



**HAL**  
open science

# L'influence de la doctrine sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel

Caterina Severino

► **To cite this version:**

Caterina Severino. L'influence de la doctrine sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel. *Revue française de droit constitutionnel*, 2016, 105, pp.77-99. 10.3917/rfdc.105.0077 . hal-01684235

**HAL Id: hal-01684235**

**<https://hal.science/hal-01684235>**

Submitted on 7 Apr 2023

**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.

Copyright

**L'influence de la doctrine sur la jurisprudence du Conseil  
constitutionnel**

**Caterina Severino**

*Revue Française de Droit Constitutionnel*  
*n. 105 2016*  
*pp. 77-99*

## L'influence de la doctrine sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel\*

S'interroger sur l'influence de la doctrine sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel pourrait sembler une entreprise empreinte de narcissisme<sup>1</sup>.

Après tout, quelle importance cela peut-il avoir que les arguments de la communauté scientifique aient un impact sur les décisions du Conseil constitutionnel, à partir du moment où cet organe promeut efficacement les droits et libertés du citoyen et garantit le respect des règles constitutionnelles ? Quel intérêt y a-t-il à déceler des traces d'une influence doctrinale sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel si ce n'est celui de satisfaire un besoin, tout à fait compréhensible<sup>2</sup>, de reconnaissance ?

A nos yeux, cet intérêt est double.

Il réside, d'une part, dans le fait de savoir si la doctrine, au-delà de son incontestable utilité pédagogique, est écoutée au moment de la réflexion qui conduit à la décision constitutionnelle ou si elle s'époumone inutilement. La fonction pédagogique n'est, en effet, que l'une des fonctions que prétend remplir la doctrine. Il s'agit de savoir si les arguments qu'elle met en lumière, en remplissant ses fonctions critique et prospective<sup>3</sup>, sont, eux aussi, pris en compte par le juge constitutionnel. Comme le souligne Didier Truchet, à propos de la

---

\* Cette étude a été présentée lors des Journées italo-franco-belges de droit comparé sur « *Les rapports entre la juridiction constitutionnelle et la doctrine* », Pise, 6-7 mars 2015. Les actes de cette rencontre seront publiés aux éditions Editoriale Scientifica, à paraître en décembre 2015.

<sup>1</sup> Dans le cadre de cette étude, le terme de « doctrine » désigne ceux qui écrivent en matière juridique, en particulier les membres de la communauté universitaire. La doctrine est, en effet, une notion difficile à cerner, car polysémique. Ce terme recouvre à la fois les auteurs d'écrits juridiques, les écrits eux-mêmes, tout comme l'opinion (du mot latin *doxa*) exprimée par ceux qui écrivent sur le droit. Enfin, par ce terme, il est également possible de désigner une ligne de conduite, une orientation. Pour une définition de la doctrine et les difficultés que cette définition soulève, voir notamment O. BEAUD, « Doctrine » in D. Alland, S. Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 384 ; M. DEGUERGUE, *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative*, Paris, L.G.D.J., BDP, T. 171, 1994, notamment pp. 16 et s. ; P. JESTAZ et C. JAMIN, *La doctrine*, Paris, Dalloz, 2004 ; *idem*, « L'entité doctrinale française », *Dalloz*, 1997, p. 167 ; E. PICARD, « Science du droit ou doctrine juridique ? » in *Mélanges R. Drago*, Paris, Economica, 1996, p. 122 ; D. TRUCHET, « Quelques remarques sur la doctrine en droit administratif », in *Mélanges P. Amseleck*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 769. Pour une étude récente sur les rapports entre la doctrine et le Conseil constitutionnel, v. M. FATIN-ROUGE STEFANINI, « Juges constitutionnels et doctrine », in *Juges constitutionnels et doctrine*, XXXe Table ronde internationale de justice constitutionnelle comparée, in *AIJC*, vol. XXX-2014, septembre 2015.

<sup>2</sup> Comme le souligne, par exemple, X. Magnon : « 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 ? » (X. MAGNON, « La doctrine, la QPC et le Conseil constitutionnel : Quelle distance ? Quelle expertise ? », *RDP*, 1-2013, p. 150).

<sup>3</sup> D. TRUCHET, « Quelques remarques sur la doctrine en droit administratif », *op. cit.*, pp. 769 et s.

doctrine administrative, il s'agit de savoir si la doctrine, faute d'autorité, a au moins une influence dans la fabrication du droit<sup>4</sup>.

D'autre part, l'intérêt d'une telle analyse réside dans le fait de comprendre si, au-delà des apparences, dans un domaine aussi sensible que la matière constitutionnelle, l'organe décideur est réellement à l'écoute des opinions doctrinales. Compte tenu de la nature des règles qu'il est chargé de faire respecter, la marge d'appréciation de cet organe est, en effet, parfois très vaste. Il s'agit donc de savoir s'il prend ses décisions en mettant en balance les thèses exprimées par les auteurs de doctrine, ou si, loin de douter de sa propre aptitude à rassembler tous les arguments<sup>5</sup>, il ne décide finalement pas dans une sorte de vase clos, sûr de lui et des positions jurisprudentielles qu'il a bâties.

Certes, les marques d'intérêt du Conseil constitutionnel envers la doctrine sont nombreuses et ne l'ont peut-être jamais été autant. Le Conseil constitutionnel prend soin d'entretenir de très bons rapports avec les membres de la communauté scientifique, ce qui pourrait laisser croire qu'il est à l'écoute des arguments de cette dernière.

A ce propos, l'ancien Président du Conseil constitutionnel Pierre Mazeaud soulignait, lors de l'ouverture de la journée de réflexion consacrée à l'intérêt général, l'importance que les juges de la rue de Montpensier accordent à la doctrine : «Le Conseil constitutionnel attache la plus grande importance à [la doctrine]. Il considère que ses rapports avec l'Université sont non seulement commandés par la courtoisie et nourris par les affinités intellectuelles, mais encore dictés par des raisons fonctionnelles : qu'ils répondent à une nécessité »<sup>6</sup>.

Ces rapports privilégiés se manifestent de plusieurs manières. La plus symbolique réside dans les diverses nominations de professeurs de droit ou de science politique au sein même du Conseil constitutionnel. Parmi eux, Marcel Waline, Georges Vedel, François Luchaire, Robert Badinter, Jacques Robert ou, plus récemment, Nicole Belloubet. Par la voix de ces "auteurs-juges", les arguments doctrinaux ont pu parvenir au Conseil constitutionnel et,

---

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 776.

<sup>5</sup> Comme le souligne G. Decocq, le doute est en effet la *conditio sine qua non* pour aller vers l'opinion des autres (G. DECOCQ, « Réflexions sur l'influence doctrinale », in *Mélanges en l'honneur de P. Jestaz*, Paris, Dalloz, 2006, pp. 114-115).

<sup>6</sup> P. MAZEAUD, « Ouverture du colloque », in *L'intérêt général, norme constitutionnelle*, Actes du colloque du 6 octobre 2006, Conseil constitutionnel (texte en ligne sur le site internet du Conseil constitutionnel).

inversement, le raisonnement des juges constitutionnels, leurs difficultés et leurs méthodes de travail ont pu être explicités à la communauté scientifique<sup>7</sup>.

Mais, c'est surtout à travers les multiples rencontres avec ses représentants que les membres du Conseil constitutionnel soignent les relations qu'ils entretiennent avec les auteurs de doctrine. Depuis la mise en place du Conseil constitutionnel, ses membres répondent, en effet, favorablement aux invitations de la communauté universitaire ou organisent à leur tour des colloques, des séminaires, des journées d'études, des entretiens, des déjeuners...

Toutefois, aucune référence explicite n'étant faite à la doctrine dans les décisions du Conseil constitutionnel, il est légitime de se demander si ces rapports privilégiés et la grande importance que le Conseil constitutionnel semble attacher à la doctrine se traduisent, en pratique, par une influence réelle de celle-ci sur les positions et la jurisprudence de ce juge<sup>8</sup>.

Plus précisément, cela revient à se demander si les écrits et les débats doctrinaux ont conduit le Conseil constitutionnel à adopter une solution plutôt qu'une autre, si les critiques doctrinales l'ont poussé à opérer des évolutions jurisprudentielles notables ou si la pensée d'un auteur de doctrine a pu inspirer les membres du Conseil constitutionnel ou les conforter dans leur opinion. Il ne s'agit donc pas, ici, de relever les références faites à la doctrine dans un but cognitif. Certes, dans ces hypothèses aussi la doctrine joue un rôle important : elle joue son rôle pédagogique, elle remplit – pour reprendre la formulation de P. Jestaz – sa mission *de compréhension*<sup>9</sup>. Mais, ces hypothèses ne constituent pas, à notre sens, des cas d'influence de la doctrine sur la jurisprudence constitutionnelle, une telle influence ne pouvant être constatée

---

<sup>7</sup> Ce double regard, à la fois d'un professeur de droit et d'un juge membre du Conseil constitutionnel, est mis en exergue par Georges Vedel, « Doctrine et jurisprudence constitutionnelles », *RDP*, 1-1989, pp. 11 et s. V. également D. ROUSSEAU, *Sur le Conseil constitutionnel. La doctrine Badinter et la démocratie*, Paris, Descartes & CIE, 1997, 198 p.

<sup>8</sup> Le thème des rapports entre la doctrine et le juge s'est notamment focalisé sur l'étude des juges administratif et judiciaire. V. notamment C. ATIAS, « La mission de la doctrine universitaire en droit privé », *JCP*, 1980, I, n. 2999 ; J.-D. BREDIN, « Remarques sur la doctrine », in *Mélanges Hébraud*, Paris, Dalloz, 1981, p. 111 ; M. DEGUERGUE, *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative*, *op. cit.*, *id.*, « Des influences sur les jugements des juges », in *L'office du juge*, Actes du colloque des 29-30 septembre 2006 au Sénat, Publications du Sénat, 2009, publié également in *Revue juridique de l'USEK*, n. 10, 2009, p. 339 ; D. FOUSSARD, « Le juge et la doctrine. Le regard d'un avocat aux conseils », *Droits*, n. 20, 1994, p. 133 ; P. JESTAZ, « Déclin de la doctrine ? », *Droits*, n. 20, 1994, p. 85 ; Y. POIRMEUR et E. FAYET, « La doctrine administrative et le juge administratif », in *Le droit administratif en mutation*, Paris, PUF, 1993, p. 98 ; D. TRUCHET, « Quelques remarques sur la doctrine en droit administratif », *op. cit.*, p. 769.

En ce qui concerne les rapports entre la doctrine et le juge constitutionnel, v. en particulier G. VEDEL, « Doctrine et jurisprudence constitutionnelles », *op. cit.* ; M. FATIN-ROUGE STEFANINI, « Juges constitutionnels et doctrine », *op. cit.*

<sup>9</sup> P. JESTAZ, « Déclin de la doctrine ? », *Droits*, n. 20, 1994, p. 89. L'auteur distingue une double mission de la doctrine : la mission de compréhension et celle d'opinion.

que lorsque la doctrine utilisée par le juge remplit sa mission *d'opinion*<sup>10</sup>, c'est-à-dire lorsque ses arguments, ses critiques, ses opinions ont un impact sur la conviction du juge constitutionnel et sur la décision finalement adoptée.

Malheureusement, répondre à la question de savoir s'il existe une influence de la doctrine sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel n'est pas chose simple, car très peu d'instruments d'observation sont disponibles pour l'analyse.

Les difficultés de la recherche ne signifient pas toutefois qu'il faille y renoncer. Elles invitent cependant à la modestie et à la prudence dans les conclusions à en tirer.

La principale difficulté réside dans le fait que, comme nous l'avons déjà indiqué, le Conseil constitutionnel *ne se réfère jamais*, dans ses décisions, à des auteurs ou à des écrits de doctrine.

En outre, au-delà de certaines références scientifiquement pertinentes, tel l'ouvrage *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel*<sup>11</sup>, ou, dans une moindre mesure, les commentaires officiels des décisions du Conseil constitutionnel<sup>12</sup> nous ne disposons d'aucun élément permettant d'affirmer avec un degré suffisant de *probabilité* qu'il existe une réelle influence de la doctrine sur les décisions du Conseil constitutionnel. Et nous parlons, ici, de *probabilité*, car la certitude, dans ce domaine, n'existe pas : il est bien évidemment impossible de connaître le raisonnement intime qui conduit chacun des juges à telle ou telle solution. Seules des hypothèses peuvent être émises.

Il existe, toutefois, des éléments permettant d'identifier des cas dans lesquels *il est possible qu'il y ait eu* une influence de la doctrine sur le juge constitutionnel.

Parmi ces éléments, l'ouvrage *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel* représente indéniablement l'instrument d'observation le plus précieux. Grâce à cet instrument, fruit d'un travail scientifique collectif, il est désormais possible de prendre connaissance des débats et des échanges ayant conduit aux principales décisions du Conseil constitutionnel. Il est donc possible d'observer le fonctionnement de l'institution en amont de la décision, au moment de la délibération, et, par conséquent, de regarder si les opinions doctrinales ont pu jouer un rôle dans le raisonnement et la formation de la conviction du juge constitutionnel.

---

<sup>10</sup> *Ibidem*.

<sup>11</sup> B. MATHIEU, J.-P. MACHELON, F. MELIN-SOUCRAMANIEN, D. ROUSSEAU, X. PHILIPPE, *et alii*, *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel, 1958-1986*, Dalloz, 2<sup>ème</sup> édition, 2014.

<sup>12</sup> Ces commentaires sont publiés sur le site internet et dans la revue *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*.

Malheureusement, cet ouvrage ne couvre, pour le moment, que la période allant de 1958 à 1986<sup>13</sup>.

Les commentaires officiels des décisions du Conseil constitutionnel représentent, quant à eux, un instrument utile pour l'analyse. Rédigés par le Secrétaire général du Conseil constitutionnel, ces commentaires sont en effet destinés à expliquer la décision et le raisonnement des juges. A cette fin, ils se réfèrent parfois à des documents doctrinaux qui figurent dans le dossier d'instruction de l'affaire. Ils peuvent donc permettre d'évaluer la nature et l'importance de l'utilisation faite par les juges constitutionnels des sources doctrinales.

Au-delà de l'exploitation de ces outils, l'observation de l'évolution de la jurisprudence du Conseil constitutionnel au regard des arguments défendus en doctrine à un moment donné offre un ultime moyen de détecter l'influence des auteurs de doctrine sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel. La simple chronologie des événements (entre l'expression d'une opinion doctrinale et une décision du juge constitutionnel) peut ainsi constituer un indice d'une possible influence.

Or, l'utilisation de ces instruments d'analyse permet de dresser un constat d'ensemble assez inattendu : en dépit des liens forts tissés entre l'Université et les juges de la rue de Montpensier, l'influence de la doctrine sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel semble être très limitée.

Il ressort ainsi des *Grandes délibérations du Conseil constitutionnel*, que sur trois cent soixante treize séances intervenues entre 1958 et 1986, les conseillers constitutionnels n'ont mobilisé de sources doctrinales que dans une quarantaine d'entre elles, et ce, souvent, afin d'éclairer le débat ou de mieux comprendre une notion, un concept, une institution et non d'évaluer un argument issu du débat<sup>14</sup>.

De même, la plupart des références doctrinales présentes dans les commentaires aux *Cahiers du Conseil constitutionnel* ont une simple finalité cognitive et ne traduisent donc pas une influence des auteurs de doctrine sur la décision du Conseil constitutionnel.

---

<sup>13</sup> La publication de cet ouvrage a été possible grâce à l'ouverture des archives du Conseil constitutionnel, après un délai de 25 ans depuis la publication de la décision, conformément à ce qui a été prévu par la loi organique n. 2008-695 du 15 juillet 2008 relative aux archives du Conseil constitutionnel.

<sup>14</sup> B. MATHIEU, J.-P. MACHELON, F. MELIN-SOUCRAMANIEN, D. ROUSSEAU, X. PHILIPPE, *et alii*, *Les Grandes délibérations du Conseil constitutionnel, 1958-1986*, *op. cit.*, notamment pp. 42, 150, 163, 215, 281, 302, 337.

Au-delà de ce constat d'ensemble, une distinction peut tout de même être faite entre deux périodes.

Une première période correspond, environ, aux trente premières années d'existence du Conseil constitutionnel. Au cours de cette période, la doctrine semble avoir exercé une influence notable sur la construction identitaire de cet organe, notamment lorsque se sont posées les questions relatives à la nature, au rôle et, de manière plus large, à la légitimité du Conseil constitutionnel **(I)**.

Une seconde période court du début des années 1990 jusqu'à nos jours. L'influence de la doctrine sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel y devient beaucoup moins perceptible, tandis que le Conseil constitutionnel accentue la promotion de sa propre doctrine au sein de la communauté universitaire **(II)**.

## **I – L'indéniable influence passée dans la construction identitaire du Conseil constitutionnel**

Au cours d'une première période, qui correspond, environ, aux trente premières années d'existence du juge constitutionnel français, la doctrine semble avoir joué un certain rôle sur la jurisprudence élaborée par ce juge. Cette influence semble même avoir été déterminante lorsqu'il s'est agi de trancher les questions tenant à la nature et au rôle du Conseil constitutionnel **(A)** ; mais aussi, lorsqu'il a fallu forger certaines des techniques de contrôle utilisées par le Conseil constitutionnel pour remplir au mieux ses missions **(B)**.

### **A) L'influence sur la jurisprudence relative à la nature et au rôle du Conseil constitutionnel**

A l'image de ce qui s'est produit pour une grande partie des cours constitutionnelles d'Europe, durant la première période d'existence du Conseil constitutionnel, la question de la nature de cet organe, de son rôle et, partant, de sa légitimité s'est posée de manière régulière.

Dans ce débat, les opinions doctrinales, surtout celles favorables à cette jeune institution, insérée depuis peu dans le panorama juridique français, ont joué un rôle déterminant. Si bien qu'il est aussi possible de voir dans cette influence une utilisation

opportune de la part du Conseil constitutionnel de certaines opinions doctrinales, afin d'asseoir sa légitimité.

Ainsi, sur la question récurrente de la nature juridictionnelle du Conseil constitutionnel, la lecture des *Grandes délibérations* confirme l'idée selon laquelle ce juge, malgré les réticences initiales, a écouté et utilisé les voix doctrinales qui "militaient" en faveur de la nature juridictionnelle de cet organe.

Parmi ces voix, celle de Louis Favoreu, exprimée dans son célèbre écrit « Le Conseil constitutionnel régulateur de l'activité normative des pouvoirs publics », publié en 1967 à la *Revue de Droit Public*<sup>15</sup>, tout comme celle du Doyen Vedel, qui mettait notamment l'accent sur l'autorité de chose jugée attribuée aux décisions du Conseil constitutionnel pour en déduire le caractère juridictionnel de cet organe<sup>16</sup> ou encore celle de Marcel Prélôt, qui mettait en lumière la singularité du Conseil constitutionnel par rapport à d'autres cours étrangères, tout en reconnaissant la nature de juridiction<sup>17</sup>, ont sans doute contribué à l'évolution de la jurisprudence du Conseil constitutionnel. De même, les voix de Marcel Waline, qui fut à la fois membre du Conseil constitutionnel et professeur universitaire, ou encore celles des deux autres professeurs de droit qui se retrouvèrent à siéger au Conseil constitutionnel au même moment que Marcel Waline, à savoir René Cassin et François Luchaire, ont visiblement eu un impact sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel de l'époque.

Les séances du 19 septembre 1968, *Nature juridictionnelle du Conseil constitutionnel I* et du 17 octobre 1968, *Nature juridictionnelle du Conseil constitutionnel II*, relatives au contentieux électoral, mettent en évidence l'opposition interne (qui reflétait celle existant au sein de la doctrine<sup>18</sup>) entre certains membres du Conseil constitutionnel – parmi lesquels son Président de l'époque – qui niaient que cet organe puisse être considéré comme une véritable juridiction<sup>19</sup> et les juges issus de l'Université qui, eux, avançaient des arguments déjà évoqués par une partie de la doctrine, comme celui de l'autorité attachée aux décisions du Conseil constitutionnel. Marcel Waline s'étonne ainsi « que le caractère juridictionnel du

---

<sup>15</sup> L. FAVOREU, « Le Conseil constitutionnel régulateur de l'activité normative des pouvoirs publics », *RDP*, 1967, pp. 5-120.

<sup>16</sup> G. VEDEL, « Droit constitutionnel et institutions politiques, 1960-1961 », *Les Cours de droit*, p. 1064 (cité par L. Favoreu, « Le Conseil constitutionnel régulateur de l'activité normative des pouvoirs publics », *op. cit.*).

<sup>17</sup> M. PRELOT, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 1963, 3<sup>e</sup> éd., p. 794 (cité par L. Favoreu, « Le Conseil constitutionnel régulateur de l'activité normative des pouvoirs publics », *op. cit.*).

<sup>18</sup> Parmi les membres de la doctrine contraires à la nature juridictionnelle du Conseil constitutionnel, v. par exemple, M. DUVERGER, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 1963, 7<sup>e</sup> éd., p. 633.

<sup>19</sup> Séance du 19 septembre 1968, *Nature juridictionnelle du Conseil constitutionnel I*, in B. MATHIEU, J.-P. MACHELON, F. MELIN-SOUCRAMANIEN, D. ROUSSEAU, X. PHILIPPE, et alii, *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel, 1958-1986*, *op. cit.*, p. 185.

Conseil constitutionnel, statuant en matière électorale, puisse être remis en cause alors que l'article 62 de la Constitution donne à ses décisions autorité de chose jugée et que la procédure et la terminologie rappellent à chaque instant qu'il s'agit d'une juridiction »<sup>20</sup>. Cet auteur reprendra par la suite l'argument, en le développant amplement dans la préface à la première édition des *Grandes décisions du Conseil constitutionnel* (1975)<sup>21</sup>.

Comme chacun sait, malgré des hésitations initiales et une certaine prudence<sup>22</sup>, dues notamment à la crainte d'un gouvernement des juges, le Conseil constitutionnel s'orienta finalement vers la reconnaissance de sa nature juridictionnelle, avec toutes les conséquences que cette reconnaissance comporte, comme le fait, par exemple, de faciliter la consécration de principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ou de guider, par des réserves d'interprétation, les choix du législateur pour qu'ils soient conformes à la Constitution.

La doctrine a aussi indéniablement exercé une influence lorsqu'a dû être envisagée la question intimement liée à celle de la nature du Conseil constitutionnel : celle de sa fonction, de son rôle. Il s'agissait de répondre à la question de savoir si le Conseil constitutionnel devait agir en défenseur des droits et des libertés ou, plus simplement, en régulateur de l'activité des pouvoirs publics, comme il l'avait affirmé dans sa décision du 6 novembre 1962<sup>23</sup>.

Sur cette question aussi, les membres du Conseil constitutionnel étaient partagés entre ceux qui restaient fidèles à la tradition de la souveraineté parlementaire et entendaient leur mission comme simplement limitée au contrôle de la régularité formelle de la loi et au respect, par le législateur, de ses domaines de compétence délimités par la Constitution, et ceux qui interprétaient leur mission comme incluant nécessairement le contrôle du respect des principes matériels énoncés par la Constitution.

Le Conseil constitutionnel se ralliera finalement aux voix doctrinales qui le considéraient aussi et avant tout comme un défenseur des droits et des libertés et qui souhaitaient ainsi que les paramètres du contrôle soient élargis<sup>24</sup>. La séance relative à la

---

<sup>20</sup> Séance du 17 octobre 1968, *Nature juridictionnelle du Conseil constitutionnel II*, in B. MATHIEU, J.-P. MACHELON, F. MELIN-SOUCRAMANIEN, D. ROUSSEAU, X. PHILIPPE, et alii, *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel, 1958-1986*, op. cit., p. 189.

<sup>21</sup> M. WALINE « Préface », in L. FAVOREU-L. PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 1<sup>ère</sup> éd., 1975 (la préface est reproduite dans les éditions suivantes de l'ouvrage).

<sup>22</sup> Encore en 1982, à l'occasion de la délibération sur la loi de nationalisation, Georges Vedel définira le Conseil constitutionnel comme « un juge fragile » (B. MATHIEU, J.-P. MACHELON, F. MELIN-SOUCRAMANIEN, D. ROUSSEAU, X. PHILIPPE, et alii, *Les Grandes délibérations du Conseil constitutionnel, 1958-1986*, op. cit., p. 7).

<sup>23</sup> Conseil constitutionnel, déc. n. 62-20 DC du 6 novembre 1962, *Loi référendaire*, cons. 2.

<sup>24</sup> Parmi les membres de la doctrine qui estimaient que le Conseil constitutionnel devait effectuer le contrôle au regard non seulement des articles de la Constitution de 1958 mais aussi de son Préambule (et des textes auxquels il renvoie), v. notamment, M. DUVERGER, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, op. cit., p. 643 ; L.

décision qui représente le tournant de cette évolution, à savoir la décision du 16 juillet 1971, *Liberté d'association*, dans laquelle le Conseil constitutionnel reconnaît la valeur juridique du Préambule de la Constitution de 1958 et inclut, ainsi, parmi les normes de référence de son contrôle, la Déclaration de 1789, le Préambule de la Constitution de 1946 et les Principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, montre que la doctrine a bel et bien exercé une influence sur cette question cruciale. A cette occasion, François Luchaire, juge constitutionnel à l'époque, se réfère expressément à l'article du doyen Favoreu paru à la *Revue de Droit Public* ainsi qu'à un article de Jacques Robert paru dans *Le Monde*<sup>25</sup>, pour soutenir l'idée selon laquelle le Conseil constitutionnel devait se comporter, à l'instar des autres cours constitutionnelles, comme un défenseur des droits et des libertés<sup>26</sup>.

Le Conseil constitutionnel se comporta effectivement comme tel lors de cette célèbre décision, laquelle, couplée à la révision constitutionnelle de 1974, marquera le point de départ de l'évolution du rôle du juge constitutionnel au sein de l'ordonnement juridique français.

De manière plus générale, il est indéniable qu'une partie de la doctrine de cette époque a eu un impact sur le processus de légitimation du Conseil constitutionnel et, partant, sur sa jurisprudence.

Le débat doctrinal sur cette question opposait les auteurs qui s'exprimaient en faveur de la légitimité du Conseil constitutionnel – parmi lesquels, Jean Rivero, Louis Favoreu, Georges Vedel, Jacques Robert ou Franck Moderne – et ceux, tels Danièle Lochack ou Yves Poirmeur<sup>27</sup>, qui contestaient cette légitimité. Ces derniers percevaient le Conseil

---

FAVOREU, « Le Conseil constitutionnel régulateur de l'activité normative des pouvoirs publics », *op. cit.* ; J. GEORGEL, « Aspects du Préambule de la Constitution du 4 octobre 1958 », *RDP*, 1960, p. 93 ; G. VEDEL, « Introduction aux études politiques, *Cours IEP*, 1961-1962. *Les Cours de droit*, p. 438 (cité par L. Favoreu, « Le Conseil constitutionnel régulateur de l'activité normative des pouvoirs publics », *op. cit.*). Sur ce débat, v. en particulier O. JOUANJAN, « The models and representations of constitutional review in France », *Jus Politicum*, n. 2, 2009.

<sup>25</sup> J. Robert, « Les libertés publiques et la justice », *Le Monde*, 10 juillet 1971.

<sup>26</sup> En particulier, F. Luchaire affirme à cette occasion : « Lorsque l'on compare le Conseil constitutionnel aux autres juridictions qui, dans le monde, exercent une activité semblable, on dit toujours que le Conseil est l'organe régulateur de l'activité des pouvoirs publics alors que les autres institutions étrangères sont les défenseurs des libertés. Aujourd'hui le Conseil doit donc faire très attention car par l'affaire dont il a à connaître il retrouve cette tâche de défenseur des libertés » (séance du vendredi 16 juillet 1971, décision n. 71-44 DC, *Liberté d'association*, in B. MATHIEU, J.-P. MACHELON, F. MELIN-SOUCRAMANIEN, D. ROUSSEAU, X. PHILIPPE, *et alii*, *Les Grandes délibérations du Conseil constitutionnel, 1958-1986*, *op. cit.*, p. 215).

<sup>27</sup> V. notamment, D. LOCHAK, « Le Conseil constitutionnel protecteur des libertés ? », *Pouvoirs*, n. 13, 1980, pp. 41-54 ; Y. POIRMEUR et D. ROSEMBERG, « La doctrine constitutionnelle et le constitutionnalisme français », in D. LOCHAK (dir.), *Les usages sociaux du droit*, Paris, PUF, 1989, pp. 237-238 ; Y. POIRMEUR, « Le Conseil constitutionnel protège-t-il véritablement les droits de l'homme ? », in G. DRAGO, B. FRANÇOIS et N. MOLFESSIS (dir.), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Economica, 1999, pp. 295-343. Sur le débat doctrinal concernant la question de la légitimité du Conseil constitutionnel, voir G. DRAGO, B. FRANÇOIS et N.

constitutionnel comme un organe essentiellement politique, inefficace pour la protection des droits et des libertés et considéraient les thèses doctrinales qui défendaient cet organe comme des tentatives d'en construire la légitimité de toute pièce, sans aucun fondement réel<sup>28</sup>.

Avec le recul, il est possible d'affirmer aujourd'hui que les thèses doctrinales qui légitimaient le Conseil constitutionnel ont exercé une influence sur ce dernier. Elles ont, en effet, joué sur sa propre perception et lui ont probablement donné une partie de l'audace qui l'a conduit à consacrer de nouvelles techniques de contrôle.

## **B) L'influence sur l'élaboration de certaines techniques de contrôle du Conseil constitutionnel**

Durant la période qui va de la mise en place du Conseil constitutionnel jusqu'au début des années 1990, le Conseil constitutionnel a adopté une politique jurisprudentielle marquée à la fois par la volonté d'être accepté des autres acteurs institutionnels et par le désir de rendre le contrôle de constitutionnalité plus efficace.

Ceci s'est traduit en particulier par une utilisation équilibrée, mais de plus en plus importante, de techniques de contrôle vouées à améliorer la palette des instruments dont il avait été doté par les textes. Parmi celles-ci, la technique des réserves d'interprétation, celle des moyens et conclusions soulevés d'office ou encore le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation constituent indéniablement des procédés efficaces dont il s'est emparé et qu'il utilise encore de nos jours.

Or, la doctrine semble avoir joué un rôle important dans la promotion de certaines de ces techniques. L'utilisation des moyens soulevés d'office constitue une illustration particulièrement flagrante de cette forme d'influence doctrinale.

La lecture des délibérations relatives à la décision *Loi d'orientation agricole*<sup>29</sup> montre, en effet, la manière dont la doctrine a joué un rôle dans ce domaine<sup>30</sup>. Le juge rapporteur

---

MOLFESSIS (dir.), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, op. cit., et notamment la synthèse de L. Favoreu, *ibidem*, pp. 385-400.

<sup>28</sup> V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Le Conseil constitutionnel, protecteur des libertés ou cerbère de la production législative », in V. CHAMPEIL-DESPLATS et N. FERRE (textes réunis par), *Frontières du droit, critique des droits, Billet d'humeur en l'honneur de Danièle Lochak*, LGDJ, Coll. Droit et société, 2007, p.252.

<sup>29</sup> Conseil constitutionnel, déc. n. 80-115 DC du 1<sup>er</sup> juillet 1980, *Loi d'orientation agricole*.

<sup>30</sup> La question des moyens soulevés d'office avait déjà fait l'objet d'un débat au sein du Conseil constitutionnel à l'occasion de la décision 60-8 DC du 11 août 1960 (cons. 5). Par la suite, cette question a été examinée de nouveau lors des séances du 8 novembre 1976, du 30 décembre 1977 et du 23 mai 1979, sans jamais, toutefois, donner lieu, jusqu'à 1980, à une véritable saisine d'office de la part du juge constitutionnel.

Louis Gros s'appuie ainsi sur l'ouvrage *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel* dans lequel, affirme-t-il, est essentiellement contenue la doctrine sur ce point, pour conforter sa thèse en faveur des moyens soulevés d'office par le juge constitutionnel. Louis Gros cite mot à mot un passage de l'ouvrage de Louis Favoreu et de Loïc Philip, dans lequel ces auteurs se prononçaient en faveur d'un contrôle de toutes les dispositions de la loi contestée, du moins en matière de protection d'un droit ou d'une liberté fondamentale. Louis Gros évoque également les thèses contraires à l'utilisation de ce moyen de contrôle, en particulier celle de Léo Hamon, pour qui le risque était que le Conseil constitutionnel, en soulevant des questions d'office, ne soit porté à considérer qu'il délivrait une sorte de brevet de conformité à la Constitution à toutes les dispositions de la loi qu'il n'évoquait pas<sup>31</sup>. Le rapporteur cite enfin un extrait de l'ouvrage *Le Conseil constitutionnel* de François Luchaire pour défendre encore une fois, si besoin en était, la technique des questions soulevées d'office. Son argumentation l'emportera finalement.

Si le poids de certains écrits doctrinaux ne peut ainsi être nié quant à l'évolution de la position du Conseil constitutionnel sur la question des moyens soulevés d'office, seules des hypothèses peuvent, en revanche, être formulées quant à l'influence de la doctrine sur des questions de fond envisagées par le Conseil constitutionnel durant ces trente premières années d'existence.

La lecture de l'ouvrage *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel* permet ainsi de constater la rareté des références faites à la doctrine par les membres du Conseil constitutionnel au moment de trancher des questions de fond. Il semble possible d'en déduire que sur ces questions, l'influence doctrinale est restée limitée. Il est tout de même possible de relever, lors de la séance du 29 février 1972, à propos de la caducité des ordonnances de l'article 38 de la Constitution et de la possibilité d'une ratification implicite du Parlement, que François Luchaire, alors membre du Conseil constitutionnel, invitait ses collègues à ce que la thèse exprimée dans les cours du Président Odent et de Laubadère « soit réaffirmée dans la décision du Conseil »<sup>32</sup>. C'est ce que fit visiblement le Conseil dans la décision n. 72-73 L du 29 février 1972. De la même manière, lors de la séance relative à la décision *Liberté d'association*, la référence faite à l'article de Jean Rivero sur la protection de cette liberté peut

---

<sup>31</sup> B. MATHIEU, J.-P. MACHELON, F. MELIN-SOUCRAMANIEN, D. ROUSSEAU, X. PHILIPPE, *et alii*, *Les Grandes délibérations du Conseil constitutionnel, 1958-1986*, op. cit., p. 356.

<sup>32</sup> B. MATHIEU, J.-P. MACHELON, F. MELIN-SOUCRAMANIEN, D. ROUSSEAU, X. PHILIPPE, *et alii*, *Les grandes délibérations, 1958-1986*, op. cit., p. 150.

être considérée comme une illustration d'une influence doctrinale exercée sur le fond de l'affaire, c'est-à-dire sur la question de savoir si le régime d'autorisation préalable était ou pas contraire à la liberté d'association et s'il fallait reconnaître la valeur constitutionnelle de cette liberté.

Mais, ces illustrations restent très rares, alors qu'il apparaît de manière beaucoup plus évidente que la doctrine a exercé, durant cette période, une influence notable sur la juridiction elle-même : l'opinion des membres de la communauté scientifique semble avoir été davantage invitée au débat lorsque le Conseil constitutionnel s'est trouvé face à des situations inédites qui le concernaient directement, sur lesquelles les textes restaient silencieux et par lesquelles le Conseil constitutionnel consolidait non seulement ses propres fondations, mais aussi les instruments à sa disposition.

Aujourd'hui, en revanche, l'influence de la doctrine sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel est plus difficile à percevoir.

## **II L'imperceptible influence actuelle et l'essor de l'"auto-doctrine" du Conseil constitutionnel**

Depuis une vingtaine d'années, le Conseil constitutionnel manifeste une volonté d'ouverture grandissante à l'égard du monde universitaire.

Un symbole de cette ouverture est la mise en place, en 1996, du prix annuel de thèse du Conseil constitutionnel, par lequel le Conseil promeut les jeunes chercheurs, en récompensant et en encourageant les travaux scientifiques susceptibles de lui être utiles, soit parce qu'ils critiquent de manière pertinente la jurisprudence constitutionnelle, soit parce qu'ils anticipent une évolution, soit parce qu'ils approfondissent une question qui intéresse particulièrement le Conseil constitutionnel<sup>33</sup>.

La revue *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, dont le premier volume apparaît, lui aussi, en 1996, constitue également une manifestation de cette volonté d'ouverture à l'égard de la doctrine : cette revue constitue, selon les mots du Secrétaire général de l'époque Olivier

---

<sup>33</sup> Pour une présentation du prix de thèse du Conseil constitutionnel, voir O. SCHRAMECK, « Le Conseil constitutionnel et l'Université », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n. 1, 1996, p. 71 (texte en ligne sur le site internet du Conseil constitutionnel).

Schrameck, une véritable « passerelle entre le Conseil et le monde universitaire »<sup>34</sup>. D'ailleurs une rubrique de la revue, intitulée « Etudes et doctrine », est entièrement consacrée à la doctrine universitaire.

D'autres manifestations de cette volonté d'échanger avec les membres de la doctrine universitaire peuvent être observées de nos jours. Ainsi, l'organisation de journées d'étude au Conseil constitutionnel, la mise en place de stages proposés aux jeunes chercheurs, le recrutement, depuis l'instauration de la QPC, de jeunes maîtres de conférences au sein du service juridique ou la participation de membres du Conseil constitutionnel à des colloques ou à des séminaires organisés par la doctrine, s'inscrivent indéniablement dans cette direction.

Toutefois, en dépit de cette ouverture, l'influence des auteurs de doctrine sur la jurisprudence constitutionnelle devient aujourd'hui beaucoup plus difficile à détecter. Cela s'explique non seulement parce que nous ne disposons pas des délibérations relatives aux vingt-sept dernières années de jurisprudence constitutionnelle, mais également et surtout parce que cette influence semble être beaucoup plus limitée aujourd'hui **(A)**.

L'essor de l'« auto-doctrine » engendrée par cette institution conforte ce sentiment d'une indifférence accrue de la part de l'organe de décision à l'égard des arguments de la communauté scientifique **(B)**.

### **A) L'influence limitée de la doctrine sur la jurisprudence actuelle du Conseil constitutionnel**

L'ouvrage consacré aux grandes délibérations du Conseil constitutionnel ne couvrant, pour l'heure, que la période de 1958 à 1986, l'évaluation de l'importance de l'influence doctrinale à partir de cette dernière date devient beaucoup plus délicate.

Aujourd'hui, le principal outil disponible pour réaliser une telle recherche réside dans les commentaires officiels rédigés par le Secrétaire général du Conseil constitutionnel.

Ces commentaires s'inscrivent, en effet, dans une volonté de transparence du Conseil constitutionnel, ils s'insèrent dans le cadre de la « politique de communication » du juge constitutionnel, et forment, avec notamment le communiqué de presse, « le "service après

---

<sup>34</sup> *Ibidem*.

vente" des décisions du Conseil constitutionnel »<sup>35</sup>. Bien qu'ils ne puissent être considérés comme la motivation de la décision, ils permettent de prendre connaissance du raisonnement suivi par le Conseil constitutionnel ainsi que des possibles influences qui l'ont conduit à la décision.

Or, l'analyse de ces commentaires permet d'observer que lorsqu'elles existent, ce qui est loin d'être le cas pour chaque commentaire, les références à la doctrine ont la plupart du temps une finalité cognitive. Elles servent à mieux définir un concept, une notion, une institution ou à mieux en comprendre les nuances. D'autres fois, elles servent à contextualiser une notion, un concept, une institution, sans cependant pouvoir influencer sur le raisonnement du Conseil constitutionnel<sup>36</sup>.

Ainsi, sur les quatre-vingt quatorze commentaires publiés durant l'année 2014, plus de la moitié ne font aucune référence à la doctrine et, sur les commentaires restant, les quelques références doctrinales se retrouvent la plupart du temps dans la première partie du commentaire, à savoir dans celle relative à l'analyse des dispositions contestées. La source doctrinale y est donc sollicitée dans un but essentiellement cognitif et explicatif. Cela a été le cas, pour ne donner que quelques exemples, de la notion de « cotisation sur la valeur ajoutée des entreprises »<sup>37</sup>, de celle de « portage salarial »<sup>38</sup> ou de celle de « transaction pénale »<sup>39</sup>.

Dans d'autres cas, la doctrine a été mobilisée pour retracer l'historique d'une institution ou d'une réglementation, comme cela a été le cas à propos de la responsabilité des ordonnateurs<sup>40</sup> ou de l'évolution du portage salarial<sup>41</sup> ou de celle du principe de non

---

<sup>35</sup> J.-E. SCHOETTL, « Ma cinquantaine rue de Montpensier », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2009, n. 25, Dossier : 50<sup>ème</sup> anniversaire, pp. 11-12 (texte en ligne sur le site internet du Conseil constitutionnel).

<sup>36</sup> Dans le même sens, F. JACQUELOT, « La place de la doctrine dans l'instruction devant le Conseil constitutionnel », in P. PASSAGLIA (dir.), « *Les rapports entre la juridiction constitutionnelle et la doctrine* », Editoriale Scientifica, à paraître en décembre 2015.

<sup>37</sup> Commentaire de la décision n. 2014-413 QPC du 19 septembre 2014, *Société PV-CP Distribution (Plafonnement de la cotisation économique territoriale en fonction de la valeur ajoutée)*, p. 1.

<sup>38</sup> Commentaire de la décision n. 2014-388 QPC du 11 avril 2014, *Confédération générale du travail Force ouvrière et autre (Portage salarial)*, p. 1.

<sup>39</sup> Commentaire de la décision n. 2014-416 QPC du 26 septembre 2014, *Association France Nature Environnement (Transaction pénale sur l'action publique en matière environnementale)*, pp. 1- 2, 7-9.

<sup>40</sup> Commentaire de la décision n. 2014-423 QPC du 24 octobre 2014, *M. Stéphane R. et autres (Cour de discipline budgétaire et financière)*, pp. 1 et 4.

<sup>41</sup> Commentaire de la décision n. 2014-388 QPC du 11 avril 2014, cit.

extradition des nationaux<sup>42</sup> ou encore de l'évolution des délits de mise et de conservation en mémoire de certaines données sensibles<sup>43</sup>.

Les références doctrinales contenues dans la seconde partie du commentaire, c'est-à-dire dans la partie relative au contrôle de constitutionnalité proprement dit, sont, en revanche, beaucoup plus rares. Or, c'est précisément dans cette partie qu'est explicité le raisonnement du juge constitutionnel. C'est donc dans cette partie que devraient figurer les éventuels arguments doctrinaux pris en compte, permettant ainsi d'attester de leur influence.

L'un de ces rares cas d'influence peut être relevé à propos de la décision n. 2014-427 QPC du 14 novembre 2014, relative à l'interdiction d'extrader des personnes ayant la nationalité française, à propos du moment à partir duquel il faut apprécier l'acquisition de la nationalité pour l'application de cette interdiction<sup>44</sup>. Dans cette affaire, le Conseil constitutionnel a jugé conforme au principe d'égalité la disposition selon laquelle, pour l'application de l'interdiction d'extrader les nationaux, la possession de la nationalité française (qui rend impossible l'extradition) doit être appréciée à la date à laquelle l'infraction pour laquelle l'extradition est requise a été commise. En l'espèce, le juge constitutionnel semble pleinement avoir adhéré à l'argument avancé par François Julien-Laferrière (justement cité dans la seconde partie du commentaire)<sup>45</sup>, et repris par le Gouvernement, qui défendait la disposition examinée. Selon cet argument, en prévoyant une différence de traitement entre les citoyens français ayant la nationalité française dès leur naissance (lesquels ne peuvent jamais être extradés) et ceux qui ont acquis la nationalité française par la suite (lesquels peuvent être extradés au cas où ils auraient commis l'infraction *avant* d'acquérir la nationalité française) « le législateur a [...] entendu faire obstacle à l'utilisation des règles relatives à l'acquisition de la nationalité pour échapper à l'extradition »<sup>46</sup>.

Dans ce cas, l'influence doctrinale semble évidente, non seulement parce que le commentaire de la décision est très explicite sur ce point, mais aussi parce que la décision elle-même reprend quasiment mot pour mot les affirmations de F. Julien-Laferrière<sup>47</sup>.

---

<sup>42</sup> Commentaire de la décision n. 2014-427 QPC du 14 novembre 2014, *M. Mario S (Extradition des personnes ayant acquis la nationalité française)*, pp. 1-5.

<sup>43</sup> Commentaire de la décision n. 2014-412 QPC du 19 septembre 2014, *M. Laurent D. (Délits de mise et de conservation en mémoire informatisée des données sensibles)*, pp. 5-6.

<sup>44</sup> Conseil constitutionnel, déc. n. 2014-427 QPC du 14 novembre 2014, *M. Mario S (Extradition des personnes ayant acquis la nationalité française)*.

<sup>45</sup> Commentaire de la décision n. 2014-427 QPC du 14 novembre 2014, cit., p. 8.

<sup>46</sup> Conseil constitutionnel, déc. n. 2014-427 QPC du 14 novembre 2014, cit., cons. 6.

<sup>47</sup> Selon F. Julien-Laferrière il s'agit « d'éviter qu'un individu qui a commis un crime ou un délit à l'étranger ne vienne sur le territoire français et n'y acquière la nationalité française – d'autant plus facilement que, dans la

Mais, la plupart du temps, les commentaires officiels ne livrent pas de telles certitudes sur d'éventuelles influences doctrinales.

En réalité, seule la chronologie des événements laisse parfois fortement supposer que la position soutenue par un auteur a réellement influencé la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

Ainsi, il semble très probable que les écrits de Bertrand Mathieu sur la liberté contractuelle aient contribué à l'évolution de la position du juge constitutionnel sur le sujet, et en particulier une note qu'il a publiée à la revue *Les Petites affiches* en 1997, intitulée « Liberté contractuelle et sécurité juridique : les oracles ambigus des sages de la rue de Montpensier (à propos de la décision n. 96-385 DC du Conseil constitutionnel du 30 décembre 1996) »<sup>48</sup>.

Dans cette note, Bertrand Mathieu critiquait la position notamment adoptée par le Conseil constitutionnel dans une décision du 30 décembre 1996<sup>49</sup>. Dans cette décision, le Conseil avait refusé de reconnaître une valeur constitutionnelle à la liberté contractuelle<sup>50</sup> et n'avait pas sanctionné les violations du législateur à l'encontre de cette liberté. Il avait accepté que le législateur puisse modifier les conditions d'exécution des contrats encore en cours<sup>51</sup>. Le juge constitutionnel se limitait donc à donner une protection « indirecte et diffuse »<sup>52</sup> à la liberté contractuelle, en la rattachant à la protection d'autres droits et libertés garantis par la Constitution. Pour Bertrand Mathieu, cette jurisprudence était critiquable non seulement parce qu'elle ne reconnaissait pas une valeur constitutionnelle autonome à la liberté contractuelle, mais également parce qu'elle ne plaçait pas à sa juste valeur le principe de sécurité juridique.

---

plupart des cas, les autorités françaises ignoreront son passé de délinquant – dans le seul but d'échapper à l'extradition et, donc, à la répression pénale » (F. JULIEN-LAFERRIERE, note sous CE, Tannoury, AJDA 1991, p. 403, cité par le commentaire de la décision n. 2014-427 QPC, cit., p. 8). Soulignons également que ce commentaire se réfère aussi à d'autres auteurs de doctrine pour étayer ses propos : M. DONNEDIEU DE VABRES, « La loi du 11 mars 1927 sur l'extradition des étrangers », *JCP* 1927, p. 593 et R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, Droit pénal général*, Cujas, 7<sup>ème</sup> éd., 1997, n. 322.

<sup>48</sup> B. MATHIEU, « Liberté contractuelle et sécurité juridique : les oracles ambigus des sages de la rue de Montpensier (à propos de la décision n. 96-385 DC du Conseil constitutionnel du 30 décembre 1996) », *LPA*, 7 mars 1997, n. 29, p. 5.

<sup>49</sup> Conseil constitutionnel, déc. n. 96-385 DC du 30 décembre 1996. Le Conseil constitutionnel avait déjà adopté cette position dans de précédentes décisions : Conseil constitutionnel, déc. n. 84-174 DC du 25 juillet 1984 ; déc. n. 89-254 DC du 4 juillet 1989 ; déc. n. 94-348 DC du 3 août 1994 ; déc. n. 94-358 DC du 26 janvier 1995 ; déc. n. 96-375 DC du 9 avril 1996.

<sup>50</sup> Conseil constitutionnel, déc. n. 94-348 DC du 3 août 1994, cit., dans laquelle le Conseil constitutionnel affirme qu'« aucune norme de valeur constitutionnelle ne garantit le principe de la liberté contractuelle » (cons. 9).

<sup>51</sup> Conseil constitutionnel, déc. n. 96-385 DC du 30 décembre 1996, cit.

<sup>52</sup> A.-L. VALEMBOS, « La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n. 17, mars 2005, p. 1.

Pour lui, ce principe exigeait « le respect par les tiers au contrat, tant publics que privés, des stipulations prévues par le contrat »<sup>53</sup> et avait pour fondement l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789.

Quelques mois plus tard, le Conseil constitutionnel faisait évoluer sa jurisprudence : dans un premier temps, dans une décision du 10 juin 1998<sup>54</sup>, dans laquelle il reconnaissait valeur constitutionnelle à la liberté contractuelle, en la fondant sur l'article 4 de la Déclaration de 1789 ; dans un second temps, en rattachant également cette liberté à l'article 16 de la Déclaration des droits de 1789<sup>55</sup>, ce qui montrait que le Conseil constitutionnel prenait désormais en compte les exigences liées à la sécurité juridique<sup>56</sup>.

La réflexion de Thierry Renoux et Michel De Villiers sur la distinction entre la liberté individuelle et la liberté personnelle pourrait, elle aussi, avoir eu une influence sur l'évolution de la jurisprudence constitutionnelle dans les années 1990. Comme ces auteurs le soulignent dans leur *Code constitutionnel*<sup>57</sup>, l'évolution jurisprudentielle du Conseil constitutionnel (amorcée de manière timide en 1991<sup>58</sup> et affirmée de manière explicite en 1999<sup>59</sup>), tendant à un démembrement de la liberté individuelle et à une protection autonome de diverses libertés, telle la vie privée, avait en effet déjà été suggérée « dès la première édition de ce code »<sup>60</sup>.

Mais, une telle chronologie des événements peut aussi se révéler trompeuse et suggérer une prise en compte par les juges constitutionnels de la position soutenue par certains auteurs alors que ces juges ne se sont en fait guère préoccupés de ceux qu'écrivaient les uns et les autres.

---

<sup>53</sup> B. MATHIEU, « Liberté contractuelle et sécurité juridique : les oracles ambigus des sages de la rue de Montpensier », *op. cit.*, p. 5.

<sup>54</sup> Conseil constitutionnel, déc. n. 98-401 DC du 10 juin 1998 : « le législateur ne saurait porter à l'économie des conventions et contrats légalement conclus une atteinte d'une gravité telle qu'elle méconnaisse manifestement la liberté découlant de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 » (cons. 29).

<sup>55</sup> Conseil constitutionnel, déc. n. 2002-465 DC du 13 janvier 2003.

<sup>56</sup> Comme l'affirme O. Dutheillet de Lamothe, ancien membre du Conseil constitutionnel, « La référence non plus seulement à l'article 4, qui est le fondement de la liberté contractuelle, mais à l'article 16, qui est le fondement du principe de sécurité juridique, montre bien que cette jurisprudence s'inscrit dans le cadre du courant inspiré par le principe de sécurité juridique » (O. DUTHEILLET DE LA LAMOTHE, « La sécurité juridique. Le point de vue du juge constitutionnel », Exposé fait au Conseil constitutionnel le 20 septembre 2005, [http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank\\_mm/pdf/Conseil/securejuridique.pdf](http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/securejuridique.pdf)).

<sup>57</sup> T.S. RENOUX-M. DE VILLIERS, *Code constitutionnel*, LexisNexis, 2014, article 2 (§ 27).

<sup>58</sup> Conseil constitutionnel, déc. n. 91-294 DC du 25 juillet 1991, *Accord de Schengen*.

<sup>59</sup> Conseil constitutionnel, déc. n. 99-416 DC du 23 juillet 1999, *Couverture maladie universelle*.

<sup>60</sup> La première édition du *Code constitutionnel* date de 1995.

Le débat relatif à la loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux personnes du même sexe en donne une illustration significative<sup>61</sup>.

Quelques mois avant le contrôle de constitutionnalité *a priori* de cette loi, certains auteurs de doctrine (tels que Pierre Delvolvé<sup>62</sup> ou Anne-Marie Le Pourhiet<sup>63</sup>) adoptèrent une position tranchée contre la conformité de la loi à la Constitution, en s'appuyant notamment sur l'existence, d'après eux, d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République (PFRLR) selon lequel le mariage est l'union d'un homme et d'une femme<sup>64</sup>. Selon cette thèse, ce principe aurait pour fondement le Code civil ainsi qu'une série de lois éparses qui se réfèrent systématiquement au mariage comme à l'union entre un homme et une femme.

D'autres auteurs prirent position contre cette thèse, parmi lesquels Dominique Rousseau<sup>65</sup>, Xavier Dupré de Boulois, Diane Roman<sup>66</sup> ou encore Alexandre Viala. Dans un écrit intitulé « *Un PFRLR contre le mariage gay ? Quand la doctrine fait dire au juge le droit qu'elle veut qu'il dise* »<sup>67</sup>, ce dernier soulignait « la nature contingente de la législation républicaine sur le mariage » et, par conséquent, l'impossibilité pour le Conseil constitutionnel de reconnaître un PFRLR, car il s'agissait d'une question de société que seul le législateur pouvait régler.

Dans la décision n. 2013-669 DC du 17 mai 2013<sup>68</sup>, le Conseil constitutionnel semble adopter la thèse exprimée par Alexandre Viala ainsi que par les auteurs de doctrine contraires à l'existence d'un PFRLR, qui sont d'ailleurs cités dans la seconde partie du commentaire de la décision<sup>69</sup>.

---

<sup>61</sup> Loi n. 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, *JORF* n. 0114 du 18 mai 2013 p. 8253.

<sup>62</sup> P. DELVOLVÉ, « Mariage : un homme, une femme », *Le Figaro*, 8 novembre 2012, p. 17.

<sup>63</sup> Sous le pseudonyme de *Lucie Candide*, A.-M. LE POURHIET, « Le sexe, le mariage, la filiation et les principes supérieurs du droit français », *Gaz. Pal.*, 4 oct. 2012, n. 278, p. 7.

<sup>64</sup> Dans le même sens, F-X BRECHOT, « La constitutionnalité du « mariage pour tous » en question », *JCP*, Ed. Gén., n. 51, 17 décembre 2012, doct. 1388.

<sup>65</sup> D. ROUSSEAU, « Le « mariage pour tous » relève bien de la compétence du législateur ordinaire », *Gaz. Pal.*, 13 décembre 2012, p. 5.

<sup>66</sup> X. DUPRE DE BOULOIS et D. ROMAN, « Le mariage, Napoléon et la Constitution », *Le Figaro*, 19 novembre 2012, p. 20.

<sup>67</sup> A. VIALA, « Un PFRLR contre le mariage gay ? Quand la doctrine fait dire au juge le droit qu'elle veut qu'il dise », *Revue des droits et libertés fondamentaux*, 2013, chron. n. 4, 21 janvier 2013. V. la réponse d'A.-M. LE POURHIET, « Un PFRLR contre le mariage gay ? Réponse à Alexandre Viala », *Revue des droits et libertés fondamentaux*, 2013, chron. n. 5 ([www.revuedlf.com](http://www.revuedlf.com)).

<sup>68</sup> Conseil constitutionnel, décision n. 2013-669 DC du 17 mai 2013, *Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe*, cons. 21.

<sup>69</sup> Commentaire de la décision du Conseil constitutionnel n. 2013-669 DC du 17 mai 2013, *Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe*, p. 17.

Mais, le Secrétaire général du Conseil constitutionnel Marc Guillaume, tout comme le Directeur du service juridique Jean-François de Montgolfier ont réfuté cette interprétation<sup>70</sup>. Ils ont même relativisé la portée du débat doctrinal né autour de la loi de mai 2013, puisque le Conseil constitutionnel s'était déjà bel et bien prononcé sur la question relative au mariage entre personnes du même sexe, tout comme sur les critères d'identification d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République. Il faut dire, en effet, que dans une décision du 28 janvier 2011<sup>71</sup>, le Conseil constitutionnel avait jugé que l'exclusivité du mariage hétérosexuel n'était pas contraire à la Constitution, tant que le législateur ne décide de mettre un terme à la différence de traitement entre couples hétérosexuels et couples homosexuels<sup>72</sup>.

Au-delà de l'influence des écrits doctrinaux, d'autres moyens peuvent permettre à des membres de la communauté scientifique de faire valoir certains arguments auprès du Conseil constitutionnel.

La procédure dite des « portes étroites »<sup>73</sup>, par laquelle des mémoires en défense ou contre la constitutionnalité du texte examiné peuvent être adressés au Conseil constitutionnel, figure parmi ces moyens.

Nous pouvons, par exemple, supposer qu'à l'occasion de l'examen préventif de la loi visant à sanctionner pénalement la négation des génocides, les interventions de Guy Carcassonne<sup>74</sup> ou, fait inédit, de l'Association française des constitutionnalistes<sup>75</sup>, défendant,

---

<sup>70</sup> Propos recueillis lors d'un entretien au Conseil constitutionnel, le 3 décembre 2014.

<sup>71</sup> Conseil constitutionnel, décision n. 2010-92 QPC du 28 janvier 2011, *Mme Corinne C. et autres [Interdiction du mariage entre personnes du même sexe]*.

<sup>72</sup> *Ibidem*, cons. 9.

<sup>73</sup> Sur l'utilisation de la procédure des « portes étroites », v. B. MATHIEU, J.-P. MACHELON, F. MELIN-SOUCRAMANIEN, D. ROUSSEAU, X. PHILIPPE, *et alii*, *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel, 1958-1986*, *op. cit.*, pp. 13 et 236 ; X. PHILIPPE, « *Amicus curiae* dans l'affaire de la pénalisation de la négation du génocide arménien », *Constitutions*, 2012, pp. 389 et s. Nous devons l'expression « portes étroites » au Doyen Vedel (G. VEDEL, « La porte étroite », *La vie judiciaire*, 11-17 mars 1991 ; *idem*, « Excès de pouvoir législatif et excès de pouvoir administratif », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n. 1, 1996, p. 60). Cette procédure a été formalisée pour les Questions prioritaires de constitutionnalité. L'article 6, alinéa 2, du règlement du 4 février 2010 prévoit ainsi la possibilité pour toute personne (et donc aussi pour un auteur de doctrine) de transmettre au Conseil constitutionnel des observations relatives à la question prioritaire de constitutionnalité, à la condition toutefois que cette personne justifie « d'un intérêt spécial ».

<sup>74</sup> M. GUILLAUME, « Guy Carcassonne et le Conseil constitutionnel », Colloque en hommage à Guy Carcassonne, Conseil constitutionnel, 10 avril 2014 (<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/documentation/dossiers-thematiques/2014-colloque-hommage-a-guy-carcassonne/guy-carcassonne-et-le-conseil-constitutionnel.141705.html>).

<sup>75</sup> Voir le compte-rendu du CA du 13 juin 2012 in <http://www.droitconstitutionnel.org/afdc/CRCA130612.html>, cit. V. aussi, X. PHILIPPE, « *Amicus curiae* dans l'affaire de la pénalisation de la négation du génocide arménien », *op. cit.*, p. 389.

en particulier, la liberté d'expression, puissent avoir contribué à la décision du Conseil constitutionnel du 28 février 2012 censurant le texte contrôlé<sup>76</sup>.

De la même manière, le « mémoire » déposé par les membres du CRDFED, sous la direction de Marie-Joëlle Redor, contre la constitutionnalité de la loi « Besson » relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité<sup>77</sup> a peut-être eu une influence sur la décision du Conseil constitutionnel du 9 juin 2011, notamment quant à la durée de la rétention administrative des étrangers et à la violation de leur liberté individuelle<sup>78</sup>, tout comme la « lettre ouverte adressée aux membres du Conseil constitutionnel » le 6 juillet 2011 par le Club Droits, Justice et Sécurités<sup>79</sup>, contestant la constitutionnalité de la loi relative à la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et au jugement des mineurs<sup>80</sup>.

Toutefois, la puissance de cet instrument pour faire entendre auprès du Conseil constitutionnel les arguments développés par la doctrine doit être relativisée : d'une part car, encore une fois, il se peut que le Conseil constitutionnel n'ait aucunement subi l'influence des opinions doctrinales exprimées par l'intermédiaire de ces « portes étroites » et, d'autre part, parce que cette procédure est, en définitive, très peu utilisée.

La procédure des « auditions d'experts »<sup>81</sup>, parmi lesquels peuvent figurer des membres de la communauté universitaire, peut, elle aussi, favoriser la promotion des arguments doctrinaux auprès du Conseil constitutionnel. Mais, bien que cette procédure ait été formalisée dans le règlement intérieur du Conseil constitutionnel dans le cadre de la QPC<sup>82</sup>, elle est encore moins utilisée que la procédure dite des « portes étroites », officiellement par manque de temps. Par ailleurs, comme le rappelle Jean-Eric Schoettl, « ces auditions ne sont

---

<sup>76</sup> Conseil constitutionnel, décision n. 2012-647 DC du 28 février 2012, *Loi visant à réprimer l'existence de génocides réprimés par la loi*.

<sup>77</sup> « Clinique juridique des droits fondamentaux : « porte étroite » envoyée au Conseil constitutionnel », 18 mai 2011 (<http://www.fondamentaux.org/2011/05/18/clinique-juridique-des-droits-fondamentaux-porte-etroite-envoyee-au-conseil-constitutionnel/>).

<sup>78</sup> Conseil constitutionnel, décision n. 2011-631 DC du 9 juin 2011, *Loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité*.

<sup>79</sup> « Saisine informelle. Lettre ouverte aux membres du Conseil constitutionnel », 6 juillet 2011 (<http://www.droits-justice-et-securites.fr/wp-content/uploads/2011/07/DJS-Lettre-ouverte-aux-membres-du-C.-Constit-06-07-111.pdf>).

<sup>80</sup> Conseil constitutionnel, décision n. 2011-635 DC du 4 août 2011, *Loi relative à la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et au jugement des mineurs*.

<sup>81</sup> Sur l'utilisation de cette pratique informelle par le Conseil constitutionnel, voir notamment B. MATHIEU, J.-P. MACHELON, F. MELIN-SOUCRAMANIEN, D. ROUSSEAU, X. PHILIPPE, *et alii*, *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel, 1958-1986*, op. cit., pp. 137-138.

<sup>82</sup> Article 6, alinéa 1<sup>er</sup>, du règlement du 4 février 2010.

ni publiques ni même portées à la connaissance du public »<sup>83</sup>, ce qui rend très difficile une recherche sur de possibles influences de la doctrine sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel par le biais de cette procédure.

De la même manière, de l'aveu de son Secrétaire général ainsi que du Directeur du service juridique, même si le Conseil constitutionnel récompense chaque année une thèse de doctorat, il lui est très difficile de s'en inspirer ou d'en appliquer concrètement les enseignements, car ces enseignements sont la plupart du temps très théoriques, alors que le Conseil constitutionnel se trouve, lui, face à des questions très concrètes.

En définitive, l'influence de la doctrine sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel semble de plus en plus imperceptible, tandis que les rapports entre le Conseil constitutionnel et la doctrine paraissent, eux, au beau fixe.

Deux raisons principales peuvent être avancées pour expliquer ce constat.

La première se trouverait tout simplement dans une indifférence de plus en plus prononcée du juge constitutionnel à l'égard de la réflexion doctrinale. Enfin libéré des questions identitaires, fort d'une légitimité qui semble désormais inébranlable, le Conseil constitutionnel prêterait moins d'attention aux voix doctrinales vu qu'il n'aurait plus besoin, de nos jours, de s'appuyer sur leur autorité pour asseoir la sienne.

La seconde explication serait liée aux défauts de la doctrine actuelle, à son inadéquation avec les préoccupations du juge constitutionnel. Ses analyses prospectives seraient insuffisantes pour prétendre accompagner le Conseil constitutionnel dans sa prise de décision. La profusion des écrits la rendant de moins en moins lisible, son exploitation par les juges en serait de plus en plus délicate. Cette inadéquation est, du reste, la principale raison avancée par le Secrétaire général du Conseil constitutionnel Marc Guillaume pour expliquer la faible utilisation de la doctrine contemporaine par le juge constitutionnel. Pour lui, il devient beaucoup plus difficile de trouver une doctrine qui puisse être réellement utile à ce juge afin de trancher, dans des délais de plus en plus courts, des problèmes de plus en plus techniques, sur lesquels la doctrine (notamment la doctrine constitutionnaliste) ne s'est parfois pas penchée ou l'a fait de manière trop théorique<sup>84</sup>.

---

<sup>83</sup> J.-E. SCHOETTL, « Ma cinquantaine rue de Montpensier », cit., p. 8.

<sup>84</sup> Les propos du Secrétaire général du Conseil constitutionnel Marc Guillaume ont été recueillis lors d'un entretien au Conseil constitutionnel, le 3 décembre 2014.

Si ces deux raisons doivent probablement être combinées pour comprendre l'affaiblissement de l'influence de la doctrine sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel, la montée en puissance de l'« auto-doctrine » engendrée par cette institution conforte le sentiment d'une indifférence accrue de la part de l'organe de décision à l'égard des arguments de la communauté scientifique.

## **B) La montée en puissance de l'"auto-doctrine" du Conseil constitutionnel**

Désormais fort d'une légitimité en partie acquise grâce à la doctrine et d'une expérience jurisprudentielle de plus de cinquante ans, le Conseil constitutionnel semble non seulement moins à l'écoute de ce que les auteurs pourraient écrire de lui, de ses décisions ou des questions juridiques susceptibles d'être portées à son examen, mais il pratique et développe, en outre, une certaine confusion des genres. Le Conseil constitutionnel promeut, en effet, aujourd'hui sa propre doctrine laquelle, telle une autobiographie, a tendance forcément à présenter son auteur et son œuvre de manière plutôt élogieuse.

La diffusion de cette "auto-doctrine" se fait essentiellement par l'intermédiaire des commentaires réalisés par le Secrétaire général du Conseil. Au-delà des apparences et des intentions affichées<sup>85</sup>, ces commentaires représentent un puissant outil doctrinal pour le Conseil constitutionnel, un outil qui a pris une place de plus en plus importante ces dernières décennies<sup>86</sup>.

Les « commentaires » se présentent comme un complément d'information par rapport à ce qui n'est pas explicité dans la motivation de la décision<sup>87</sup>. Ils ont pour but de présenter au grand public, et surtout aux spécialistes, la décision du Conseil constitutionnel, en la replaçant dans son contexte. Ces commentaires ne sont donc pas l'expression du juge lui-même<sup>88</sup>, ils

---

<sup>85</sup> Lors de son premier commentaire d'une décision du Conseil constitutionnel, en 1995, le Secrétaire général du Conseil constitutionnel de l'époque Olivier Schrameck écrivait 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 » (O. SCHRAMECK, « Décisions du Conseil constitutionnel », *AJDA*, 1995, p. 517).

<sup>86</sup> Sur l'importance actuelle de ces « commentaires », v. D. BARANGER, « Sur la manière française de rendre la justice constitutionnelle. Motivations et raisons politiques dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Jus Politicum*, n. 7, 2012, p. 35 ; X. MAGNON, « Que faire des doctrines du Conseil constitutionnel ? », *op. cit.*, pp. 208 et s.

<sup>87</sup> En ce sens, J.-E. SCHOETTL, « Ma cinquantaine rue de Montpensier », *cit.*, p. 12.

<sup>88</sup> Olivier Schrameck soulignait à ce propos que « le Secrétaire Général n'a aucune autorité pour exprimer une position du Conseil constitutionnel » (O. SCHRAMECK, « L'influence de la jurisprudence du Conseil

prétendent donner un point de vue extérieur à la décision, la présenter de la manière la plus objective possible. Leur intérêt est indéniable compte tenu des insuffisances de la motivation des décisions du Conseil constitutionnel.

Mais, ces commentaires ne se contentent pas de livrer une présentation objective de la décision commentée. Ils ne le pourraient du reste pas, à moins de faire état de l'ensemble des points de vues possibles sans émettre de jugements sur leur pertinence. Ils s'attachent, en réalité, à justifier la décision du juge constitutionnel, donnent des arguments pour fonder et expliquer les choix adoptés et se prononcent ainsi sur leur opportunité. Ressemblant en tous points à de véritables commentaires de doctrine, ils expriment, à l'instar de ces derniers, une opinion et peuvent ainsi avoir un impact sur la communauté scientifique. Ils sont susceptibles de l'orienter quant à la manière d'interpréter ou d'apprécier la jurisprudence du Conseil constitutionnel, de manière à la mettre à l'abri de critiques éventuelles.

Or, l'autorité de ces commentaires est de plus en plus forte aux yeux des auteurs de doctrine. Leur force de conviction repose essentiellement sur la proximité de leur auteur avec l'organe de décision. Provenant de l'institution elle-même, ces commentaires expriment une opinion particulièrement autorisée dont il est, par conséquent, difficile de se détacher. Les auteurs de doctrine ont ainsi de plus en plus souvent tendance à écouter cette parole, comme s'il s'agissait de la parole du Conseil constitutionnel lui-même<sup>89</sup>.

Pourtant, cette pratique du Conseil constitutionnel a suscité des réserves et des critiques de certains membres de la communauté universitaire qui voient dans cet outil une tentative de la part du juge constitutionnel d'influencer la doctrine universitaire, de la « capturer »<sup>90</sup>. On a ainsi pu écrire que par le biais de ces commentaires, le juge « livre sa décision avec le mode d'emploi, expose ce qu'il convient de comprendre, éventuellement d'admirer »<sup>91</sup> ou que, par cette pratique, le juge constitutionnel « entend limiter autant que possible la liberté d'interprétation de ses commentateurs extérieurs »<sup>92</sup>. Comme le souligne

---

constitutionnel sur l'action gouvernementale », in G. DRAGO, B. FRANÇOIS et N. MOLFESSIS (dir.), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 113).

<sup>89</sup> En ce sens, 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.

<sup>90</sup> X. MAGNON, « Que faire des doctrines du Conseil constitutionnel ? », *op. cit.*, pp. 209 et s.

<sup>91</sup> J.-M. DENQUIN, « La jurisprudence du Conseil constitutionnel : grandeur ou décadence du droit constitutionnel ? Un regard surplombant sur les libertés publiques », *op. cit.*, p. 4.

<sup>92</sup> D. BARANGER, « Sur la manière française de rendre la justice constitutionnelle. Motivations et raisons politiques dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *op. cit.*, p. 37.

Marthe Fatin-Rouge Stéfanini, « ces commentaires, s'ils sont considérés comme la vérité officielle, peuvent avoir pour effet de scléroser la pensée juridique »<sup>93</sup>.

Quoi qu'il en soit, la volonté du Conseil constitutionnel de générer sa propre doctrine par le biais de ces commentaires officiels capables d'influer sur la réflexion menée par la communauté scientifique, pourrait bien être perçue comme un signe supplémentaire d'une certaine indifférence de ce juge à l'égard des positions soutenues par cette dernière.

Que peuvent alors faire les membres de la doctrine actuelle face à cette relative indifférence du Conseil constitutionnel pour les arguments qu'ils mettent en lumière et face à l'affaiblissement progressif de leur influence ?

Si cette vaste question ne sera pas résolue dans ces dernières lignes, quelques pistes peuvent tout de même être envisagées.

Il nous semble, tout d'abord, que comme les y invite Massimo Luciani, les auteurs de doctrine ne peuvent faire autrement que de continuer à faire *comme si*, « ce qui signifie que les commentateurs de la jurisprudence constitutionnelle devront continuer (quasiment en rappelant l'impératif vaihingerien, si bien connu par les juristes)<sup>94</sup> à fournir leur contribution *comme si* elle était utile, non pas seulement pour les scientifiques, mais aussi pour les juges »<sup>95</sup>. Ne pas le faire reviendrait à renoncer, devant ces difficultés, à l'une de leurs missions premières.

Il nous semble, ensuite, que la doctrine doit poursuivre son autocritique afin de se rendre plus lisible et d'éviter que « l'emballage de sa propre production »<sup>96</sup> dissuade même les juridictions directement concernées de l'utiliser. Mais comment clarifier et mieux ordonner la production actuelle de la communauté scientifique ? Comment faire en sorte que les arguments qu'elle met en avant soient plus facilement repérables et donc plus souvent exploités ? Il y a sans doute derrière ces questions l'un des défis majeurs que devra affronter la doctrine de demain.

---

<sup>93</sup> M. FATIN-ROUGE STEFANINI, « Juges constitutionnels et doctrine », *op. cit.*

<sup>94</sup> H. VAHINGER, *Die Philosophie des Als Ob*, 7<sup>e</sup> et 8<sup>e</sup> ed., Leipzig, Meiner, 1922, trad. it. de F. Voltaggio, *La filosofia del "come se"*, Rome, Ubaldini, 1967 (Note de l'auteur).

<sup>95</sup> M. LUCIANI, « Cour constitutionnelle et doctrine : l'expérience italienne », in *Juges constitutionnels et doctrine*, XXXe Table ronde internationale de justice constitutionnelle comparée, Aix-en-Provence, 5-6 septembre 2014, in *AIJC*, vol. XXX-2014, septembre 2015.

<sup>96</sup> D. BUREAU et N. MOLFESSIS, « L'asphyxie doctrinale », in *Etudes à la mémoire du Professeur Oppetit*, Paris, Litec, 2009, p. 46.

Il nous semble, enfin, que s'ils souhaitent être plus souvent entendus par le Conseil constitutionnel, les auteurs de doctrine doivent chercher à mieux répondre, lorsqu'ils remplissent leurs fonctions critique et prospective, aux attentes de ce juge. Ce n'est visiblement qu'en anticipant davantage les questions susceptibles d'être soulevées devant le Conseil constitutionnel et en tentant d'y répondre de la manière la plus précise et argumentée possible, sans détours théoriques excessifs, qu'ils pourront avoir une chance d'être écoutés.

S'ils ne parviennent pas à évoluer dans ce sens, les membres de la communauté scientifique n'auront plus qu'à espérer que le Conseil constitutionnel reconsidère de lui-même l'intérêt de leurs écrits.

Caterina Severino  
*Maître de conférences HDR*  
*Université de Toulon*