

■ Avant-propos ■

La doctrine et le Conseil constitutionnel, entre attractions, indifférences et rejets

SAMY BENZINA

Professeur à l'Université de Poitiers

JULIEN JEANNENEY

Professeur à l'Université de Strasbourg

Pourquoi avoir choisi de réunir des professeurs de droit, issus d'horizons divers, afin de réfléchir à la relation qui s'est établie, depuis soixante-cinq ans, entre la doctrine et le Conseil constitutionnel ? Une partie de la réponse tient, à l'évidence, à la singularité de ce lien. Parmi les nombreux observateurs du Conseil constitutionnel et de ses décisions, les professeurs de droit tiennent une place à part. Leur regard est souvent plus informé que celui de journalistes ou de spécialistes d'autres disciplines universitaires. Leur perspective est enrichie par la connaissance de décisions rendues par d'autres juridictions de premier plan, en France et ailleurs. Certains, en petit nombre, ont l'occasion de contribuer à ses travaux – comme membres de l'institution, comme conseillers officiels ou officieux de ces derniers, ou par des écrits voués à les inspirer. Nourris de débats récurrents sur ce que devrait être la justice constitutionnelle, beaucoup s'y intéressent et l'expriment de diverses manières.

Ces considérations intemporelles ne suffisent cependant pas à expliquer la décision d'organiser un colloque¹, puis de publier cet ouvrage – où sont restitués et évalués les mouvements qui ont marqué, une génération après l'autre, l'histoire des relations réciproques entre la doctrine et le Conseil constitutionnel. Trois raisons, plus contemporaines, ont été décisives à cet égard. Tout d'abord, par contraste avec le développement, depuis deux décennies, des écrits consacrés aux rapports entretenus par la doctrine juridique avec divers juges – qu'ils

1. Il s'est tenu les 11 et 12 mai 2023 à la faculté de droit de l'université de Strasbourg, avec le soutien de l'institut de recherche Carré de Malberg et de l'institut de droit public de l'université de Poitiers.

soient administratifs², judiciaires³ ou supranationaux⁴ –, les travaux d'ampleur consacrés, sous ce rapport, au Conseil constitutionnel demeurent fort limités⁵.

Ensuite, la justice constitutionnelle est désormais ancrée fermement dans les institutions et les imaginaires collectifs. Le Conseil constitutionnel n'a plus autant besoin que par le passé du soutien de la doctrine pour se légitimer. Depuis l'extension des normes de référence du contrôle de constitutionnalité jusqu'à l'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité, en passant par l'ouverture de la saisine parlementaire, il s'est stabilisé. Quant au droit constitutionnel en tant qu'objet scientifique, il est aujourd'hui considéré comme une discipline universitaire pleinement juridique, avec sa technique, dont l'objet dépasse largement l'étude de la jurisprudence constitutionnelle. Cette évolution parallèle des deux parties à cette relation crée une possibilité nouvelle : vingt ans après la mort de Louis Favoreu, à bonne distance de la période pendant laquelle ont commencé à prospérer les écrits consacrés au Conseil constitutionnel et à sa jurisprudence, un recul temporel suffisant permet aujourd'hui de la considérer à nouveaux frais.

Enfin – et surtout –, loin de l'image d'Épinal d'un « chœur à deux voix⁶ » qui n'aurait, en l'occurrence, plus guère de sens, les relations entre la doctrine

2. J. Rivero, « Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit administratif », *EDCE*, 1955, p. 29 ; B. Pacteau, « La doctrine, auteurs, acteurs du droit administratif... », in M. Hecquard-Théron (dir.), *Les facultés de droit inspiratrices du droit ?*, Presses de l'université Toulouse-Capitole, 2005, p. 83-95.

3. B. Challe, « L'influence de la doctrine sur la jurisprudence de la Chambre criminelle », in M. Hecquard-Théron (dir.), *Les facultés de droit inspiratrices du droit ?*, Presses de l'université Toulouse-Capitole, 2005, p. 169-173 ; G. Decocq, « Réflexions sur l'influence doctrinale », *Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz. Libres propos sur les sources du droit*, Dalloz, 2006, p. 111-118 ; D. Tricot, « L'influence de la doctrine sur la Cour de cassation », *Mélanges en l'honneur de Jacques Mestre. Liber amicorum*, LGDJ, 2019, p. 877-885.

4. G. Marti, « L'influence de la doctrine sur la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne », in B. Bertrand, L. Clément-Wilz (dir.), *Méthodes et stratégies dans l'Union européenne*, Presses universitaires de Rennes, coll. « Droits européens », 2021, p. 239-249 ; S. Touzé (dir.), *La Cour européenne des droits de l'homme et la doctrine*, Paris, Pedone, 2024.

5. V., notamment, G. Vedel, « Doctrine et jurisprudence constitutionnelle », *RDJ*, vol. 105, n° 1, 1989, p. 11-17 ; N. Jacquinot, « La doctrine constitutionnaliste, quel rôle dans l'élaboration du droit ? », in M. Hecquard-Théron (dir.), *Les facultés de droit inspiratrices du droit ?*, Presses de l'université Toulouse-Capitole, 2005, p. 183-196 ; E. Desmons, « La planète des sages. Le Conseil constitutionnel, la doctrine et la démocratie », in *Liber Amicorum Darcy. Détours juridiques : le praticien, le théoricien et le rêveur*, Bruylant, 2012, p. 231-251 ; X. Magnon, « La doctrine, la QPC et le Conseil constitutionnel. Quelle distance ? Quelle expertise ? », *RDJ*, vol. 129, n° 1, 2013, p. 135-154 ; M. Fatin-Rouge Stefanini, « Juges constitutionnels et doctrine : France », *AJJC*, vol. 30-2014, 2015, p. 345-380 ; C. Severino, « L'influence de la doctrine sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RFDC*, vol. 105, 2016/1, p. 77-100 ; V. Champeil-Desplats, « La doctrine, interprète concurrent du Conseil constitutionnel ? Cas français », *Rev. dr. homme*, 2022, vol. 21 ; A. Manouguian, *La juridictionnalisation du droit constitutionnel français. Étude d'un phénomène doctrinal*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », 2022.

6. J. Rivero, « Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit administratif », *EDCE*, 1955, p. 29.

et le Conseil constitutionnel se sont dégradées depuis au moins une décennie. C'est l'effet d'une rupture intellectuelle. Longtemps, il a semblé difficile pour ceux qui se donnaient pour objet principal le Conseil constitutionnel et sa jurisprudence de se départir d'une tendance à les défendre avant toute chose – comme si la promotion du droit constitutionnel, discipline désormais pleinement juridique puisqu'elle disposait elle aussi de son juge, devait passer par la légitimation de cette institution que ses faiblesses originelles avaient longtemps exposée à la critique. Cela relève désormais du passé. Le caractère juridictionnel de l'institution n'est plus sérieusement mis en doute. On la présente volontiers comme la « gardienne des droits et libertés constitutionnels⁷ ». Ces métamorphoses ont rendu de telles préventions largement obsolètes.

À quoi s'est ajoutée une tendance distincte, quoique complémentaire. Aussi longtemps que le Conseil constitutionnel semblait progresser en direction de l'idéal d'une cour constitutionnelle comparable à celles que connaissent nos voisins européens, la doctrine s'est trouvée portée, presque naturellement, à la perpétuation de sa tolérance traditionnelle. Cette inclination a progressivement disparu à mesure que l'institution, changeant de trajectoire, a cessé sa mue pour s'enfermer dans une forme de stagnation, voire de régression institutionnelle. Consciente de l'augmentation de ses pouvoirs et de sa place nouvelle au sein des institutions, tout en regrettant qu'elle ne s'adaptât pas en profondeur à ces mouvements profonds, la doctrine en est venue à porter sur elle un regard plus exigeant.

Ainsi la bienveillance de nombreux observateurs s'est-elle muée en critique. La présence, au sein du Conseil constitutionnel, des anciens présidents de la République a été perçue comme anachronique. Le mode de nomination de ses membres, à la rencontre des choix opérés par les autorités de nomination⁸ et d'une incapacité des parlementaires à opérer sérieusement leur contrôle en la matière⁹, a été d'autant plus fustigé que certains équilibres observés jadis dans la composition de l'institution semblaient avoir été rompus. En dépit de l'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité et de l'affirmation répétée, au Conseil constitutionnel, selon laquelle il serait devenu une « haute juridiction¹⁰ », les autorités de nomination ont continué de proposer des candidats marqués avant tout par le caractère politique de leur parcours

7. S. Benzina (dir.), *Le Conseil constitutionnel est-il le gardien des libertés ?*, Presses universitaires juridiques de Poitiers, coll. « Actes & colloques », 2021.

8. V., notamment, P. Wachsmann, « Sur la composition du Conseil constitutionnel », *Jus Politicum*, 2010, n° 5 ; S. Benzina, « L'article 56 de la Constitution et le droit constitutionnel », *Revue de droit d'Assas*, n° 20, 2020, p. 37-52.

9. J. Jeanneney, « Une tartufferie institutionnelle. L'audition parlementaire des candidats au Conseil constitutionnel », *Pouvoir et contre-pouvoirs. Mélanges en l'honneur du professeur Bertrand Mathieu*, LGDJ, 2023, p. 349-354.

10. V., par ex., le communiqué du Conseil constitutionnel sur le « Protocole n°16 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », 20 décembre 2017.

– soit qu'ils aient été élus ou aient exercé des fonctions gouvernementales, soit que, de manière moins visible, ils aient aidé des responsables politiques. L'idée semble prévaloir selon laquelle ils seraient les seuls à pouvoir comprendre les contraintes inhérentes au fonctionnement et à l'action de l'État. Ainsi s'explique que les professeurs de droit, réputés prompts à en rester à des réflexions dogmatiques, se soient trouvés écartés de cette institution, au grand regret de certains, et que des magistrats y aient été principalement nommés en raison de leur contribution passée à l'exercice de fonctions politiques. De quoi résulte une rupture patente : l'*éthos* des membres du Conseil constitutionnel, où se sont longtemps rencontrées des personnalités aux parcours divers, est aujourd'hui plus proche de celui des responsables politiques – en particulier des parlementaires et des ministres – que de celui des juristes plus classiques, notamment des professeurs de droit. Cela ne favorise pas la compréhension réciproque et les échanges véritables.

Quant au style de la motivation des décisions du Conseil constitutionnel¹¹, il apparaît, lui aussi, en décalage avec l'image diffusée de cette institution. Leur caractère stéréotypé résulte notamment de contraintes temporelles pérennes – les membres du Conseil constitutionnel sont forcés à travailler vite – et d'une organisation surannée de cette institution : elles favorisent les raccourcis argumentatifs et l'absence d'une réflexion profonde sur les principes et notions mobilisés. Dans les décisions, les choix des juges sont affirmés, à l'instar de la pratique d'un organe politique, plus qu'ils ne sont expliqués ou justifiés. Cette tendance est de moins en moins excusée par la doctrine. Révélateurs sont, à cet égard, les débats relatifs à la réforme des retraites, au printemps 2023 : de nombreux professeurs ont regretté le manque soit d'audace, soit de pédagogie, des décisions rendues par le Conseil constitutionnel. Les membres de ce dernier, peu habitués aux critiques doctrinales auxquelles leurs précédentes fonctions les avaient rarement préparés, y ont souvent moins vu une invitation à l'exigence ou un hommage à l'importance de leur fonction qu'une remise en cause personnelle et institutionnelle dont ils ont pu prendre ombrage.

Les spécialistes de la justice constitutionnelle se trouvent donc aujourd'hui dans une situation difficile : aussi longtemps que le Conseil constitutionnel refusera de se mettre au diapason des standards européens de la justice constitutionnelle, ils en seront réduits soit à ignorer ce qui se passe ailleurs, soit à constater, par contraste, des impérities dont nul universitaire exigeant ne saurait se satisfaire.

Ainsi s'explique la genèse de cet ouvrage. Il s'ouvre par un entretien que nous a accordé Robert Badinter, le 3 mai 2023, quelques mois avant sa disparition. Sa première partie est consacrée à l'étude des liens qui ont uni certains professeurs au Conseil constitutionnel : Léo Hamon, François Goguel, Georges

11. D. Baranger, « Sur la manière française de rendre la justice constitutionnelle », *Jus Politicum*, vol. 7, 2012, p. 1-38.

Vedel, François Luchaire et Louis Favoreu. Une étude précise de ces figures majeures du droit public et de la science politique pendant les premières décennies de la V^e République marque d'emblée la complexité de cette relation.

Dans un deuxième temps sont proposées des interrogations sur la meilleure manière de saisir les différentes générations doctrinales, dans leur rapport avec l'institution – le concept de « génération » se révélant, dans cette perspective, particulièrement fécond. Le témoignage de plusieurs spécialistes du droit du contentieux constitutionnel très actifs, à partir des années 1980-1990, permet de mieux comprendre, d'un point de vue historique, les différentes étapes de la construction des relations complexes entre la doctrine et le Conseil constitutionnel.

Le troisième temps du livre est consacré aux méthodes par lesquelles sont appréhendés le Conseil constitutionnel et ses décisions. Il conduit, pour faire mieux comprendre la singularité de la relation ici envisagée, à l'éclairer à l'aune d'autres expériences et à opérer plusieurs décentrement, du côté des constitutionnalistes non spécialistes du contentieux constitutionnel, des spécialistes du droit administratif ou des spécialistes de juridictions constitutionnelles étrangères, en Allemagne et en Italie.

Quant au dernier moment de l'ouvrage, il se concentre sur les influences réciproques de la doctrine et du Conseil constitutionnel – qu'il s'agisse pour les membres de ce dernier de se fonder sur des écrits doctrinaux ou pour cette institution de s'attacher à capter une partie de la doctrine, à la faveur de différentes initiatives visant à rapprocher l'institution des universités, dans des conditions qui provoquent le débat.

La réunion de ces textes éclaire sous un jour nouveau l'état de la doctrine française de droit constitutionnel. En dépit de conceptions traditionnellement différentes du droit constitutionnel chez plusieurs de leurs auteurs, leurs convergences sont ici frappantes. De nombreuses critiques formulées à l'encontre du Conseil constitutionnel et de sa jurisprudence y font consensus, tout comme l'impression partagée selon laquelle l'étude du droit constitutionnel jurisprudentiel ne serait plus hégémonique au sein de la discipline, avec une place non négligeable laissée à l'étude du droit politique. Sans doute est-ce là, en définitive, le principal enseignement de ces réflexions et de ces échanges : les difficultés jusqu'alors éprouvées par le Conseil constitutionnel à adapter son fonctionnement à l'accroissement de ses pouvoirs et à l'évolution des standards démocratiques et doctrinaux – tendance avec laquelle pourrait rompre demain un nouveau président de cette dernière, s'il démontrait une ambition juridique véritable pour cette institution – imposent à la doctrine de se renouveler, au risque, sinon, de se stériliser. Si l'on en croit les pages qui suivent, où s'expriment plusieurs plumes majeures de la doctrine contemporaine et qui nous semblent offrir un reflet fidèle de l'état actuel de la discipline, il y a lieu – sur ce point au moins – de faire preuve de quelque optimisme.