

## Plaidoyer pour que le Conseil constitutionnel devienne une cour constitutionnelle

L'on peut, et même l'on doit, s'étonner à plusieurs égards d'un tel intitulé. Le programme est certes stimulant ; il soulève trois questions qui le sont tout autant.

Une question épistémologique, sur la manière dont on doit concevoir le discours juridique. Appartient-il au juriste de présenter un plaidoyer et donc de défendre une position subjective et prescriptive sur une question déterminée ? Les positions doctrinales autour de la loi sur le mariage pour tous ont, de ce point de vue, parfois révélé une confrontation entre *celui qui croyait au ciel* et *celui qui n'y croyait pas*, la démarche scientifique étant reléguée au second plan quand elle n'était pas instrumentalisée<sup>1</sup>.

Une question juridique, sur ce qui apparaît en l'occurrence comme n'étant pas une question : le Conseil constitutionnel est-il une cour constitutionnelle ? Si la justice constitutionnelle telle qu'elle est organisée en France se rattache au « modèle européen », le Conseil constitutionnel ne serait être, sans discussion possible, autre chose qu'une cour constitutionnelle.

Une question disciplinaire, le discours juridique sur le droit constitutionnel, la doctrine de droit constitutionnel, peut-elle appréhender sous un angle autre que celui juridique la question de savoir si le Conseil constitutionnel est une cour constitutionnelle ?

A ces questions, il faut d'abord répondre par un aveu, la forme du plaidoyer est claire : le discours sera *prescriptif*. Il faudra le justifier avec force alors que cette dimension est assumée par quelqu'un qui considère que le discours sur le droit se doit de demeurer *objectif* et donc *descriptif*.

Poursuivre ensuite par un regard critique sur la définition juridique proposée par la doctrine de ce qu'est une cour constitutionnelle, qui n'est pas dénuée de toute ambiguïté, toute comme d'ailleurs les définitions de « juridiction constitutionnelle » et de « cour suprême ». Aussi, s'il est vrai que le Conseil constitutionnel est, d'un point de vue juridique, une cour constitutionnelle, encore faut-il établir de manière précise ce qu'est une « cour constitutionnelle ».

Constater enfin que c'est précisément sous un angle politique qu'il s'agira de résoudre la question. Cette dimension politique ne peut être étrangère au discours constitutionnaliste qui, s'il a pour objet le droit, ne saurait écarter l'enjeu de celui-ci, l'encadrement du pouvoir, et donc s'abstenir d'une lecture du droit constitutionnel en termes de pouvoir. Le droit constitutionnel demeure un droit politique. Cette dimension doit être intégrée au discours juridique portant sur le droit constitutionnel.

---

<sup>1</sup> Voir pour une synthèse sur cette question : L. Sponchiado, « De l'usage des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République dans le débat sur le mariage des personnes du même sexe », *RFDC*, n° 96, 2013, pp. 951-974.

Le propos sera donc iconoclaste. Il s'agira de défendre la nécessité de la transformation du Conseil constitutionnel en une cour constitutionnelle, une cour constitutionnelle d'un point de vue politique, après avoir clarifié cette notion sous l'angle juridique. Cette position présuppose que le Conseil constitutionnel n'est pas, aujourd'hui, une cour constitutionnelle.

Pourquoi glisser vers un discours prescriptif et donc vers un discours non scientifique ? Peut-être faudrait-il y voir une conséquence du syndrome du publiciste. Ce dernier est en effet confronté à un paradoxe et à un complexe. Un paradoxe, le paradoxe du publiciste, qui fait que celui-ci, en tant qu'observateur du droit est à la fois un serviteur du pouvoir, en ayant pour objet ce que celui-ci produit, et un gardien du respect du droit contre le pouvoir, en veillant à ce que celui-ci se conforme aux prescriptions qu'il édicte. Un complexe car le juriste n'est pas considéré comme un intellectuel, comme un penseur qui éclairerait la société et qui serait digne d'être entendu par le peuple par l'intermédiaire des médias. Tout au plus est-il un technicien ; au pire, un conseiller du prince. L'usage d'un discours prescriptif permettrait ainsi au juriste de sortir de cette impasse en prenant position sur les choix de société.

De ce paradoxe et ce complexe, naît le syndrome qui peut conduire le publiciste à faire autre chose que du droit sous couvert d'en faire, de la philosophie, de la morale individuelle, du lobbying institutionnel, de la sociologie, ou, de manière plus forte encore, à devenir un citoyen, tout en revendiquant son étiquette de juriste<sup>2</sup>, en défendant les valeurs qu'il estime devoir être défendues. En prescrivant comment *doit être* le droit, le juriste serait plus entendu que ce qu'il ne l'est en tant que commentateur ne proposant qu'un discours descriptif sur son objet.

Est-ce ce syndrome qui est à l'origine du discours prescriptif tenu ici ? Assurément pas, seulement des regrets, consécutifs au regard que l'on peut porter sur d'autres juridictions constitutionnelles, à l'étranger, qu'elles soient cour suprême ou cour constitutionnelle. A maints égards, et ce sera précisément l'objet de ce plaidoyer, le Conseil constitutionnel n'est ni une cour constitutionnelle, comme celles qui existent en Italie, en Allemagne, en Espagne ou encore au Portugal, ni *a fortiori* la cour suprême américaine. Des regrets de ne disposer, en tant qu'objet d'étude jurisprudentiel, que du discours ennuyeux d'un juge concentré sur la *dimension décisive* de son office, quand il pourrait proposer un discours plus dense destiné à *justifier* sa décision. La forme du plaidoyer est à cet égard le résultat d'une certaine exaspération que procure à la longue la lecture des décisions du Conseil constitutionnel. Une exaspération à n'avoir qu'à décortiquer le raisonnement du juge, sans jamais parvenir à percevoir son âme.

La question n'est pas juridique. Le Conseil constitutionnel est de ce point de vue une cour constitutionnelle, tout autant qu'il est une juridiction constitutionnelle et qu'il n'est pas une cour suprême. Si ces trois notions se croisent parfois au point de se rejoindre en entretenant

---

<sup>2</sup> C'est précisément le fait de présenter des opinions subjectives sous le vernis (prestigieux ?) du professeur de droit et en cette qualité qui pose problème.

l'ambiguïté, il est possible d'en retenir des définitions modales et fonctionnelles. Il suffit alors de rattacher chacune de ces trois notions à une question technique relative aux modalités empruntées pour assurer dans un ordre juridique le calcul des défauts, c'est-à-dire la sanction de l'exigence de régularité, inhérente à tout ordre normatif. Selon cette perspective, l'on définira la *juridiction constitutionnelle* comme renvoyant à un modèle de calcul des défauts confiant la résolution de litiges portant sur la conformité des lois à la Constitution à un organe indépendant des parties à ce litige ; la *cour constitutionnelle* à un modèle qui tend à confier à un organe spécial le soin de résoudre des litiges présentant une dimension politique liés à l'application de la Constitution et la *cour suprême* à un modèle visant à garantir l'unité d'application du droit par les juges dans un système juridictionnel décentralisé<sup>3</sup>. A partir de ces définitions, il est clair que le Conseil constitutionnel est une juridiction et une cour constitutionnelles, mais il n'est pas une cour suprême.

La difficulté est ailleurs. Elle n'est pas dans les modèles. Elle n'est pas non plus dans les définitions juridiques. Elle s'apprécie dans la vie de l'institution, et nous quittons ici précisément le domaine normatif pour inscrire la réflexion dans le domaine factuel. Le constat peut se résumer par un aphorisme : le Conseil constitutionnel n'est pas une cour constitutionnelle parce qu'il n'est pas un *pouvoir d'opinion*. Il n'est pas un véritable pouvoir capable de se hisser au niveau des autres pouvoirs dans sa capacité de décider et de choisir<sup>4</sup>. Pourrait-on en effet transposer ces quelques lignes dédiées à la cour suprême américaine au juge constitutionnel français : « une poignée d'hommes sont parvenus à faire connaître par l'opinion américaine que leur conception des impératifs constitutionnels devait s'imposer à tous, gouvernants compris, avec une autorité intransgressible. Dans un univers perpétuellement changeant, la Cour en est arrivé à être le symbole de la conscience juridique américaine »<sup>5</sup> ?

Dans le domaine des faits, les appréciations que l'on peut porter, sans s'appuyer sur des données objectives observables, passent indubitablement par des appréciations subjectives contestables. En conséquence, il peut apparaître difficile de sortir des impressions, du sentiment ou des appréciations partielles voire partiales.

Existe-t-il pour autant un seul constitutionnaliste susceptible d'affirmer, de croire ou de défendre que le Conseil constitutionnel est le « symbole de la conscience juridique » française ? Certes, la question prioritaire de constitutionnalité a pu placer le Conseil constitutionnel au premier plan, au

---

<sup>3</sup> Voir sur ces définitions : « Retour sur quelques définitions premières en droit constitutionnel : que sont une « juridiction constitutionnelle », une « cour constitutionnelle » et une « cour suprême » ? Proposition de définitions modales et fonctionnelles », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Bon*, Dalloz, 2014, à paraître.

<sup>4</sup> Tout au plus est-il un pouvoir juridictionnel aux yeux du pouvoir de révision constitutionnelle (voir sur ce point : « Une lecture du juge constitutionnel français en tant que « pouvoir juridictionnel » : la jurisprudence du Conseil constitutionnel au cours de la procédure de révision constitutionnelle de 2008 », *Politeia, La réforme des institutions françaises* (2), n° 16, 2009, pp. 217-261), mais pas aux yeux du peuple.

<sup>5</sup> G. Burdeau, « La Cour suprême : oracle ou miroir ? », *Critique*, janvier 1967, n° 236, pp. 80-96, reproduit in *Ecrits de droit constitutionnel et de science politique*, Editions Panthéon-Assas, Les introuvables, 2011, p. .

plan de l'opinion, mais plus en raison de l'existence même de la procédure que de la jurisprudence rendue par cette voie de droit. La révolution, si elle a eu lieu, est procédurale. Elle n'est pas substantielle.

En dehors du cercle des spécialistes, qui a pu s'intéresser de manière autre qu'anecdotique à la décision du Conseil constitutionnel sur le traité établissant une Constitution pour l'Europe, à celle sur la taxe carbone ou encore à celle sur le mariage pour tous, pour ne citer que des décisions qui portaient sur des débats de société significatifs ? Dans les décisions qu'il a rendues, a-t-il représenté le symbole de la conscience juridique française ? La décision de la Cour constitutionnelle fédérale allemande sur le traité de Lisbonne a eu un tout autre retentissement non seulement en Allemagne mais également dans l'ensemble de l'Europe, celle du Tribunal constitutionnel espagnol sur le statut de la Catalogne a cristallisé et généré des querelles politiques considérables, celle du Tribunal constitutionnel portugais sur la loi de finances portugaise mettant en œuvre le plan européen de sauvetage a placé celui-ci en défenseur du peuple contre le pouvoir de Bruxelles, pensons enfin à la lutte de la cour constitutionnelle italienne face aux différentes lois d'amnistie adoptées en faveur du chef du gouvernement. Nulle trace dans l'histoire du Conseil constitutionnel de querelles aussi fortes et d'une ampleur si considérable.

Comment une décision se prononçant sur la constitutionnalité d'une loi réservant le mariage à des personnes de même sexe pourrait-elle avoir un écho en dehors du cercle des juristes alors que pour toute motivation de principe sur le principe d'égalité, il est évoqué que « le principe d'égalité ne s'oppose ni 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 »<sup>6</sup> ?

Il n'en reste pas moins qu'il est difficile de vérifier de manière empirique l'existence ou l'inexistence d'un symbole. Il est peut être préférable de s'interroger sur les moyens susceptibles d'être employés pour rehausser la visibilité du Conseil constitutionnel au sein de nos institutions, et peut-être sommes nous là encore dans un travail proprement juridique, plutôt que de s'épuiser dans des considérations subjectives indémontrables sur ce que représente, d'un point de vue symbolique, le Conseil constitutionnel. La seule existence de moyens techniques permettant de renforcer le pouvoir du Conseil constitutionnel semble devoir témoigner de ce qui lui fait défaut. La question qui se pose est moins de savoir et d'établir si le Conseil constitutionnel occupe une place significative au sein de nos institutions et s'il dispose d'une visibilité institutionnelle auprès du peuple, ce qui est difficilement mesurable de manière objective, mais de rechercher ce qui pourrait accroître cette place et cette visibilité.

---

<sup>6</sup> C.C., n° 2010-92 QPC, 28 janvier 2011, *Mme Corinne C. et autre [Interdiction du mariage entre personnes de même sexe]*, Rec., p. 87, cons. 9.

Qu'est-ce qui permettrait de changer cet état de fait ? Trois pistes seront proposées : l'une *formelle*, la motivation de ses décisions, une autre *organique*, le renforcement de l'autonomie du Conseil constitutionnel, et, une dernière, *substantielle*, la défense d'une jurisprudence courageuse en particulier au nom du respect des droits et libertés formellement garantis par les textes constitutionnels. Il semble en l'occurrence qu'il faille hiérarchiser ces éléments dans l'ordre de leur présentation, même s'ils peuvent avoir des liens entre eux. Précision importante : aucune de ces préconisations n'impose de changement du droit positif ; chacune d'entre elle impose des changements culturels. Toute la difficulté est là.

### *La dimension formelle : motiver pour convaincre*

Pour être entendu encore faut-il pouvoir discourir. Sur ce point, le Conseil constitutionnel est prisonnier de la motivation propre à la tradition française en général et à celle du Conseil d'Etat en particulier. La rédaction se fait sous forme de considérants brefs et (relativement) laconique<sup>7</sup>. La structure de la motivation est identique. Elle débute par l'exposé de la disposition contestée, se poursuit par l'énoncé des griefs des requérants, puis par les normes de référence applicables telles qu'elles sont interprétées par le juge pour s'achever par la solution retenue, résultat de la confrontation de la disposition contestée aux normes de référence applicables. Point de place pour la justification, l'argumentation, la conviction... la brièveté tient lieu de force de conviction et d'explication. Je juge donc je motive<sup>8</sup>. Le juge se contente s'inscrire son discours dans une pure *dimension décisoire*. Il exclut toute *dimension justificative*<sup>9</sup> véritable. Seul ce qui est nécessaire à la décision, au dispositif de la décision<sup>10</sup>, se retrouve dans la motivation, c'est-à-dire dans ses motifs. Rien n'est exposé au-delà des éléments classiques du syllogisme juridictionnel nécessaires pour rendre intelligible, voire scientifique, la solution retenue par le juge. Le juge constitutionnel ne justifie pas. Le contexte justificatif est certes vaste. Il n'en est pas moins totalement absent de la motivation. Ni la volonté de l'auteur de la norme<sup>11</sup>, ni les interprétations possibles de la norme, ni les positions d'autres juridictions nationales, européennes et/ou étrangères, ni l'éclairage doctrinal sur cette interprétation, ni les controverses autour de cette interprétation, ni le contexte social, ni

<sup>7</sup> Voir notamment pour des critiques sur ce point à propos du Conseil constitutionnel : F. Rolin, « Pour un « discours sur la méthode » du contrôle de constitutionnalité des lois par voie d'exception », *AJDA*, 2010, p. 2384 ; W. Sabète, « De l'insuffisante argumentation des décisions du Conseil constitutionnel », *AJDA*, 2011, p. 885.

*Contra* : M. Guillaume, « La motivation des décisions du Conseil constitutionnel », *AJJC*, 2012, pp. 49-51, spécial. pp. 50-51.

<sup>8</sup> Selon la formule de W. Mastor et B. De Lamy in « A propos de la motivation sur la non-motivation des arrêts d'assises : "je juge donc je motive" », in *Recueil Dalloz*, 2011, n° 17, pp. 1154 et s.

<sup>9</sup> Voir sur cette distinction : M.-C. Ponthoreau, « L'énigme de la motivation. Encore et toujours l'éclairage comparatif », in *La motivation des décisions des cours suprêmes et cours constitutionnelles*, sous la direction de F. Hourquebie et M.-C. Ponthoreau, Bruylant, 2012, p. 6.

<sup>10</sup> Nous supposons ici que seul le dispositif d'une décision de justice pose une norme juridique, individuelle et concrète. La motivation du Conseil constitutionnel se limite à poser le contexte décisoire en ce sens qu'il se limite à expliciter le raisonnement qui le conduit à la solution, sans jamais le justifier.

<sup>11</sup> Il est cependant vrai que la volonté de l'auteur de la norme constitutionnelle ou de la norme législative est parfois utilisée par le Conseil constitutionnel afin d'en expliciter leur contenu. Cette utilisation est ponctuelle. Elle vise à retenir la « bonne » interprétation et non pas à discuter de l'interprétation des énoncés.

la dimension philosophique de la question... n'ont de place dans une décision du Conseil constitutionnel.

L'on ne sait jamais pourquoi le Conseil constitutionnel a retenu telle ou telle interprétation, telle ou telle solution, ni sur quoi il appuie ses choix. L'on ne sait pas plus quels sont les différents possibles dans l'interprétation des normes en présence comme dans la solution à apporter au litige né de leur confrontation, y compris ceux qui n'ont pas été retenus par le juge, et les choix de société comme les solutions envisageables, auxquels est confronté le juge. Aucune trace des débats doctrinaux qui traversent la question posée au juge n'est visible. Rien dans la motivation n'appelle de manière véritable à la discussion, mis à part l'éventuelle interprétation de la norme objet ou de la norme de référence du contrôle. Rien n'éclaire sur les choix profonds qui président à la solution retenue par le juge.

Certains pourraient voir dans une motivation justificative des risques. Celle-ci mettrait à jour un juge qui hésite, qui tâtonne. Il faudrait en réalité y voir un juge mature et responsable face aux choix qui sont les siens, percevant son auditoire comme étant en mesure d'appréhender les incertitudes entourant la décision juridictionnelle et la part de choix qu'elle recèle. Le juge doit prendre son auditoire au sérieux. Celui-ci ne sera responsable que s'il est perçu et appréhendé comme tel par le juge. La justification de la décision pourrait encore affaiblir le juge en favorisant la controverse autour des décisions rendues. Là encore, l'argument ne tient pas. Dans le jeu démocratique, la décision du juge constitutionnel doit pouvoir soulever la controverse et la discussion. Ce n'est que si les raisons qui président à la décision sont visibles dans la motivation qu'elle pourra être discutée de manière objective sans rechercher les motifs supposés que l'on peut lui prêter.

L'un de ses membres actuel le concède, une décision du Conseil constitutionnel « n'est pas dialogique », « le raisonnement du Conseil constitutionnel est « monologique. La motivation reproduit un raisonnement déductif monolithique tiré d'un raisonnement collectif au sein d'une collégialité délibérante indifférenciée ». Elle n'est pas non plus explicative ; c'est un jugement et un texte 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 »<sup>12</sup>.

Le caractère bref et laconique est d'autant plus assumé qu'il est parfois nécessaire que le Conseil constitutionnel ait recours à d'autres supports pour expliquer sa décision et, en particulier, aux commentaires aux Cahiers du Conseil constitutionnel. L'on pourrait d'ailleurs voir dans cette pratique un aveu de l'insuffisance de la motivation traditionnelle des décisions du Conseil constitutionnel. Un aveu partiel cependant car ces commentaires n'éclairent en rien sur les enjeux des décisions, les choix possibles ou le contexte doctrinal et se contentent, de plus en plus, face à

---

<sup>12</sup> G. Canivet, « La motivation des décisions du Conseil constitutionnel », in *La motivation en droit public*, sous la direction de S. Caudal, Dalloz, Thèmes & commentaires, 2013, pp. 236-239.

un flot contentieux croissant, de paraphraser la motivation du juge. Les commentaires ne pallient pas la carence justificative de la motivation de la décision juridictionnelle.

Quelle autre cour constitutionnelle en Europe présente une motivation aussi succincte ? Le Conseil constitutionnel n'est pas un juge administratif qui doit s'adresser au justiciable et, surtout et en réalité, à l'administration, sous forme d'instruction de service, autrement dit à des auditoires particuliers. En tant que juge constitutionnel son discours s'adresse à tous, à « l'auditoire universel »<sup>13</sup> et se doit de faire sens. Face à des énoncés par nature indéterminés, l'éclairage des choix du juge n'est que plus impératif. Le juge constitutionnel doit développer une motivation claire et intelligible à même de convaincre un auditoire universel. Mieux motiver peut participer d'une exigence démocratique<sup>14</sup>. Chaïm Perelman distingue en effet l'argumentation persuasive « qui ne prétend valoir que pour un auditoire particulier » de l'argumentation convaincante, « celle qui est censée obtenir l'adhésion de tout être de raison »<sup>15</sup>. Rechercher la compréhension d'un auditoire universel contribue à légitimer son œuvre jurisprudentielle et son existence institutionnelle, tout en marquant et en rendant visible son existence dans le jeu du pouvoir et des pouvoirs<sup>16</sup>.

#### *La dimension organique : une autonomie renforcée du Conseil constitutionnel*

La transformation de la motivation du juge constitutionnelle ne peut voir le jour d'un point de vue culturel qu'après un renforcement de son autonomie vis-à-vis du politique et du juge de l'administration. Cette autonomie nouvelle à construire s'impose tant dans la composition du Conseil constitutionnel que dans son fonctionnement.

Dans sa composition, seuls des juristes doivent être membres du Conseil constitutionnel qu'ils réunissent les conditions requises pour l'exercice des plus hautes fonctions juridictionnelles<sup>17</sup> ou qu'ils soient des juristes consultes possédant une compétence notoire, à l'instar de ce qui s'impose pour les cours européennes. S'il n'est pas forcément nécessaire, même si cela serait préférable, d'inscrire ces obligations dans l'ordonnance organique du 7 novembre 1958 sur le Conseil constitutionnel, la pratique des autorités de nomination pourrait aller en ce sens et les

<sup>13</sup> Selon la formule de Chaïm Perelman voir en particulier, avec L. Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation*, Editions de l'université de Bruxelles, 6<sup>ème</sup> édition, 2008, p. 40.

<sup>14</sup> W. Mastor défend « l'exigence démocratique de mieux motiver » tirée de ce que le juge s'adresse « à un auditoire universel » et qui impose « un style et un vocabulaire accessibles » ( « La motivation des décisions des cours constitutionnelles », in *La motivation en droit public*, sous la direction de S. Caudal, Dalloz, Thèmes & commentaires, 2013, p. 251).

<sup>15</sup> C. Perelman, L. Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation*, *op. cit.*, p. 36.

<sup>16</sup> L'on doit ici mentionner la thèse de référence de F. Malhière, *La brièveté des décisions de justice (Conseil constitutionnel, Conseil d'Etat, Cour de cassation). Contribution à l'étude des représentations de la justice*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de thèse, 2013, 665 p., qui défend en particulier que la brièveté des décisions de justice est un « mode d'exercice dépassé du pouvoir du juge » et « inadapté au plein exercice du pouvoir directeur des cours souveraines ».

<sup>17</sup> Préférons ici la formule de l'article 253 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, alors que l'article 21 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme exige seulement « les conditions requises pour l'exercice de hautes fonctions judiciaires ».

commissions parlementaires compétentes au sein des assemblées pour se prononcer sur ces nominations pourraient l'exiger. Qui mieux que des juristes – se limiter aux professeurs de droit serait mal interprété – sont en mesure d'éclairer les possibles devant lesquels le juge se trouve ? Qui mieux que la doctrine peut donner une substance à la motivation du juge ? Hauts magistrats et professeurs de droit, comme cela est le cas dans d'autres cours constitutionnelles européennes, sont tout à fait en mesure de combiner leurs compétences et leurs expériences respectives afin de livrer une motivation substantielle et éclairante sur les choix opérés dans la décision de justice.

D'un point de vue institutionnel, le fonctionnement du Conseil constitutionnel est tout entier aux mains du secrétaire général de l'institution. Or, la pratique constante, à une exception près, tend à confier ce poste à un conseiller d'Etat. Comment le Conseil constitutionnel peut-il s'émanciper de l'influence culturelle de son encombrant voisin du Palais Royal en confiant les clés de son fonctionnement à l'un de ses membres ? Pour être une cour constitutionnelle, il ne suffit pas d'être un conseil d'Etat, il faut penser autrement le juge de la constitutionnalité de la loi. Juger le législateur n'est pas juger et conseiller l'administration.

*La dimension substantielle : la défense d'une jurisprudence courageuse au nom du respect des droits et libertés formellement garantis par les textes constitutionnels*

Pour que le Conseil constitutionnel soit visible, il est nécessaire qu'il adopte des décisions fortes par les solutions qu'il retient et/ou par la motivation qu'il propose. Il ne s'agit pas de défendre une démarche constructive du juge constitutionnel, à l'instar de celle, traditionnelle, adoptée par la cour suprême américaine, mais de soutenir une politique jurisprudentielle respectueuse des dispositions constitutionnelles textuelles reconnaissant notamment les droits et libertés du citoyen et de la volonté de leurs auteurs. Une telle attitude concrétise le *devoir d'ingratitude* des juges constitutionnels. Elle sera d'autant plus favorisée que le Conseil constitutionnel ne réunit pas de politiques et qu'il développe une motivation propre à justifier et expliciter ses choix courageux. Le juge constitutionnel se doit de pouvoir trancher les litiges du seul point de vue juridique sans autre considération, mais avec courage et en mettant en évidence les enjeux des questions. Développer une politique jurisprudentielle fondée sur le droit, c'est-à-dire sur les dispositions constitutionnelles écrites, tel pourrait être le slogan à défendre. Choisir au nom du droit ce qui n'est pas forcément attendu par la société, ce qui peut être couteux pour les finances publiques, ce qui peut provoquer des réactions sociales, ce qui peut déplaire. Sur ce point, la position défendue ne doit pas être mal interprétée. Adopter une décision courageuse ne consiste pas à s'inscrire dans une démarche constructive témoignant de l'usage d'un large pouvoir d'appréciation du juge. Ce peut être seulement s'en tenir au droit et, par ce biais mais par d'autres moyens que ceux utilisées par la cour suprême américaine, symboliser la conscience du peuple.

Un exemple, un seul, permet d'illustrer une situation dans laquelle le courage du Conseil constitutionnel, dans la motivation comme dans la solution, aurait contribué à asseoir son autorité morale sur les autres pouvoirs comme vis-à-vis du peuple : la réponse apportée, dans la



décision sur la loi sur le mariage pour tous, au grief tiré de la violation d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République invoqué par les requérants et réservant le mariage à des personnes de sexe différent. Pour rejeter l'existence d'un tel principe, ce qui a été le choix du Conseil constitutionnel, fallait-il dégager une nouvelle condition de création d'un tel principe, sans aucun rapport avec l'énoncé proposé par l'alinéa 1<sup>er</sup> du préambule de la Constitution de 1946<sup>18</sup>, et renforcer ainsi le trouble entourant le débat doctrinal sur cette question ? Le Conseil constitutionnel est prisonnier de son argumentation lapidaire. Elle l'enferme plus qu'elle ne le libère. Elle l'empêche d'affronter de manière directe les questions posées par la concrétisation des normes constitutionnelles. A maintenir la solution de l'inexistence d'un tel principe, une motivation visant à convaincre aurait peut-être pu s'appuyer sur l'intention des législateurs qui avaient conçu le mariage hétérosexuel. Cette intention ne saurait devoir être interprétée comme excluant le mariage de personne de même sexe, faute pour les auteurs d'avoir envisagé cette situation. Il aurait également pu le rejeter au nom de la prévalence du droit constitutionnel écrit dans une situation de choix sociétal qui l'empêche de se prononcer. Le renvoi au pouvoir de révision constitutionnelle aurait pu être défendu. Le contexte constitutionnel des autres Etats européens aurait également pu appuyer un rejet de la reconnaissance d'un tel principe, absent des constitutions européennes<sup>19</sup>. Bref, tous les éléments d'un débat doctrinal sur la question auraient pu éclairer et justifier de manière efficace son choix.

Plaidoyer... l'on pourrait y voir seulement un exercice de style imposé par le contexte de son exposé. Il est également possible d'y voir le souhait de l'avènement d'une véritable justice constitutionnelle. La question prioritaire de constitutionnalité avait été porteuse d'un tel espoir qui n'aura pas été concrétisé par le juge constitutionnel. Si la révolution doit avoir lieu, elle devra être culturelle.

Xavier Magnon

Professeur à l'Université de Toulouse 1 Capitole

Institut Maurice Hauriou

---

<sup>18</sup> Qui « réaffirme » les « principes fondamentaux » reconnus par « les lois de la République » sans aucune préoccupation pour les objets visés par ces principes qu'il s'agisse de droits et libertés, de principes institutionnels ou de question de souveraineté nationale comme l'affirme le Conseil constitutionnel dans sa décision sur la loi sur le mariage pour tous.

<sup>19</sup> A l'exception de la Hongrie dont l'introduction de la nouvelle Constitution du 1<sup>er</sup> janvier 2012, dont l'exemplarité est pour le moins discutée, dispose dans son article L que : « La Hongrie défend l'institution du mariage comme communauté de vie entre un homme et une femme, fondée sur la base d'une décision volontaire, ainsi que la famille comme base pour sauvegarder la nation ».