



**HAL**  
open science

**Recension BEAUD (O.), CONTE (P.), WACHSMANN (P.) (dir.), La jurisprudence du Conseil constitutionnel et les différentes branches du droit : Regards critiques, Dalloz**

Samy Benzina

► **To cite this version:**

Samy Benzina. Recension BEAUD (O.), CONTE (P.), WACHSMANN (P.) (dir.), La jurisprudence du Conseil constitutionnel et les différentes branches du droit : Regards critiques, Dalloz. Revue française de droit constitutionnel, 2019. hal-02900095

**HAL Id: hal-02900095**

**<https://hal.science/hal-02900095>**

Submitted on 15 Jul 2020

**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.

## Recension

BEAUD (O.), CONTE (P.), WACHSMANN (P.) (dir.), *La jurisprudence du Conseil constitutionnel et les différentes branches du droit : Regards critiques*, Dalloz, coll. « *Jus Politicum* », 2019, 351 p.

par

Samy Benzina

Professeur de droit public à l'Université de Poitiers

La « constitutionnalisation des branches du droit », dont les premières analyses sont attribuées à Louis Favoreu<sup>1</sup>, et qu'il fait lui-même remonter à Michel Fromont<sup>2</sup>, est un sujet d'étude traditionnel de la doctrine constitutionnaliste depuis les années 80 qui a déjà fait l'objet d'une littérature juridique abondante<sup>3</sup>. La possibilité pour le Conseil constitutionnel de contrôler des dispositions législatives déjà entrées en vigueur, parfois de longue date, depuis l'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC) a naturellement renouvelé l'intérêt pour cette question. Mais ce concept de « constitutionnalisation » n'est pas sans ambiguïté au regard des nombreuses utilisations assez divergentes dont il fait l'objet. Louis Favoreu lui-même donnait déjà à ce concept plusieurs significations<sup>4</sup>. Dans l'ouvrage *La jurisprudence du Conseil constitutionnel et les différentes branches du droit : Regards critiques*, dirigé par Olivier Beaud, Philippe Conte et Patrick Wachsmann, réunissant les actes d'un colloque organisé à Paris les 11 et 12 mai 2017, les auteurs ont retenu une définition assez large. La constitutionnalisation désigne le phénomène qui consiste, pour le Conseil constitutionnel, depuis le début des années 1970, à créer de nouveaux principes et exigences constitutionnels ou à transformer certains principes préexistants dans les différentes branches du droit en principes ou exigences constitutionnels. Cette extension des normes constitutionnelles conduit à encadrer constitutionnellement les branches du droit et à potentiellement les faire évoluer ou à les transformer. Le phénomène de constitutionnalisation induit que l'on ne puisse plus raisonner en droit pénal, en droit civil ou en droit administratif sans s'interroger sur les fondements constitutionnels de ces matières tels qu'ils sont interprétés par le Conseil constitutionnel. Cet

---

\* Recension publiée dans *RFDC*, 2019, n° 119, pp. e63-e77

<sup>1</sup> L. Favoreu, « L'apport du Conseil constitutionnel au droit public », *Pouvoirs*, 1980, n° 13, pp. 17-31 ; L. Favoreu, « L'influence de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur les diverses branches du droit », in *Itinéraires : études en l'honneur de Léo Hamon*, Economica, 1982, pp. 235-244.

<sup>2</sup> L. Favoreu, « La constitutionnalisation du droit », in *L'unité du droit, Mélanges en hommage à Roland Drago*, Economica, 1999, pp. 25-42.

<sup>3</sup> V. par ex. G. Vedel, « L'unité du droit : aspects généraux et théoriques », in *Mélanges R. Drago*, 1996, pp. 1-8 ; N. Molfessis, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », 1998, 602 p. ; B. Mathieu, M. Verpeaux, (dir.) *La constitutionnalisation des branches du droit*, Economica, 1998, 201 p. ; G. Drago, B. François, N. Molfessis (dir.), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Economica, 1999, 415 p. ; S. Guinchard, « Retour sur la constitutionnalisation de la procédure civile », in *Mélanges Pierre Drai*, Dalloz, 2000, pp. 355-368 ; A. Duffy, « La constitutionnalisation de la liberté contractuelle », *RDP*, 2006, n° 6, pp. 1569-1600 ; V. Barbé, F.-X. Millet, « Contribution à l'étude de l'effectivité de la constitutionnalisation en droit de l'environnement », *RTDH*, 2009, n° 78, pp. 467-489 ; V. Tellier-Cayrol, « La constitutionnalisation de la procédure pénale », *AJDP*, 2011, n° 6, pp. 283-285 ; P. Deumier, O. Gout, « La constitutionnalisation de la responsabilité civile », *NCCC*, 2011, n° 31, pp. 21-33.

<sup>4</sup> L. Favoreu, « La constitutionnalisation du droit », *ibid.* L'auteur distingue trois types de constitutionnalisation : la « constitutionnalisation-juridicisation », la « constitutionnalisation-élévation » et la « constitutionnalisation-transformation ».

ouvrage ne se présente cependant pas comme une simple étude du phénomène de la constitutionnalisation des branches du droit. Son esprit le distingue en effet en partie de la masse doctrinale sur le sujet : il est un « *bilan critique et savant de l'œuvre du Conseil constitutionnel* »<sup>5</sup>.

Un ouvrage savant tout d'abord dans la mesure où il réunit des contributions d'universitaires, reconnus dans leur spécialité respective, portant sur la plupart des branches du droit. Ainsi sont réunies des études consacrées au droit civil des personnes (D. Fenouillet), au droit civil des contrats (F. Chénéde), au droit de la responsabilité civile (B. Girard), au droit des affaires (F.-X. Lucas), au droit pénal (P. Conte), au droit international (A. Hamann) ou au droit fiscal (E. de Crouy-Chanel). On y trouve également des contributions portant sur certaines grandes notions du droit public mobilisées par le Conseil constitutionnel dans sa jurisprudence comme celles de « bloc de constitutionnalité » (D. Baranger et A. Roblot-Troizier), de « souveraineté » (O. Beaud), de « représentation » (B. Daugeron), de « séparation des autorités administrative et judiciaire » (P. Wachsmann) ou encore de « sécurité » (V. Champeil-Desplats). Si l'ouvrage couvre déjà de nombreux sujets, on pourra regretter de ne pas y voir figurer une étude portant sur d'autres grandes branches du droit, en particulier le droit social. Il n'en reste pas moins que la perspective pluridisciplinaire et la diversité des contributions permet d'appréhender de manière transversale le phénomène de constitutionnalisation.

L'ouvrage se présente ensuite comme une étude critique. C'est en effet un « regard critique » sur la jurisprudence constitutionnelle qui va être le fil conducteur de l'ensemble des contributions. Pour reprendre la formule d'un auteur, l'ouvrage vise à « *permettre de discuter, non seulement la pertinence, mais également la réalité même de cette fameuse "constitutionnalisation" des branches du droit* »<sup>6</sup>. C'est donc à la question de l'apport de la jurisprudence du Conseil constitutionnel aux différentes branches du droit que les différents auteurs ont dû répondre. Tout l'intérêt de cette perspective est qu'elle conduit les différents contributeurs à aller au-delà d'une simple description du phénomène de constitutionnalisation dans leur branche respective. Chaque auteur est amené à « dresser le bilan » de l'intervention du Conseil constitutionnel dans le domaine ou pour la notion étudiée en s'interrogeant sur la pertinence et le bénéfice de la constitutionnalisation par la jurisprudence constitutionnelle.

À cette question de l'apport de la jurisprudence constitutionnelle aux différentes branches du droit, il est frappant de noter que l'ensemble des auteurs, appartenant pourtant à des disciplines juridiques différentes, arrive au même constat. Ainsi, une auteure note un « *faible impact pratique de la constitutionnalisation du droit civil des personnes* »<sup>7</sup> tout en relevant une « *supériorité du contrôle de conventionnalité en droit civil des personnes* »<sup>8</sup>. Un contributeur souligne que la jurisprudence constitutionnelle « *est restée sans conséquence sur le droit civil des contrats* »<sup>9</sup>, un autre estime que « *la contribution du Conseil constitutionnel à l'amélioration du droit des affaires apparaît modeste* »<sup>10</sup>. Une autre contributrice encore tire un bilan plutôt positif de la jurisprudence constitutionnelle, mais ajoute immédiatement que son

---

<sup>5</sup> O. Beaud, P. Conte, P. Wachsmann, « Préface », p. 8.

<sup>6</sup> F. Chénéde, « Quelle "constitutionnalisation" pour le droit civil des contrats ? », p. 65.

<sup>7</sup> D. Fenouillet, « La jurisprudence du Conseil constitutionnel en droit civil des personnes. Promotion ou déformation ? », p. 23.

<sup>8</sup> *Ibid.* p. 62.

<sup>9</sup> F. Chénéde, *ibid.*, p. 68.

<sup>10</sup> F. Xavier-Lucas, « Le droit des affaires à l'épreuve de la jurisprudence du Conseil constitutionnel », p. 88.

« *influence reste mesurée* »<sup>11</sup>. Pis, certains auteurs voient dans cette constitutionnalisation une menace pour la cohérence de leur branche du droit. Ainsi, un auteur juge-t-il que « *le Conseil rend des décisions qui révèlent une méconnaissance sidérante des notions pénales élémentaires et, plus grave, des catégories protectrices des libertés dans le procès pénal* »<sup>12</sup>.

Comment expliquer cette appréciation plutôt réservée des auteurs sur l'impact de la jurisprudence constitutionnelle sur les différentes branches du droit ? Il pourrait être tentant de rechercher une clef d'explication dans l'hostilité supposée de certains des contributeurs à l'égard du Conseil constitutionnel ou du contrôle de constitutionnalité. D'autant que les juristes de droit privé français sont traditionnellement plus distants et critiques de la juridiction constitutionnelle et de sa jurisprudence perçues comme relevant du droit public et imposant des obligations à un législateur issu de l'élection démocratique. Mais une telle approche, outre qu'elle révélerait une grande paresse intellectuelle et ferait fi de l'aura scientifique dont jouisse l'ensemble des contributeurs, ne permettrait pas d'appréhender les raisons qui ont conduit, de manière convergente, les auteurs à porter un tel jugement. À la lecture des différentes contributions, les auteurs s'accordent sur le fait que la jurisprudence constitutionnelle présente un apport limité aux différentes branches du droit parce qu'elle est juridiquement et conceptuellement assez pauvre (I). Selon les contributeurs, cette faiblesse de la jurisprudence constitutionnelle trouverait son origine dans les méthodes et l'organisation du Conseil constitutionnel (II).

### I. Une jurisprudence constitutionnelle juridiquement et conceptuellement faible

Depuis la célèbre décision du Conseil constitutionnel du 16 juillet 1971<sup>13</sup>, le juge constitutionnel tire un certain nombre de normes assez variées des « *sources constitutionnelles* »<sup>14</sup>. Ces normes se sont considérablement multipliées et affectent aujourd'hui l'ensemble des branches du droit. Cet ensemble composite, que deux contributeurs refusent de qualifier de « bloc de constitutionnalité »<sup>15</sup>, imprégnerait l'ensemble de l'ordre juridique. Comme le notait déjà Louis Favoreu<sup>16</sup>, il serait en effet difficile aujourd'hui d'étudier certaines branches du droit sans se préoccuper des principes constitutionnels les encadrant. Comment appréhender le droit pénal sans s'intéresser aux droits de la défense, au principe

<sup>11</sup> B. Girard, « La responsabilité civile dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », p. 81.

<sup>12</sup> P. Conte, « La matière pénale revue par le Conseil constitutionnel », p. 120.

<sup>13</sup> CC, n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, *Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association*.

<sup>14</sup> V. D. Baranger, « Comprendre le "bloc de constitutionnalité" », p. 132. L'auteur définit les « *sources constitutionnelles* » comme les actes juridiques constitutionnels, c'est-à-dire les textes constitutionnels considérés comme légalement impératifs. Il les distingue des normes constitutionnelles qui sont tirées de ces sources par le juge constitutionnel à travers son pouvoir d'interprétation.

<sup>15</sup> D. Baranger, *ibid.*, p. 140 ; A. Roblot-Troizier, « Le Conseil constitutionnel et les sources du droit constitutionnel », p. 164. Si les deux auteurs n'ont pas exactement la même analyse, ils s'accordent sur le fait que la notion de bloc de constitutionnalité doit être écartée, car elle apparaît aujourd'hui largement dépassée dans la mesure où l'ensemble des normes de référence du contrôle de constitutionnalité n'ont pas une valeur constitutionnelle et ne sont donc pas réductibles à ce bloc. C'est pourquoi A. Roblot-Troizier propose plutôt d'employer la notion de « *sources du droit constitutionnel* ».

<sup>16</sup> L. Favoreu, « L'influence de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur les diverses branches du droit », *op.cit.*, pp. 235-244. L'auteur défendait d'ailleurs l'idée qu'il faudrait désormais se référer au « droit constitutionnel civil », au « droit constitutionnel pénal », etc. V. par ex. « La constitutionnalisation du droit pénal et de la procédure pénale. Vers un droit constitutionnel pénal », in *Droit pénal contemporain. Mélanges en l'honneur d'André Vitu*, Cujas, 1989, pp. 169-209.

constitutionnel de légalité des délits et de peines ou aux principes de proportionnalité et d'individualisation des peines ? Comment examiner la procédure civile sans penser au droit au recours juridictionnel effectif ou au droit à procès équitable ? Ou encore le droit des contrats sans se référer à liberté contractuelle ? Le doyen Favoreu prédisait d'ailleurs que le phénomène de constitutionnalisation conduirait à ce que les normes constitutionnelles deviennent progressivement « *le fondement commun des différentes branches du droit* »<sup>17</sup>. La Constitution deviendrait ainsi la norme matricielle de l'ensemble de l'ordre juridique unifiant sous son égide toutes les branches du droit. L'ensemble des principes directeurs des branches du droit se trouverait alors dans les normes constitutionnelles.

L'ouvrage recensé présente cependant une vision bien moins optimiste du mouvement de constitutionnalisation. D'abord, certains auteurs s'interrogent sur la nature même de ce phénomène. La constitutionnalisation n'apparaît en effet pas comme une emprise de la Constitution sur les branches du droit, mais plutôt une emprise de la jurisprudence constitutionnelle. La constitutionnalisation est souvent justifiée par la doctrine en se fondant sur le fait que le « *juge produit des normes de valeur constitutionnelle et que ces normes ne sont pas son œuvre, mais qu'elles sont directement tirées de la source positive qu'est la constitution formelle* »<sup>18</sup>. Mais derrière cet argument, visant à justifier les pouvoirs du juge constitutionnel, se cache une prémisse qui n'a rien d'évidente : il y aurait identité entre Constitution et jurisprudence constitutionnelle, l'autorité de la première étant conférée à la seconde. Comme le note un auteur : « *on fait "comme si" ce qu'a dit le juge ne se distinguait pas de ce qu'a dit le constituant ou le législateur ordinaire, mais au contraire s'y incorporait totalement* »<sup>19</sup>. Le phénomène de constitutionnalisation se présente alors comme la création de normes constitutionnelles par le Conseil constitutionnel qui ont vocation à encadrer et transformer les branches du droit dans un sens qu'il détermine plus ou moins librement<sup>20</sup>. En soi, la création par le juge constitutionnel de normes constitutionnelles n'a rien d'original et n'est pas spécifique au Conseil constitutionnel français. Ce phénomène existe dans l'ensemble des États qui ont introduit un contrôle de constitutionnalité<sup>21</sup>. Toutefois, la légitimité de l'intervention du juge constitutionnel dépend directement de la crédibilité et de la qualité de sa jurisprudence. Dans le cas français, la faiblesse de la jurisprudence constitutionnelle fragilise le phénomène de constitutionnalisation. Ce dernier est alors perçu, par de nombreux contributeurs, comme une forme d'ingérence non maîtrisée du juge constitutionnel. Tel l'éléphant dans un magasin de porcelaine, le Conseil constitutionnel constitutionnaliserait et appliquerait certains grands principes sans maîtriser les enjeux qui ont donné lieu à leur création dans telle ou telle branche du droit. La constitutionnalisation serait alors au mieux sans effet, au pire elle conduirait à rompre des équilibres atteints à la faveur de décennies d'ajustements législatifs et jurisprudentiels.

À la lecture de l'ouvrage, une première clef d'explication à l'apport limité de la jurisprudence constitutionnelle doit être recherchée dans le fait que la constitutionnalisation conduit, le plus

---

<sup>17</sup> L. Favoreu, « La constitutionnalisation du droit », *op.cit.*, p. 40.

<sup>18</sup> D. Baranger, *op.cit.*, p. 131.

<sup>19</sup> *Ibid.*, p. 132.

<sup>20</sup> Un des contributeurs estime en ce sens que le contrôle de constitutionnalité conduit à « *une appréciation librement opérée par l'organe de contrôle lui-même, sans autre entrave que son arbitraire* » (P. Conte, *op.cit.*, p. 116).

<sup>21</sup> V. M.-C. Ponthreau, « Réflexions sur le pouvoir normatif du juge constitutionnel en Europe continentale sur la base des cas allemand et italien », *CCC*, 2008, n° 24, pp. 98-103.

souvent, le Conseil constitutionnel à se contenter d'élever au rang de norme constitutionnelle un principe existant dans une branche du droit donnée. Par exemple, en se fondant sur l'article 4 de la Déclaration de 1789, le Conseil constitutionnel a reconnu l'exigence constitutionnelle selon laquelle « *tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer* »<sup>22</sup>. Il s'est ainsi limité à constitutionnaliser *in extenso* la formule se trouvant à l'article 1240 du Code civil. Une telle élévation apparaît sans conséquence lorsqu'un tel principe était déjà régulièrement appliqué par les juridictions ordinaires. D'autant qu'un certain nombre de branches du droit avaient déjà intégré la nécessité de garantir les droits et libertés. En effet, comme le note un des auteurs, « *le droit civil n'a guère attendu 1971 pour prendre en compte et en charge les droits et libertés déclarés en 1789* »<sup>23</sup>. Le Conseil constitutionnel ne développe donc pas, dans cette hypothèse, de définition autonome du principe constitutionnel en cause mais se contente de reprendre la signification qui lui a été donnée par le législateur et la jurisprudence ordinaire. Le même auteur relève que dans une telle hypothèse le Conseil se contente « *de "constitutionnaliser" certains des principes les mieux acquis de la matière. En restant ainsi à la surface des choses, aussi fondamentale soit-elle, la jurisprudence constitutionnelle n'a exercé aucune influence sur le contenu et l'application quotidienne des multiples règles qui gouvernent la vie des contrats civils* »<sup>24</sup>.

Dans les branches du droit structurées autour d'un Code comme le droit civil ou le droit pénal, les principes directeurs de la matière sont d'origine législative. La constitutionnalisation ne présente alors que peu de plus-value, car elle vise à imposer au législateur de grands principes constitutionnels généraux et abstraits qu'il respectait déjà largement sous leur forme législative. Cela fait dire à un des contributeurs que l'influence du Conseil constitutionnel en droit de la responsabilité civile est assez limitée dans la mesure où « *la grande majorité des dispositions soumises au contrôle de constitutionnalité ont été jusqu'à présent validées* »<sup>25</sup>. En outre, pour certains des auteurs, la contribution du Conseil constitutionnel à la transformation des branches du droit apparaît limitée si on la compare à celle de la Cour européenne des droits de l'homme<sup>26</sup>. Il faut du reste noter que cette constitutionnalisation risque d'introduire une certaine rigidité : avec la constitutionnalisation, l'évolution de grands principes développés dans les différentes branches échappe désormais au contrôle du juge ordinaire et du législateur. Seul le Conseil constitutionnel en détient la maîtrise ; il peut les maintenir en l'état ou au contraire les faire évoluer dans le sens qu'il choisit.

Or, et c'est la deuxième clef d'explication, une telle maîtrise du Conseil constitutionnel sur les grands principes directeurs de l'ordre juridique n'est pas sans poser de difficulté au regard de son très faible travail de conceptualisation. Plusieurs contributeurs dénoncent ainsi le manque apparent de réflexion et de recul du Conseil constitutionnel sur les grandes notions fondant sa jurisprudence. Ainsi, O. Beaud et A. Hamann démontrent de manière très convaincante le caractère « *hautement bricolé* »<sup>27</sup> de la jurisprudence constitutionnelle relative à la souveraineté. En s'appuyant sur les délibérations et les décisions rendues, ils soulignent combien la jurisprudence constitutionnelle en la matière depuis les années 70 est faite d'approximation et d'une mauvaise compréhension de la notion de souveraineté. Le Conseil

---

<sup>22</sup> V. par ex. CC, n° 2010-2 QPC du 11 juin 2010, *Mme Vivianne L. [Loi dite "anti-Perruche"]*, (§11).

<sup>23</sup> F. Chénéde, *op.cit.*, p. 72

<sup>24</sup> *Ibid.*, p. 68.

<sup>25</sup> B. Girard, *op.cit.*, p. 81.

<sup>26</sup> V. D. Fenouillet, *op.cit.*, p. 58 ; F. Chénéde, *op.cit.*, p. 65.

<sup>27</sup> O. Beaud, « Le Conseil constitutionnel sur la souveraineté et ses approximations », p. 217.

ayant en effet une perception matérielle de la souveraineté alors même que la doctrine publiciste s'accorde de longue date sur une conception essentiellement formelle de celle-ci. Comme le résume O. Beaud, il y a chez le Conseil une « *absence de maîtrise des concepts juridiques* »<sup>28</sup>.

A. Hamann va même plus loin en démontrant que la jurisprudence du Conseil sur les « *conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale* », réactivée par la décision du 22 mai 1985<sup>29</sup> relative au protocole n° 6 additionnel à la CEDH concernant l'abolition de la peine de mort, n'est que le produit d'un accident de l'histoire. En effet, comme le relève l'auteur en s'appuyant sur la délibération de cette décision, le Conseil était essentiellement préoccupé par la compatibilité du protocole n° 6 avec l'article 16 de la Constitution. C'est pourquoi il employa la formule selon laquelle le protocole n'est pas « *incompatible avec le devoir pour l'État d'assurer le respect des institutions de la République, la continuité de la vie de la nation et la garantie des droits et libertés des citoyens* ». Cette formule renvoie bien aux dispositions de l'article 16 de la Constitution. Mais, afin de satisfaire la demande d'un membre très attaché à la souveraineté nationale, et alors même qu'elle n'était pas en cause en l'espèce, les autres membres ont fait « *un geste de courtoisie* »<sup>30</sup> et inclus un autre considérant, sans aucun rapport donc avec le précédent, sur « *les conditions essentielles de l'exercice de la souveraineté nationale* ». N'ayant pas accès à la délibération, la doctrine va mal interpréter cette décision et faire un lien logique entre le considérant portant sur l'article 16 et celui portant sur « *les conditions essentielles de l'exercice de la souveraineté nationale* » pensant voir dans le premier une description du contenu matériel du second. De manière surprenante, cette interprétation sera par la suite reprise comme un mantra par le Conseil constitutionnel lui-même, sans discontinuité, faisant fi de l'origine et du contexte d'émergence de cette incise.

La lecture de ces deux contributions de grands spécialistes de la souveraineté souligne à quel point le Conseil constitutionnel n'est pas au fait des débats qui traversent la littérature juridique sur les différents sujets qu'il doit traiter. On retrouve la même appréciation dans la contribution consacrée au concept de représentation de B. Daugeron qui relève que « *l'une des caractéristiques principales de la jurisprudence du Conseil constitutionnel français est (...) de peu se préoccuper des concepts constitutionnels* ». Il juge ensuite que « *le Conseil constitutionnel donne le sentiment de mal maîtriser le sens qu'il donne au concept [de représentation] quand d'aventure il est contraint de l'aborder* ».

D'autres auteurs soulignent de même qu'il peut exister un décalage entre les notions propres à leur discipline et ces mêmes notions telles qu'elles sont utilisées par le Conseil constitutionnel. Un contributeur remarque en ce sens que « *Sans doute le Conseil parle-t-il de contrat, de responsabilité, d'infraction, etc., mais, dans ses décisions, il arrive que de tels mots cessent paradoxalement d'être familiers au spécialiste du droit civil, du droit des affaires, du droit pénal, ce spécialiste qui, pourtant, les utilise quotidiennement et qui, la plupart du temps, a même contribué à les forger et à leur donner un contenu conceptuel précis* »<sup>31</sup>. Une autre auteure estime quant à elle que la jurisprudence constitutionnelle produit un « *brouillage des*

---

<sup>28</sup> O. Beaud, *op.cit.*, p. 213.

<sup>29</sup> CC, n° 85-188 DC du 22 mai 1985, *Protocole n° 6 additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'homme et des libertés fondamentales concernant l'abolition de la peine de mort, signé par la France le 28 avril 1983*.

<sup>30</sup> A. Hamann, « Sur un "sentiment" de souveraineté », p. 256.

<sup>31</sup> P. Conte, *op.cit.*, p. 113.

*outils conceptuels* »<sup>32</sup> et que le Conseil « *commet des contresens notionnels* »<sup>33</sup> lorsqu'il mobilise des notions du droit civil.

Ainsi, en l'absence de soubassement théorique solide et de maîtrise de certains concepts centraux de sa propre jurisprudence ou des branches du droit, le Conseil apparaît incapable d'identifier les véritables enjeux, en particulier juridiques, de son contrôle. La Haute instance semble condamnée à l'approximation et à la production d'une jurisprudence assez pauvre qui présente peu d'intérêt pour la doctrine et les praticiens du droit, en particulier lorsqu'on la compare à la jurisprudence des cours suprêmes françaises ou européennes. Certains ne manqueront pas d'opposer le fait que le juge n'est pas là pour produire une pensée juridique, mais seulement pour trancher le litige qui lui est présenté. Si on peut entendre un tel argument lorsqu'il vise un tribunal d'instance ou un tribunal administratif, on ne peut guère s'en satisfaire lorsqu'est en cause une juridiction constitutionnelle qui a la prétention de « découvrir » de nouvelles normes constitutionnelles et de faire de sa jurisprudence des normes de références du contrôle de constitutionnalité. En outre, par le phénomène de constitutionnalisation, la jurisprudence constitutionnelle est susceptible d'irriguer l'ensemble des branches du droit. Ses décisions s'imposent aux juridictions ordinaires et influencent à bien des égards la législation<sup>34</sup>. On ne peut donc se satisfaire d'une maîtrise très approximative des concepts par le juge constitutionnel. D'autres pointeront le fait que le Conseil n'est pas en mesure de conduire un tel travail conceptuel au regard des délais très courts auxquels il est tenu (un mois dans le contrôle *a priori* et trois mois dans le contrôle *a posteriori*) et de sa charge de travail considérable. Mais comme nous l'évoquerons<sup>35</sup>, si les délais sont contraints, l'organisation même du Conseil favorise l'absence de réflexion collective.

Enfin, une troisième clef d'explication à ce bilan mitigé de la constitutionnalisation des branches du droit par la jurisprudence constitutionnelle est certainement la perception, par un certain nombre d'auteurs, que le juge constitutionnel tend à forcer une forme d'uniformisation des branches du droit. En d'autres termes, qu'il applique les principes généraux de sa jurisprudence, uniformisant ainsi les solutions, sans toujours prendre en considération les enjeux propres à telle ou telle branche du droit. Un exemple topique qui souligne ce phénomène est celui de la saisine d'office des tribunaux de commerce. Dans plusieurs décisions, le Conseil constitutionnel a censuré la possibilité pour les tribunaux de commerce de se saisir d'office de procédures de redressement judiciaire<sup>36</sup>, de liquidation judiciaire<sup>37</sup> ou d'un plan de sauvegarde judiciaire<sup>38</sup>. Dans ces décisions, il a fait application d'une nouvelle jurisprudence en matière d'impartialité selon laquelle « *en principe une juridiction ne saurait disposer de la faculté d'introduire de sa propre initiative une instance au terme de laquelle elle prononce une décision revêtue de l'autorité de chose jugée* »<sup>39</sup>. Toutefois, en faisant application de cette jurisprudence

---

<sup>32</sup> D. Fenouillet, *op.cit.*, p. 30.

<sup>33</sup> *Ibid.*, p. 31.

<sup>34</sup> Qu'il nous soit permis de renvoyer à S. Benzina, *L'effectivité des décisions QPC du Conseil constitutionnel*, LGDJ, coll. « Bibliothèque constitutionnelle, 2017, t. 148, pp. 363 et s.

<sup>35</sup> V. *infra*.

<sup>36</sup> CC, n° 2012-286 QPC du 7 décembre 2012, *Société Pyrénées services et autres [Saisine d'office du tribunal pour l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire]*

<sup>37</sup> CC, n° 2013-368 QPC du 7 mars 2014, *Société Nouvelle d'exploitation Sthrau hôtel [Saisine d'office du tribunal pour l'ouverture de la procédure de liquidation judiciaire]*

<sup>38</sup> CC, 2013-372 QPC du 7 mars 2014, *M. Marc V. [Saisine d'office du tribunal pour la résolution d'un plan de sauvegarde ou de redressement judiciaire]*

<sup>39</sup> CC, n° 2012-286 QPC, *ibid.*, (§ 4).



aux tribunaux de commerce en matière de procédures collectives, le Conseil ne semble pas avoir perçu les spécificités de ce contentieux et du domaine dans lequel il intervient. En effet, comme le rappelle F-X. Lucas, « *En matière de procédure collective, non seulement il ne faut pas s'inquiéter d'un risque de pré-jugement (...), mais il faut au contraire se féliciter que ce soient les mêmes juges qui connaissent des différentes étapes de la faillite et tranchent toutes les difficultés intéressant une entreprise dont ils connaîtront d'autant mieux les difficultés qu'ils les auront traitées tout au long de la procédure* »<sup>40</sup>. Il en conclut que « *si le Conseil constitutionnel avait mieux pris en compte cette singularité, il aurait sans doute statué différemment et n'aurait pas abrogé ce dispositif de saisine d'office que les spécialistes de la matière s'accordent à regretter* »<sup>41</sup>. Cet exemple montre combien il est gênant qu'un juge puisse, sans avoir mené de réflexion approfondie et sans avoir de connaissance suffisante du contexte et des enjeux spécifiques à chaque branche du droit, rayer d'un trait de plume ce qu'a produit le législateur au moyen d'un long travail long parsemé de débats et d'auditions d'experts.

Les différentes contributions dépeignent par conséquent une image de la constitutionnalisation des branches du droit en rupture avec les présentations souvent favorables du phénomène avancées par la doctrine. Mais les auteurs ne se limitent pas à faire le bilan de cette constitutionnalisation dans leur branche du droit respective. De manière convergente, ils pointent les méthodes et l'organisation du Conseil comme étant à l'origine des faiblesses structurelles de la jurisprudence constitutionnelle.

## II. Des méthodes et une organisation du Conseil constitutionnel inadaptées

La faiblesse de la jurisprudence constitutionnelle trouverait une partie de son origine dans le fait que le raisonnement du Conseil constitutionnel apparaît trop peu intelligible, à nombre de juristes, pour être transposable à leur discipline. Comment la jurisprudence constitutionnelle pourrait-elle irriguer l'ensemble des branches du droit si elle n'est pas comprise ? La compréhension du raisonnement du juge constitutionnel est entravée par une motivation, structurée autour d'un syllogisme sommaire, considérée comme très largement insuffisante. Nombre des auteurs mettent en effet en cause une motivation se résumant à « *asséner des vérités* »<sup>42</sup>, d'autres la qualifient de « *médiocre* »<sup>43</sup> et « *fragile* »<sup>44</sup>, de « *laconique* »<sup>45</sup>, de « *lapidaire* »<sup>46</sup> ou encore « *d'opaque et sibylline* »<sup>47</sup>. Cette question des défauts de la motivation des décisions du Conseil constitutionnel est ancienne<sup>48</sup> et n'a pas été résolue par les changements cosmétiques introduits en 2016 qui ont supprimé la structure en « *considérants* ». Mais il nous semble que les défauts de motivation des décisions du Conseil constitutionnel ne sont en réalité que le reflet du raisonnement juridique parfois peu assuré de cette juridiction. En

---

<sup>40</sup> F.-X. Lucas, *op.cit.*, p. 94.

<sup>41</sup> *Ibid.*

<sup>42</sup> P. Conte, *op.cit.*, p. 118.

<sup>43</sup> F.-X. Lucas, *op.cit.*, p. 108.

<sup>44</sup> *Ibid.*, p. 110.

<sup>45</sup> O. Beaud, *op.cit.*, p. 177.

<sup>46</sup> E. de Crouy-Chanel, « La portée conférée par le Conseil aux décisions qu'il rend en matière fiscale », p. 323.

<sup>47</sup> A. Hamann, « « Sur un "sentiment" de souveraineté », p. 256.

<sup>48</sup> V. sur ce sujet : D. Baranger, « Sur la manière française de rendre la justice constitutionnelle. Motivations et raisons politiques dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Jus Politicum*, 2012, n° 7.

l'absence d'une parfaite maîtrise de l'ensemble des enjeux juridiques de l'affaire dont il est saisi, le Conseil semble en être réduit à donner une réponse *a minima* afin d'éviter que les fragilités du raisonnement juridique apparaissent au grand jour. *L'imperatoria brevitatis* cache alors l'incertitude du raisonnement. Il n'est donc pas surprenant que certains des auteurs estiment que le Conseil constitutionnel ne raisonne pas entièrement comme une juridiction, mais semble partir de la solution (conformité ou inconstitutionnalité) puis essaye plus ou moins laborieusement d'apporter une justification juridique à cette décision<sup>49</sup>. Ainsi, en motivant insuffisamment ses décisions et en ne laissant que peu entrevoir la logique qui sous-tend son raisonnement, le Conseil prête le flanc aux accusations de « *partis pris politiques* »<sup>50</sup>, de « *juridiction politique* »<sup>51</sup> ou encore d'« *organe politique* »<sup>52</sup>.

Au-delà de cette première explication, plusieurs auteurs soulignent que la faiblesse de la jurisprudence constitutionnelle est la conséquence de la manière dont elle est confectionnée. Pour un certain nombre des contributeurs<sup>53</sup>, une première entrave à la production d'une jurisprudence constitutionnelle de qualité est la composition hautement critiquable du Conseil constitutionnel. Les qualifications juridiques n'étant pas le critère de sélection des autorités de nomination, les personnes nommées sont très rarement des juristes reconnus. Or, comme le note O. Beaud, les carences conceptuelles de la jurisprudence constitutionnelles sont très largement dues au fait qu'il n'y a le plus souvent au Conseil « *aucun juriste de droit public généraliste du type de Georges Vedel ou de François Luchaire en mesure de distinguer et sérier les problèmes juridiques* »<sup>54</sup>. Il apparaît en effet évident que la jurisprudence constitutionnelle ne peut être à la hauteur dès lors que ceux qui sont censés produire les décisions n'en maîtrisent pas les éléments centraux, n'ont pas de vaste culture juridique et/ou ne sont pas familiers des techniques et raisonnement juridiques. Serait-on surpris qu'un pont s'effondre si les ingénieurs qui l'ont conçu avaient appris les techniques en la matière sur le tas et le tard ?

D'autant que la composition singulière du Conseil constitutionnel conduit à ce que son organisation et son fonctionnement soit quelque peu baroque. La Haute instance dispose en effet d'un « petit » service juridique, composé principalement de quatre agents, chapeauté par le secrétaire général du Conseil, et chargé d'assister les membres dans l'instruction des dossiers dont ils ont la charge. Les membres ne disposent en effet pas d'assistants personnels, mais dépendent tout entier du service juridique<sup>55</sup>. Les bons connaisseurs du Conseil constitutionnel savent que loin de se limiter à assister les membres, le service juridique et le secrétaire général jouent un rôle décisif dans la production de la jurisprudence constitutionnelle, car ses agents sont censés avoir les connaissances juridiques et les compétences techniques qui font défaut à nombre de membres. Un contributeur souligne en ce sens « *l'emprise du secrétaire général et de l'équipe juridique qu'il contrôle* » qui tend à « *relégu[er] le rôle des membres à un rôle souvent subalterne* »<sup>56</sup>. Il faut en effet rappeler que lorsque le Conseil est saisi d'une disposition

---

<sup>49</sup> D. Fenouillet, *op.cit.*, p. 51 ; P. Conte, *op.cit.*, p. 118.

<sup>50</sup> D. Fenouillet, *ibid.*, p. 52.

<sup>51</sup> P. Conte, *ibid.*, p. 115.

<sup>52</sup> O. Beaud, *op.cit.*, p. 226.

<sup>53</sup> D. Fenouillet, *op.cit.*, p. 62 ; F.-X. Lucas, *op.cit.*, p. 96 ; O. Beaud, *op.cit.*, p. 222.

<sup>54</sup> O. Beaud, *ibid.*, p. 213.

<sup>55</sup> V. J.-E. Schoettl, « Ma cinquantaine rue de Montpensier », *CCC*, 2009, n° 25, pp. 47-57, spé. p. 49. L'ancien secrétaire général témoigne que « *ce faible effectif n'en surprend pas moins les nouveaux membres du Conseil qui découvrent (parfois avec quelque déception), en prenant leurs fonctions, qu'à la différence de leurs homologues étrangers, ils n'auront pas de collaborateurs attirés* ».

<sup>56</sup> O. Beaud, *ibid.*, p. 223.

législative, dans le cadre du contrôle *a priori* ou *a posteriori*, le service juridique produira une première « note » comprenant les enjeux de l'affaire, la jurisprudence applicable ainsi qu'un projet de décision. Cette note est rédigée au sein du service juridique et le plus souvent diffusée aux membres du Conseil avant même que le rapporteur ait commencé son instruction et ait pu se forger une opinion autonome<sup>57</sup>. Ce qui signifie que, sauf exception, le cadre juridique et conceptuel de l'affaire est d'ores et déjà fixé par le service juridique. La note envoyée par le service juridique sera la base de discussion de l'affaire et de la solution finalement rendue. En outre, le service juridique ayant un temps très contraint au regard de sa petite taille et de la charge de travail considérable à laquelle il fait face, il est rarement disponible pour véritablement assister les membres du Conseil qui ne seraient pas rapporteur de l'affaire en question. Autrement dit, si un membre veut se faire un avis autonome sur une affaire, il ne peut compter que sur son propre travail et ses propres compétences juridiques.

Cette organisation, très éloignée du modèle des cours constitutionnelles européennes, revêt un avantage considérable : elle permet d'arriver dans un délai très court à une solution qui apparaîtra dans l'ensemble en phase avec la jurisprudence constante du Conseil constitutionnel<sup>58</sup>. Mais elle présente également un défaut de taille : elle ne permet pas la production d'une jurisprudence conceptuellement et juridiquement solide. Si elle assure que les membres du Conseil s'en tiennent à la jurisprudence passée<sup>59</sup>, perçue comme gage de crédibilité du juge constitutionnel, l'organisation n'est pas de nature à permettre le débat d'idées nécessaire à tout travail intellectuel. Sans doute, cette absence de véritable contradiction est due en partie aux délais encadrant le contrôle de constitutionnalité qui contraignent la juridiction à toujours travailler dans la précipitation. Mais elle est aussi causée par l'impossibilité en pratique de mener de tels débats au regard de la centralisation de la connaissance juridique au sein du service juridique et l'absence de moyens pour les membres de se faire un avis indépendant<sup>60</sup>. Comment un membre pourrait-il s'opposer en quelques semaines à la position du rapporteur ou du service juridique alors même qu'il ne dispose d'aucun moyen personnel pour mener un travail en ce sens et que les contentieux sont de plus en plus complexes depuis l'introduction de la QPC ? D'autant, que ce même membre doit instruire les dossiers dont il est lui-même rapporteur. Lorsque des débats ont tout de même lieu lors du délibéré, ils ne sont pas nécessairement gage de qualité. Ainsi, une contributrice relève « *une forme de dialogue de sourds lorsque, au cours d'une même séance, on voit ses membres se répondre, mais sans pour autant parler de la même chose ni l'appréhender de la même manière* »<sup>61</sup>. Par ailleurs, ces débats n'influencent pas nécessairement la décision elle-même. Comme le note un auteur, il existe « *un hiatus évident entre le contenu de la délibération et le contenu de la décision, finalement retenu* »<sup>62</sup>. Les débats tenus durant le délibéré peuvent en outre éluder les aspects

---

<sup>57</sup> V. plus généralement sur ce sujet : D. Schnapper, *Une sociologue au Conseil constitutionnel*, Gallimard, coll. « nrf essais », 2010, p. 286. L'auteure souligne que « *la première rédaction du projet de décision est élaborée lors d'une discussion de travail interne entre le secrétaire général et les membres du service juridique avant même d'être discutée avec le rapporteur* ».

<sup>58</sup> Tout du moins, c'est l'argument avancé par certains secrétaires généraux du Conseil, voir par ex. : J.-E. Schoettl, « *Ma cinquantaine rue de Montpensier* », *op.cit.*, pp. 48 et s.

<sup>59</sup> O. Beaud, *op.cit.*, p. 225. L'auteur note en ce sens que « *Le plus surprenant est de voir le secrétaire général intervenir pour rappeler aux membres du Conseil non seulement la jurisprudence du Conseil d'État, mais aussi leur propre jurisprudence* ».

<sup>60</sup> V. sur ce sujet : D. Schnapper, *op.cit.*, pp. 282 et s. ; P. Wachsmann, « *Sur la composition du Conseil constitutionnel* », *Jus Politicum*, 2010, n° 5.

<sup>61</sup> A. Hamann, *op.cit.*, p. 241.

<sup>62</sup> O. Beaud, *ibid.*, p. 183.

les plus centraux de la décision. Un contributeur souligne par exemple que « *l'observateur extérieur ne peut qu'être frappé par le fait que le compte-rendu de la délibération du Conseil constitutionnel ne permet absolument pas de savoir pourquoi il a été décidé de consacrer le principe fondamental reconnu par les lois de la République relatif à la protection de la propriété immobilière : il n'en est, tout simplement, pas question* »<sup>63</sup>.

La dépendance des membres à l'égard du service juridique est structurellement organisée : les présidents et les secrétaires généraux successifs du Conseil se sont systématiquement opposés à ce que les membres puissent se voir affecter des assistants juridiques comme dans les autres cours constitutionnelles européennes<sup>64</sup>. On voit évidemment l'intérêt qu'il y a pour le président du Conseil, qui dispose par ailleurs du pouvoir de choisir les rapporteurs de chaque affaire, et pour le secrétaire général, à maintenir une telle organisation. Comme le note un des auteurs : « *c'est sur ce duo que repose, en réalité, le fonctionnement du Conseil constitutionnel* »<sup>65</sup>. Mais cette organisation, essentiellement justifiée par des stratégies de pouvoirs, conduit à ce que les décisions du Conseil ne soient pas le terrain d'une confrontation d'idées entre membres, fondée sur des pensées et des conceptions juridiques que ceux-ci auraient pu se forger et étayer de manière autonome. Il en résulte que la jurisprudence constitutionnelle apparaît à de nombreux contributeurs comme juridiquement et conceptuellement faible justement parce que la manière dont elle est produite laisse peu de place ... aux conceptualisations juridiques !

Enfin, s'il existe une doctrine abondante sur la composition du Conseil constitutionnel, celle-ci est beaucoup plus rare sur la composition du service juridique alors même que ce dernier joue un rôle déterminant dans la production de la jurisprudence constitutionnelle. Un des contributeurs, P. Conte, estime justement que c'est cette composition qui est en partie responsable des défauts de la jurisprudence constitutionnelle. Il estime en effet que ces « *petites mains* », « *peu rompues aux catégories du droit privé [sont] portées à les mal comprendre, voire à les dénaturer* »<sup>66</sup>. La composition du service juridique n'a effectivement rien d'évidente. Ce service est constitué de deux magistrats (judiciaire et administratif) et de deux administrateurs (Assemblée nationale et Sénat) auquel il faut adjoindre le secrétaire général qui est de manière quasi-constante un membre du Conseil d'État. Les membres du service juridique, dont les noms sont rarement connus même des spécialistes, n'ont en général qu'une expérience et une connaissance très limitées du droit et du contentieux constitutionnels avant d'arriver au Conseil. On notera dans le même sens que le droit privé et le droit pénal sont mal représentés dans le service juridique dans la mesure où seul le magistrat judiciaire en est un spécialiste, alors même que le phénomène de constitutionnalisation touche par priorité ces branches du droit. En outre, il existe une très grande opacité sur les conditions de nomination des membres de ce service, en particulier sur les critères de compétence retenus par le président du Conseil et le secrétaire général. En tout état de cause, les membres du service juridique doivent souvent se familiariser à la jurisprudence constitutionnelle « sur le tas » ainsi qu'aux différentes branches du droit qu'elle affecte, avec en sus une charge de travail particulièrement conséquente. À moins de supposer que l'ensemble des membres du service juridique sont des surhommes nietzschéens, il apparaît évident que l'absence de connaissance préalable du droit

---

<sup>63</sup> P. Wachsmann, « Le Conseil constitutionnel et le principe de séparation des autorités administrative et judiciaire », p. 313.

<sup>64</sup> Pour une tentative de justification de ce refus voir : J.-E. Schoettl, « Ma cinquantaine rue de Montpensier », *op.cit.*, p. 49

<sup>65</sup> O. Beaud, *ibid.*, p. 222.

<sup>66</sup> P. Conte, *op.cit.*, p. 214.

constitutionnel et de la jurisprudence du Conseil ainsi que le rythme de travail soutenu sont peu propices à un travail de réflexion juridique approfondi et à une parfaite rigueur dans la manipulation des diverses catégories juridiques.

Pour conclure, l'ouvrage *La jurisprudence du Conseil constitutionnel et les différentes branches du droit : Regards critiques* se révèle une source très riche d'enseignements sur l'état et les difficultés posées par la constitutionnalisation des branches du droit. Si chaque spécialiste s'est intéressé à l'impact de la jurisprudence constitutionnelle sur sa seule branche du droit, la lecture de l'ensemble des contributions souligne à quel point les analyses des auteurs convergent sur un même constat : la constitutionnalisation des branches du droit par la jurisprudence constitutionnelle est d'un intérêt limité parce que cette jurisprudence est globalement de faible qualité. Cet ouvrage est donc important, car il met à mal le discours défendu par certains membres du Conseil ou de la doctrine autorisée selon lequel malgré sa composition, son organisation et les contraintes temporelles pesant sur le contrôle de constitutionnalité, la Haute instance arriverait à être efficace et à produire une jurisprudence de qualité garantissant les droits et libertés des individus. Les auteurs de cet ouvrage ont au contraire démontré que si le Conseil constitutionnel réussit à remplir les missions qui lui sont confiées par la Constitution, ce n'est qu'au prix d'un grand renoncement : celui de produire une jurisprudence digne d'une véritable juridiction constitutionnelle. Autant dire que la lecture de cet ouvrage apparaît indispensable pour toute personne qui s'intéresse à la jurisprudence constitutionnelle.