

La motivation des décisions du Conseil constitutionnel

Guy CANIVET - Colloque « la motivation en droit public », Université Jean Moulin Lyon 3, novembre 2011

Cette intervention a été publiée dans les Actes du colloque « La motivation en droit public », reproduite avec l'aimable autorisation des éditions Dalloz

1. Je remercie les organisateurs de ce beau colloque de leur aimable invitation ; la préparation de cette modeste communication orale m'a incité à réfléchir davantage à ma pratique professionnelle, ce qui est salutaire pour celui qui est un peu le « huron » au Conseil constitutionnel et qui chaque jour, découvre avec émerveillement les méthodes subtiles du contrôle de constitutionnalité.

2. Cette brève présentation est en contrepoint de celle du Professeur Wanda MASTOR ; ma démarche est en marge de la sienne sans que mes conclusions soient contraires à la recherche importante qu'elle conduit sur le sujet depuis plusieurs années. Mon approche délibérément pragmatique consiste à observer l'objet « décision du Conseil constitutionnel », avant d'en tirer quelques courtes réflexions sur la motivation.

3. Partir de l'objet, c'est d'abord examiner si, pour une juridiction constitutionnelle, s'impose une obligation de motiver et quel est son contenu. L'impératif existe incontestablement : toutes les décisions des juridictions constitutionnelles sont motivées. Elles le sont pour deux raisons. La première, parce qu'elles sont des juridictions et que tout juge doit justifier sa décision par une argumentation logique destinée à la légitimer et la faire comprendre. Mais il y a, pour les juridictions constitutionnelles, un supplément d'exigence d'élucidation de nature démocratique. S'il est vrai, comme le dit le Conseil constitutionnel¹, que la souveraineté du Parlement s'exerce dans les limites de la Constitution, encore faut-il que le peuple puisse savoir pourquoi la souveraineté de ses représentants est limitée dans le cas particulier de la déclaration de non-conformité d'une loi. La limitation de la souveraineté de la loi par une juridiction dont la légitimité ne repose pas sur l'élection ne peut en effet être discrétionnaire. Au moins pour ces deux raisons, le Conseil constitutionnel est tenu de motiver ses décisions. Cela est d'ailleurs expressément prévu par l'ordonnance portant loi organique sur le Conseil constitutionnel², qui, pour chaque catégorie de décisions, l'oblige à motiver. La procédure de contrôle *a posteriori* introduite dans la Constitution par la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008 n'échappe pas à cette règle : l'article 23-11 de l'ordonnance portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, tel que modifié par la loi organique du 10 décembre 2009, dispose sans surprise que « *la décision du Conseil constitutionnel est motivée* ».

I – Forme

4. La forme des motifs décisifs du Conseil constitutionnel n'est prescrite que de manière imprécise par les textes qui régissent le contrôle de constitutionnalité. Mais par sa pratique, le Conseil s'est toutefois doté de règles constantes gouvernant tout au moins la structure de ses décisions.

A – Imprécision de la loi

5. Les textes organiques ou réglementaires qui régissent le contrôle de constitutionnalité ne précisent pas vraiment ce que doit être le contenu de la motivation décisive du Conseil. Pour la question prioritaire de constitutionnalité, il s'est toutefois doté d'un règlement intérieur³ qui précise le schéma formel de cette motivation. Sans d'ailleurs entrer dans beaucoup de détails, l'article 12 de ce règlement dispose : « *Les décisions du Conseil constitutionnel comportent le nom des parties et leur représentant, les visas des textes applicables et des observations communiquées, les motifs sur lesquels elles reposent et un dispositif. Elles mentionnent le nom des membres qui ont siégé à la séance au cours de laquelle elles ont été prises* ». On comprend que, pas plus les textes constitutionnels ou organiques que le règlement intérieur du Conseil ne prévoient la substance de cette motivation, et notamment ce que doivent être ces « *motifs* » sur lesquels « *reposent* » les décisions.

B – Normalisation de la pratique

6. La lecture des décisions de contrôle de constitutionnalité du Conseil montre cependant que leurs motifs sont normalisés. Elles sont construites selon une structure formelle constante. Celles qui sont prises sur le fondement de l'article 61-1 de la Constitution ne dérogent pas à ce schéma, dans la mesure où la nature du contrôle n'est pas vraiment différente. Dans les deux cas, le Conseil constitutionnel pratique un contrôle normatif et abstrait de la conformité d'une loi à la Constitution. La situation de fait litigieuse à l'occasion de laquelle la question de constitutionnalité est posée n'est pas exposée ; elle est en arrière plan ; elle peut implicitement influencer les déterminants du juge, mais logiquement l'analyse juridique est la même, de sorte que la structure argumentaire de la décision n'est pas modifiée.

7. Quelle est alors la structure d'une décision du Conseil constitutionnel ? Elle commence par un intitulé reprenant celui de la loi ou de la disposition légale en cause. Suit l'indication de la saisine, soit par des autorités compétentes - par une fraction de parlementaires dans le cadre de l'article 61-, soit par des parties dans le cadre de l'article 61-1. Le Conseil vise ensuite les textes applicables. Puis il énonce les motifs sur lesquels repose sa décision dans des considérants qui sont enchaînés pour parvenir à un dispositif.

8. En énonçant les griefs soulevés par la partie saisissante ou requérante, le Conseil procède d'abord à une analyse synthétique de ceux-ci en indiquant les fondements constitutionnels sur lesquels ils reposent. S'y ajoutent le cas échéant, des moyens soulevés d'office. Le Conseil indique ensuite les principes applicables, il cite les normes de référence et répond enfin aux griefs selon un raisonnement déductif. Il conclut par un dispositif indiquant la solution décidée.

9. Mais il n'est pas indiqué à quelle majorité sa décision a été prise, pas davantage s'il y a eu des opinions minoritaires et *a fortiori* les opinions dissidentes ne sont pas rendues publiques. Par conséquent, la décision du Conseil constitutionnel n'exprime que la position majoritaire de la collégialité.

10. D'un point de vue syntaxique, les décisions du Conseil constitutionnel sont construites sur le modèle des arrêts du Conseil d'État et de la Cour de Cassation : une seule phrase découpée en séquences introduite par des considérants.

11. S'agissant des visas, on peut dire qu'ils font partie de la motivation dans la mesure où ils fixent le cadre normatif dans lequel raisonne le Conseil. Ce sont les visas qui permettent de connaître les normes que le Conseil fait entrer dans son examen. Il vise généralement des textes nationaux et spécialement la Constitution. En ce dernier cas, il le fait désormais globalement sans distinguer au sein du bloc de constitutionnalité les règles ou principes sur lesquels il se fonde précisément. Il peut également viser des normes supranationales - ce qui est rare - mais il le fait par exemple, en citant la directive de l'Union européenne, lorsqu'il contrôle la conformité à la Constitution d'une loi qui la transpose. Il cite sa propre jurisprudence dès lors qu'elle est utile au raisonnement et qu'elle a autorité de la chose jugée. Enfin - cela est arrivé une fois - le Conseil peut viser une décision d'une juridiction supranationale : dans la décision portant sur le Traité établissant une Constitution pour l'Europe⁴, il a visé la décision *Leila Sahin c/ Turquie* de la Cour Européenne des droits de l'homme⁵, pour expliquer pourquoi le principe de liberté de pratique de la religion contenu dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne n'était pas contraire au principe constitutionnel de laïcité.

12. C'est l'énoncé des motifs de fond qui évidemment constitue l'argumentation substantielle. Cet énoncé se divise en deux parties : d'abord les préalables de principe, c'est-à-dire la citation des normes de référence, et ensuite l'indication du mode de contrôle de constitutionnalité. La motivation de fond du Conseil constitutionnel commence ainsi par un considérant qui peut être l'édition d'une règle unique mais aussi de plusieurs normes de référence. Ce considérant comprend la citation du principe applicable et éventuellement son explicitation. On peut donner pour exemple le cas de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789⁶ : le Conseil cite l'article 6, intégralement, et il l'interprète en lui donnant une portée : « *le principe d'égalité ne s'oppose pas à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que dans l'un et l'autre cas la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit* ». L'édition du principe applicable est centrale dans la mission du Conseil constitutionnel puisque c'est par là qu'il assume sa mission normative d'interprétation de la Constitution.

13. Pour chaque principe constitutionnel, le Conseil donne une interprétation qui, en principe, détermine la solution. Soit cette norme constitutionnelle est citée littéralement si elle se suffit à elle-même, soit elle est explicitée, mais l'interprétation est rarement argumentée. Autrement dit, le Conseil constitutionnel ne dit qu'exceptionnellement pourquoi il donne à la Constitution un sens ou un autre. Il le fait néanmoins quelquefois ; c'est sans doute le signe des grandes décisions ; par exemple dans la décision *Loi de nationalisation*⁷, il justifie par des considérations historiques les sens qu'il donne au droit de propriété. On lit ici une argumentation sur le contenu d'un droit fondamental tiré de la Déclaration de 1789.

14. Il arrive que le Conseil constitutionnel se réfère à plusieurs normes applicables. En général, il se contente de les juxtaposer, mais il les articule quelquefois. L'explicitation de la combinaison de plusieurs normes constitutionnelles est, ici encore, la caractéristique des grandes décisions. Ainsi, en matière de procédure, le Conseil cite le principe d'égalité devant la justice tiré de l'article 6 de la DDHC, puis le droit au recours contenu dans l'article 16 de la DDHC⁸ pour en tirer la règle constitutionnelle qui est la synthèse des deux : l'équilibre des parties dans la procédure. Le Conseil dans ce cas ne se contente pas d'exposer successivement les normes, il les combine pour en tirer une autre dont la valeur est tout aussi constitutionnelle⁹.

15. On peut également citer l'exemple de la liberté contractuelle ajoutée au principe de participation des travailleurs conférant une protection

particulière à la négociation collective¹⁰. Le choix, l'énoncé et la combinaison de ces normes de référence est l'essentiel du travail du Conseil constitutionnel. Il suffit de lire ses décisions pour comprendre que c'est le fondement même du contrôle de constitutionnalité : déterminer la règle ou le principe mis en cause par la loi examinée et lui donner un sens déterminant la solution du cas d'espèce.

16. Par quelle démarche explicite s'opère finalement le contrôle de constitutionnalité, c'est-à-dire quel est l'enchaînement de la phase décisive du raisonnement et comment est-il motivé ? Le Conseil expose d'abord la disposition législative contestée, soit en la citant littéralement, soit en l'interprétant. Il fait alors ressortir en quoi cette disposition légale peut entrer en conflit avec la Constitution. Puis le Conseil indique, en fonction des normes en présence, la nature du contrôle qu'il exerce : conciliation de principes à valeur constitutionnelle, proportionnalité de l'atteinte à un droit fondamental au but d'intérêt général poursuivi par la loi, erreur manifeste d'appréciation du législateur... Enfin, en confrontant, selon la technique de contrôle choisie, la norme constitutionnelle à la disposition légale contestée, il déduit la solution : conformité à la Constitution, avec ou sans réserve ou contrariété à la Constitution.

17. Il ne vous échappe pas que cette description succincte élude tous les problèmes que posent chacune des phases de l'enchaînement : Comment le Conseil choisit-il les normes de référence ? Comment interprète-t-il la loi qui lui est soumise ? En cas de contrôle *a posteriori*, doit-il respecter l'interprétation qui lui est donnée par la jurisprudence du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation ? La disposition contestée met-elle en œuvre une exigence constitutionnelle ? Comment déterminer l'objet d'intérêt général poursuivi par la loi ? Quelle est alors la méthode de contrôle applicable et par quel enchaînement logique ? Le Conseil constitutionnel expose-t-il les modalités de ce contrôle ? Chacune de ces questions prise sous l'angle de la motivation peut donner lieu à discussion et même à controverse dans lesquelles, vous le comprendrez, je ne peux ni ne veux m'engager.

II – Substance

18. Au regard de la théorie de la motivation, que nous enseigne cette description succincte de la structure des décisions du Conseil constitutionnel ? On peut, à cet égard, risquer deux propositions, sur ce qu'est la décision du Conseil constitutionnel, et sur ce qu'elle n'est pas.

A – Ce que n'est pas une décision du Conseil constitutionnel

19. Tout d'abord, la décision du Conseil constitutionnel ne rend pas compte d'un échange dialectique entre des juges qui contribueraient à la décision. Elle n'est pas non plus fondée sur une rhétorique argumentaire.

1 – Elle n'est pas dialogique

20. La décision du Conseil n'exprime pas l'opinion d'une majorité en tension avec l'opinion d'une minorité pour aboutir à une décision qui trancherait entre deux argumentations contraires. Le raisonnement du Conseil n'est pas dialogique mais monologique. La motivation reproduit un raisonnement déductif monolithique tiré d'un raisonnement collectif au sein d'une collégialité délibérante indifférenciée. Même le nom du rapporteur qui propose le projet de décision à la discussion du collège n'apparaît pas. Il est signifié par là qu'il s'agit de la décision du Conseil constitutionnel dans son ensemble, et non de celle d'une majorité qui se serait imposée à une minorité par sa force de conviction. Cette tension cependant bien réelle entre majorité et minorité est réservée au secret de la délibération, secret qui ne sera levé que 25 ans plus tard avec l'accès public aux archives.

21. Ce mode de production de la décision se traduit dans la substance même de sa motivation. L'élaboration d'une décision du Conseil constitutionnel est d'abord caractérisée par le temps contraint dans lequel elle doit être prise : un mois pour le contrôle *a priori*, trois mois pour le contrôle *a posteriori*. Ensuite le mécanisme est fortement imprégné de la culture du Conseil d'Etat tant dans le mode de raisonnement, les méthodes de contrôle de légalité que de l'enchaînement logique de la motivation. En outre, la logistique de rédaction du projet de décision est centralisée. Pour établir une décision dans ce temps contraint, il a semblé nécessaire d'imposer au sein du Conseil une police rigoureuse d'établissement d'un projet de décision et de délibération qui, pour l'essentiel, ne repose que sur des habitudes pratiques. C'est le Président qui désigne le rapporteur. Aussitôt, la réflexion s'engage par la diffusion à tous les membres d'une note problématique établie par le secrétaire général qui aborde toutes les questions de constitutionnalité soulevées par la loi examinée et qui les analyse au regard des précédents jurisprudentiels pour discerner les solutions possibles. Le membre désigné établit un rapport et un projet de décision en collaboration avec les services juridiques placés sous l'autorité du secrétaire général. Il le fait à partir d'une documentation, éventuellement complétée à sa demande, par un service de documentation. Le projet de décision est distribué aux membres du Conseil constitutionnel environ une semaine avant le délibéré. La discussion sur ce projet se fait en séance selon un procédé inspiré du Conseil d'Etat : le rapporteur présente un rapport au soutien d'une décision qui est mise au vote¹¹. S'il n'emporte pas la majorité, un autre projet est examiné en séance.

2 – Elle n'est pas explicative

22. La décision du Conseil constitutionnel n'est pas non plus une décision de rhétorique explicative. Elle ne répond pas en détail au raisonnement critique du saisissant ou du requérant. Le Conseil ne justifie pas, ou très rarement, l'interprétation qu'il donne à la Constitution. Il ne le fait pas davantage sur l'évolution de sa jurisprudence. Il a ainsi par exemple abandonné sa jurisprudence dite de l'« effet cliquet »¹² sans le dire. Il a également, progressivement réduit la réserve de compétence de l'autorité judiciaire, c'est-à-dire le domaine de compétence exclusive du juge judiciaire en matière de liberté individuelle sans en expliciter les raisons. Le Conseil n'éclaire pas non plus la nature de son contrôle. Il ne justifie pas le choix de la norme de référence. Il ne décompose pas la partie déductive de son raisonnement. Enfin, le Conseil ne livre que les motifs purement juridiques de sa décision sous une apparence déductive. Contrairement à la pratique de certaines cours suprêmes ou constitutionnelles, il ne fait pas entrer dans ses motifs les éléments déterminants qui pourraient être économiques, sociologiques, culturels ou moraux. Le raisonnement de constitutionnalité n'intègre pas, en France, de considérations extérieures.

B – Ce qu'est une décision du Conseil constitutionnel

23. En revanche, au regard du principe de motivation, deux caractéristiques positives me semblent déterminer ce qu'est une décision du Conseil constitutionnel. C'est un jugement, c'est un texte à interpréter.

1 – Un jugement

24. S'agissant enfin de ce qu'est une décision du Conseil constitutionnel, il faut d'abord relever que c'est une décision en forme juridictionnelle. C'est en effet une décision qui s'autolimité dans un cadre juridictionnel : le juge constitutionnel énonce son pouvoir et reste dans les bornes de celui-ci. Il n'a pas, dit-il, le pouvoir d'édicter la loi, mais celui d'en contrôler la conformité à la Constitution. Son pouvoir n'est pas de même nature que celui du législateur. C'est également une décision normative : le Conseil énonce et interprète les normes sur lesquelles repose sa décision. Ainsi établies ses décisions créent des précédents auxquels il se réfère. Les termes de chacune des décisions sont littéralement empruntés à des précédents. Et de l'enchaînement de ces précédents on peut conclure à la stabilité, à l'évolution à la transformation des droits fondamentaux pris en compte. La légitimité argumentaire des décisions du Conseil réside dans l'ostensible continuité de sa jurisprudence. Enfin, du point de vue de la logique formelle, le raisonnement du Conseil est, en apparence, de type déductif. Tous ces éléments sont caractéristiques d'un jugement.

2 – Un texte à interpréter

25. Si la décision du Conseil constitutionnel est un jugement c'est un jugement à interpréter. Elle ne se présente pas sous la forme d'un texte accessible pour un lecteur non informé. Elle ne peut être comprise du citoyen que par des intermédiaires explicatifs. En cela, elle se sépare du parti pris pédagogique de la motivation des décisions de Common Law_ qui, en principe, entendent s'adresser directement au citoyen des Etats-Unis. Pour permettre la compréhension d'une décision du Conseil on distingue deux types de médiation. Il y en a d'abord une officielle : la décision est accompagnée d'un communiqué de presse et d'un commentaire dans la revue éditée par le Conseil : « *Les (nouveaux) Cahiers du Conseil constitutionnel* ». Le communiqué n'est pas l'œuvre des membres du Conseil ; le collègue ne l'établit ni le contrôle, c'est celle du secrétaire général ; les communiqués et articles aux cahiers sont rédigés par lui, sous sa responsabilité à destination de la presse pour les uns, de la communauté académique, pour les autres.

26. Il y a une seconde voie d'accès de la décision au public ; elle est doctrinale. C'est en effet le rôle de la doctrine d'analyser, de comprendre, de faire comprendre, de commenter, de critiquer les décisions du Conseil constitutionnel et de mettre en évidence, soit qu'elle se situe en rupture, soit qu'elle s'inscrive dans la continuité de sa jurisprudence du Conseil. Faisant cela, la doctrine a une responsabilité démocratique. Si le Conseil constitutionnel a besoin de la doctrine pour se faire comprendre de l'opinion citoyenne, il appartient à la doctrine de remplir cette mission avec loyauté, ce qui lui impose une lecture objective, mais aussi une lecture critique sans concession des décisions du Conseil constitutionnel, sur l'application et l'interprétation de la Constitution, comme sur le mode d'élaboration et les motifs de ses décisions. Cette mission critique est-elle suffisamment assumée ?

Conclusion

27. Vous aurez sans doute compris que je livre brièvement ces éléments bruts sans commentaires pour lancer la discussion. Ma position ne me permettrait pas d'aller au-delà. En revanche, chacun de ces éléments peut évidemment être discuté, contesté ou critiqué. J'espère en tout cas que cette présentation n'est pas stérilisante. Vos réactions et la discussion qui doit suivre le diront. Je vous remercie de votre attention.

¹ Décision n° 85-197 DC du 23 août 1985 Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie, cons. 27. « Considérant donc que la procédure législative utilisée pour mettre en conformité avec la Constitution la disposition déclarée non conforme à celle-ci par le Conseil constitutionnel a fait de

l'article 23 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique une application ne méconnaissant en rien les règles de l'article 10 de la Constitution et a répondu aux exigences du contrôle de constitutionnalité dont l'un des buts est de permettre à la loi votée, qui n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution, d'être sans retard amendée à cette fin ; »

² Ord. n° 58-1067 du 7 novembre 1958, JORF du 9 novembre 1958, p. 10129, article 20, « La déclaration du Conseil constitutionnel est motivée. Elle est publiée au Journal officiel. »

³ Règlement intérieur du 4 février 2010 sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité.

⁴ Décision n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004, Traité établissant une Constitution pour l'Europe, JO du 24 novembre 2004, p. 19885.

⁵ CEDH, 29 juin 2004, Leila Sahin c/ Turquie, n° 4774/98.

⁶ « *La Loi est l'expression de la volonté générale. Tous les citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs représentants, à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les citoyens étant égaux à ses yeux sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents* ».

⁷ Décision n° 81-132 DC du 16 janvier 1982, Loi de nationalisation, JO du 17 janvier 1982, p. 299.

⁸ « *Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution* ».

⁹ Décision n° 2010-15/23 QPC du 23 juillet 2010, Région LANGUEDOC-ROUSSILLON et autres [Article 575 du code de procédure pénale] Cons ; 4. « Considérant qu'aux termes de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, la loi « est la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse » ; que son article 16 dispose : « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution » ; que, si le législateur peut prévoir des règles de procédure différentes selon les faits, les situations et les personnes auxquelles elles s'appliquent, c'est à la condition que ces différences ne procèdent pas de distinctions injustifiées et que soient assurées aux justiciables des garanties égales, notamment quant au respect du principe des droits de la défense, qui implique en particulier l'existence d'une procédure juste et équitable garantissant l'équilibre des droits des parties ; »

¹⁰ Le législateur ne saurait porter aux contrats légalement conclus une atteinte qui ne soit justifiée par un motif d'intérêt général suffisant sans méconnaître les exigences résultant des articles 4 et 16 de la Déclaration de 1789 ainsi que, s'agissant de la participation des travailleurs à la détermination collective de leurs conditions de travail, du huitième alinéa du Préambule de 1946. (2009-592 DC, 19 novembre 2009, Loi relative à l'orientation et à la formation professionnelle tout au long de la vie cons. 9, Rec. p. 193).

¹¹ Article 19, de l'Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel « L'appréciation de la conformité à la Constitution est faite sur le rapport d'un membre du Conseil dans les délais fixés par le troisième alinéa de l'article 61 de la Constitution. »

¹² L'effet cliquet était une règle jurisprudentielle qui interdisait au législateur de modifier un droit fondamental sans instaurer de garanties équivalentes : Décision n° 83-165 DC du 20 janvier 1984, Loi relative à l'enseignement supérieur, cons. 42.