question sensible. Ces doctrines situent la jurisprudence par rapport à la jurisprudence antérieure, qui fait ainsi l'objet d'une systématisation, et ont alors une fonction constructive. Cette fonction de systématisation de la jurisprudence antérieure, que d'autres juridictions constitutionnelles intègrent à la motivation de leurs décisions⁴, prend sa place en dehors de la décision juridictionnelle. Cette systématisation a un rôle déterminant car elle autorise une lecture orientée de la jurisprudence antérieure et permet donc de la construire, voire de la reconstruire. Un revirement de jurisprudence peut, de la sorte, être parfaitement minimisé ou atténué par une relecture de la jurisprudence antérieure⁵. Au-delà de toutes ces fonctions, la doctrine seconde du juge vise à poser la *vérité délibérative* et donc à établir comment on *doit* interpréter la jurisprudence du Conseil constitutionnel, conformément à la volonté du juge, là où la doctrine universitaire devrait se contenter de poser comment on *peut* interpréter cette jurisprudence.

³ Et même normatif pour la doctrine élaborée par les membres du Conseil constitutionnel. Leur devoir de réserve, faute d'être interprété comme interdisant tout commentaire sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel, ne saurait *a minima* en autoriser une lecture critique.

⁴ On pense en particulier à la Cour constitutionnelle italienne, à la Cour constitutionnelle fédérale allemande ou encore au Tribunal constitutionnel espagnol.

⁵ Voir sur cette problématique : J. Benetti, « Exception jurisprudentielle » et « décision d'espèce » ou comment (re)virer de direction sans le dire », *Constitution*, 2012, p. 267.

En tant que doctrine seconde, ces doctrines sont naturellement confrontées à la doctrine universitaire qui a la jurisprudence pour même objet d'étude. Elles ne doivent cependant pas être placées sur le même plan, précisément parce que les doctrines secondes du Conseil constitutionnel proviennent de l'institution même qui élabore la doctrine première. Ces doctrines sont donc des *doctrines internes*, alors que la doctrine universitaire est une *doctrine externe*. En tant que telles, les doctrines internes sont censées, si l'on écarte toute analyse politique, apporter un point de vue indiscutable sur la motivation du juge. Toute les difficultés liées à ces doctrines résident précisément dans cette supposée vérité produite par l'institution sur la motivation des décisions du juge. Ces doctrines secondes se placent alors non seulement en concurrence avec la doctrine universitaire, mais également en tant qu'objet d'étude de la doctrine universitaire. Celle-ci, lorsqu'elle analyse la jurisprudence du Conseil constitutionnel, ne saurait écarter la doctrine de l'institution sur cette jurisprudence, précisément parce qu'il s'agit d'une doctrine interne de caractère officiel. Si elle doit la prendre en compte, que doit-elle en faire ? Cette doctrine seconde du juge constitue de manière incontestable *un apport pour la doctrine universitaire*. Elle n'en présente pas moins des risques pour cette doctrine, souvent stigmatisée pour son absence de distance critique, des *risques de capture par l'institution « Conseil constitutionnel »*. Il n'en reste pas moins que cette doctrine institutionnelle ne devrait conduire qu'à *rendre la doctrine universitaire plus ambitieuse*.

Les apports au profit de la doctrine universitaire

La doctrine seconde du Conseil constitutionnel offre plusieurs avantages à la doctrine universitaire.

Elle fournit en premier lieu un support technique précieux. Le dossier documentaire est à cet égard utile. La jurisprudence antérieure y est proposée, avec les extraits décisifs ; les différentes rédactions antérieures de la ou des dispositions contestées sont indiquées ; le contexte législatif et jurisprudentiel de la ou des dispositions législatives est présenté de même que le contexte normatif ou jurisprudentiel européen éventuel ; les normes de référence sont rappelées.

Le support technique offert, comme l'analyse proposée de la décision rendue, permettent en deuxième lieu de contextualiser la décision et de mettre en évidence les éléments de réflexion qui ont pu être décisifs dans le raisonnement ou dans la solution retenue par le juge. La décision n'apparaît plus seulement de manière isolée, elle est présentée par rapport à l'ensemble de la jurisprudence, du moins lorsque cela se justifie. Cette contextualisation permet d'ailleurs de différencier une décision d'application d'une jurisprudence classique, d'une décision apportant des nuances à une jurisprudence antérieure, d'une décision opérant un revirement jurisprudentiel et donc d'identifier potentiellement les « grandes » décisions. Ces deux premiers apports offrent à la doctrine universitaire un gain de temps considérable dans l'appréhension de la motivation du juge.

La doctrine seconde permet en dernier lieu d'éclairer toutes les éventuelles lacunes de la motivation, que celle-ci ait été défailante par accident ou par volonté du juge de ne pas se lier pour l'avenir. A cet égard, la doctrine seconde constitue un moyen beaucoup plus souple que la motivation pour fixer une politique jurisprudentielle, précisément parce qu'elle n'engage pas le juge. Ce dernier ne se reconnaît déjà pas comme lié par ses précédents⁶, l'on voit mal comment il le serait par la doctrine développée par l'institution. Les doctrines secondes offrent donc une plus grande liberté de suggérer et de diffuser la politique jurisprudentielle du juge. Elles permettent encore d'établir la vérité délibérative c'est-à-dire la signification qu'a retenue le juge de la motivation proposée dans la décision rendue. C'est précisément cette vérité délibérative qui contribue à capturer la doctrine universitaire.

Les risques de capture de la doctrine universitaire

Est-il possible d'avoir une meilleure lecture d'une décision que celle qui est proposée par l'institution qui l'a rendue ? Telle pourrait être la question inhibitrice que la doctrine universitaire se pose, encore incertaine qu'elle serait du rôle qu'elle doit tenir en tant que telle. La masse de la doctrine seconde peut tendre de cette manière à encadrer strictement la doctrine universitaire dans la lecture d'une décision du juge constitutionnel. Avec une doctrine universitaire soucieuse de proposer des interprétations « vraies » ou « justes », la capture est automatique. Seule l'institution est en mesure d'apporter l'interprétation véritable. Il n'y aurait alors plus de place pour une doctrine universitaire, ni d'intérêt pour le commentaire d'une décision. Tout au plus pourrait-on attendre des systématisations doctrinales d'une ampleur quantitative ou d'une ambition qualitative telle qu'elles ne pourraient être entreprises par l'institution elle-même compte tenu de ses limites structurelles.

Ce risque réel, dont on trouve encore les traces dans certains commentaires doctrinaux, n'est à l'évidence que relatif si l'on prend la doctrine seconde du Conseil constitutionnel pour ce qu'elle est : *une lecture légitimante de la motivation du juge*. Ainsi conçue, et surtout perçue comme telle par la doctrine universitaire, elle n'emporte aucun risque de capture. La lecture du Conseil constitutionnel de la motivation de ses décisions n'est en effet qu'une lecture possible, qui n'épuise pas d'autres lectures. Le rôle de la doctrine consiste précisément à mettre en évidence les autres possibles et à les évaluer entre eux, quelle que soit par ailleurs la vérité délibérative de la décision du juge. La doctrine se doit d'avoir une démarche critique de ce point de vue. A suivre certains « à quelques exceptions près, glorieuses mais rares, la majorité de la doctrine attend la vérité du Conseil au lieu de la lui apporter »⁷. C'est à la doctrine universitaire d'éclairer le juge sur ce qu'il décide ou ce qu'il a décidé et non l'inverse. En termes d'utilité sociale, un dialogue

⁶ En dehors de la situation particulière de l'autorité de chose jugée, les juges ne sont pas en France juridiquement tenus de respecter leurs précédents.

⁷ J.-M. Denquin, « La jurisprudence du Conseil constitutionnel : grandeur ou décadence du droit constitutionnel ? Un regard surplombant sur les libertés publiques », *Jus Politicum*, n° 7, 2012, p. 5.

doctrine universitaire/juge semble en l'occurrence autrement plus utile qu'un « dialogue des juges » qui n'a en définitive qu'une fonction argumentative principale de légitimation des solutions du juge national à partir de solutions retenues par d'autres juges⁸. La doctrine universitaire est là pour éclairer sur tous les possibles en termes d'interprétation des dispositions législatives et des dispositions constitutionnelles, sur le choix de ces dernières, sur les raisonnements susceptibles d'être conduits et les solution à retenir, là où les solutions des autres juges ne constituent qu'un possible dans un contexte déterminé.

Une conséquence nécessaire : une doctrine universitaire plus ambitieuse

Si la doctrine seconde du juge éclaire la doctrine universitaire qui ne saurait, à son tour, renoncer à éclairer le juge, la doctrine universitaire n'en est que mieux armée pour développer un discours plus ambitieux. S'il n'y a plus à rechercher la vérité délibérative, ce qui a semble-t-il été longtemps un objectif doctrinal premier, car elle est donnée par l'institution elle-même, et que l'on ne se contente pas de la paraphrase, la doctrine universitaire ne saurait avoir d'autre objet que de proposer une lecture critique des discours du juge comme de l'institution. Non sans un certain paradoxe, l'encadrement de la doctrine universitaire par le développement des doctrines du Conseil constitutionnel implique son émancipation et sa libération de la tutelle qu'elle a bien acceptée de se voir imposer.

Une doctrine ambitieuse est alors une doctrine qui préfère les questions à soulever que les vérités à asséner et qui, en conséquence, problématise le droit et son application, identifie tous les possibles ouverts par l'interprétation et par l'application du droit et les évalue entre eux et offre une lecture critique de son objet permettant, en particulier, aux organes producteurs de normes et aux autorités d'application d'améliorer l'appréhension et la pratique de leur objet. Face à la multiplication des doctrines du Conseil constitutionnel, la doctrine universitaire a-t-elle d'autres choix ? Encore faudra-t-il pour y parvenir, mais c'est une autre question, qu'elle en ait les moyens institutionnels et matériels.

⁸ Voir sur cette question : A. Le Quinio, *Recherches sur la circulation des solutions juridiques : le recours au droit comparé par les juridictions constitutionnelles*, Fondation Varenne, Collection des thèses n° 53, 2011, p. 271 et s.