



HAL
open science

Le commentaire officiel du Conseil constitutionnel, outil de politique jurisprudentielle

Samy Benzina

► **To cite this version:**

Samy Benzina. Le commentaire officiel du Conseil constitutionnel, outil de politique jurisprudentielle. Joseph Aspiro Sedky; Raphaël Brett; Anne Michel; Nicolas Thiébaud. Les politiques jurisprudentielles : actes de la journée d'étude des jeunes chercheurs de l'Institut d'études de droit public (IEDP) [organisée le 22 novembre 2013 à la Faculté Jean Monnet de l'Université Paris-Sud], Mare et Martin, pp.85-102, 2015, Presses Universitaires de Sceaux, 978-2-84934-188-9. hal-02901101

HAL Id: hal-02901101

<https://hal.science/hal-02901101v1>

Submitted on 16 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.

Le commentaire officiel du Conseil constitutionnel, outil de politique jurisprudentielle*

par

Samy Benzina

Pour le juriste, la recherche et l'analyse des politiques jurisprudentielles menées par les différentes juridictions se fondent généralement sur les décisions du juge. Seules celles-ci sont revêtues de l'autorité de chose jugée et ont donc un caractère obligatoire. Ce n'est que par la systématisation, et souvent l'exégèse, de décisions de justice formatées par le concept de l'*imperatoria brevitatis* que le juriste peut dégager les orientations prises par le juge.

Toutefois, il est légitime de s'interroger sur la pertinence d'une telle limitation aux seules décisions du juge. Si seules ces dernières ont un caractère obligatoire, il est tout de même difficile d'appréhender un certain nombre de politiques jurisprudentielles sans analyser certains documents qui sont associés aux décisions de justice.

Un rapide tour d'horizon des juridictions suprêmes françaises permet de réaliser que les décisions du juge seraient difficilement intelligibles sans les commentaires autorisés, les conclusions des rapporteurs publics, du ministère public ou les communiqués de presse des juridictions¹. La décision du juge ne semble donc pas s'arrêter à son seul dispositif, mais s'étend sur différents supports que les nouvelles technologies ont contribué à multiplier.

Certains auteurs comme le professeur Pascale Deumier ont ainsi pu mettre en exergue l'importance des communiqués de presse de la Cour de cassation dans l'interprétation qui peut être faite de ses décisions². La publication des conclusions des rapporteurs publics dans des revues spécialisées telles que l'*AJDA* et la *RFDA* procède de la même volonté de communication des juridictions administratives.

Mais dans cette nébuleuse de documents, que l'on pourrait qualifier de complémentaires à la décision du juge, l'un d'entre eux se singularise : le commentaire de décision du Conseil

* Etude publiée dans *Les politiques jurisprudentielles*, Actes du colloque du 22 novembre 2013 à l'Université Paris Sud, Mare et Martin, coll. « Presses Universitaires de Sceaux », 2016, pp. 85-102.

¹ V. les communiqués fréquents de la Cour de cassation ou du Conseil d'État qui sont désormais diffusés sur leur site internet et *via* les réseaux sociaux.

² P. Deumier, « Les communiqués de la Cour de cassation : d'une source d'information à une source d'interprétation », *RTD civ.*, 2006, n° 3, p. 506.

constitutionnel. Concernant le concept de commentaire, la doctrine utilise encore les termes de commentaire aux *Cahiers*³. Cela s'explique par l'origine de ces commentaires officiels, nés avec les *Cahiers du Conseil constitutionnel* en 1996. Mais ces commentaires ne sont plus publiés dans la revue officielle du Conseil depuis la création des *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* en octobre 2010.

Il est important ici de distinguer ces commentaires, des communiqués de presse du Conseil constitutionnel qui n'ont pas la portée interprétative qu'ont ceux de la Cour de cassation. Les communiqués se contentent généralement de reprendre les éléments de fait et le dispositif de la décision. Pour reprendre la distinction opérée par le professeur Mathieu Disant⁴ entre la doctrine autorisée, qui est celle qu'un membre de la juridiction produit dans une revue juridique, et la doctrine officielle qui est le commentaire de la juridiction sur sa propre décision, nous utiliserons ici le concept de commentaire officiel pour se référer à ces « autocomentaires » du Conseil constitutionnel.

Il faudra donc s'intéresser à ces commentaires officiels qui accompagnent désormais systématiquement les décisions du Conseil constitutionnel. Ces commentaires font partie d'un dispositif plus général mis en œuvre par le Conseil constitutionnel pour faire connaître sa jurisprudence⁵. Le Conseil constitutionnel, avant la création de ses *Cahiers*, communiquait principalement par la voie de son secrétaire général et de manière plutôt parcimonieuse. On se souvient surtout de la chronique de jurisprudence constitutionnelle de Bruno Genevois à l'*Annuaire international de justice constitutionnelle* lorsqu'il était secrétaire général du Conseil constitutionnel. D'autres secrétaires généraux ont pu également rédiger des chroniques ponctuelles dans l'*AJDA*⁶.

³ Pour des exemples récents : R. Noguellou, « Les droits de propriétés publiques, aspects constitutionnels récents », *AJDA*, 2013, n° 17, p. 991 ; P. Delvolvé, « Constitution et société », *RFDA*, 2013, n° 5, p. 923 ; G. Drago, « La loi et l'étendue du contrôle du Conseil constitutionnel », *RFDA*, 2013, n° 5, p. 937.

⁴ M. Disant, *L'autorité de la chose interprétée par le Conseil constitutionnel*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », Tome 135, 2010, p. 175 et s.

⁵ J.-E. Schoettl, « Les coulisses du contrôle de constitutionnalité en France », *Justice et Cassation*, 2007, p. 168 ; « Ma cinquantaine rue de Montpensier », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2009, n° 25, p. 54. L'ancien secrétaire général du Conseil constitutionnel évoque un dispositif de « service après-vente » des décisions du Conseil constitutionnel dont les commentaires font partie.

⁶ Il faut noter que les secrétaires généraux publiant dans des revues le font au titre de leur précédente fonction, en général conseiller d'État. V. par exemple les nombreuses chroniques de J.-E. Schoettl entre 2000 et 2007, l'une des premières : « Décisions du Conseil constitutionnel relatives aux élections », *AJDA*, 1997, n° 9, p. 684 ; l'une des dernières : « Rejet de la première demande de « déclassement » présentée par une collectivité d'outre-mer », *AJDA*, 2007, n° 20, p. 1076.

Le véritable point de rupture dans la politique de communication du Conseil constitutionnel va se produire à l'occasion de la décision de censure n° 93-325 DC du 13 août 1993 relative au droit d'asile⁷. En effet, après cette décision on sait à quel point le Conseil constitutionnel fut attaqué par le Gouvernement dirigé alors par Edouard Balladur⁸. Mais c'est surtout l'interprétation faite par les adversaires de la décision, très éloignée de sa portée réelle, qui fit réaliser au Conseil constitutionnel la nécessité de maîtriser celle-ci. Or, le Conseil ne disposait à l'époque d'aucun moyen institutionnel ou juridique d'opérer un tel contrôle. Le président du Conseil constitutionnel d'alors, Robert Badinter, alla même jusqu'à rédiger une tribune dans le journal *Le Monde* pour rappeler le rôle de son institution⁹. Après cette décision, il semblait indispensable au Conseil de mieux communiquer sur ses décisions. Cette réflexion aboutira à la création en 1996 d'une revue semestrielle : les *Cahiers du Conseil constitutionnel*.

Ces *Cahiers du Conseil constitutionnel* deviennent la revue juridique officielle du Conseil constitutionnel dans laquelle une première partie « Décisions et documents du Conseil constitutionnel » va comprendre des commentaires qualifiés à l'origine d'« analyses sommaires »¹⁰. Au-delà des événements qui ont mené à la production de tels commentaires, ceux-ci ont été rendus indispensables par la conjonction de plusieurs facteurs.

Tout d'abord, la forme des décisions du Conseil constitutionnel est, pour reprendre la formule du professeur Denis Baranger, « hyperformaliste »¹¹. Elle est une reprise de celle des décisions du Conseil d'État, avec les limites qui y sont inhérentes. Or, contrairement au Conseil d'État, le Conseil constitutionnel juge la loi qui a une légitimité plus importante que le règlement et surtout un contenu plus politique. La nécessité d'une motivation voire d'une explication est donc encore plus indispensable dans les décisions du juge constitutionnel. Il suffit d'ailleurs de comparer une décision du Conseil constitutionnel avec celle du juge

⁷ C. const., déc. n° 93-325 DC du 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*, Rec. p. 224.

⁸ V. le discours du Premier ministre devant le Congrès. Intervention de M. Edouard Balladur devant le Congrès du Parlement, 19 novembre 1993, *JO* du 20 novembre 1993, p. 5 : « Depuis que le Conseil constitutionnel a décidé d'étendre son contrôle au respect du préambule de la Constitution, cette institution est conduite à contrôler la conformité de la loi au regard de principes généraux parfois plus philosophiques et politiques que juridiques, quelquefois contradictoires et, de surcroît, conçus parfois à des époques bien différentes de la nôtre. Certains pensent même qu'il lui est arrivé de les créer lui-même. Plutôt que de laisser au législateur un large pouvoir d'interprétation de ces principes, le Conseil constitutionnel a préféré en définir lui-même et très précisément le contenu et indiquer au Gouvernement et aux juges administratifs ou judiciaires comment la loi votée par le Parlement doit être appliquée, allant parfois loin dans le détail ».

⁹ R. Badinter, « Le pouvoir et le contre-pouvoir », *Le Monde*, 23 novembre 1993, p. 8.

¹⁰ Il faudra attendre le n° 25 des *Cahiers du Conseil constitutionnel* de novembre 2008 pour que ces « analyses sommaires » prennent le nom officiel de « commentaires ».

¹¹ 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, p. 5.

constitutionnel allemand ou italien pour réaliser que la motivation du Conseil est quelque peu sommaire voire parfois inexistante. La rigidité de la phrase unique ne semble pas permettre une véritable motivation. Cela explique en partie la tendance du Conseil à recourir à un support externe pour expliquer ou développer une jurisprudence constitutionnelle.

L'ancien secrétaire général du Conseil constitutionnel, Jean-Éric Schoettl donne, lui aussi, quelques explications à la nécessité de tels commentaires¹². On peut citer l'absence de conclusions d'un rapporteur public donnant des explications sur le raisonnement du juge. Ou encore les délais très stricts dans lesquels est enfermé le Conseil constitutionnel, l'empêchant ainsi de développer une meilleure motivation. Mais ces explications sont peu convaincantes, si le Conseil a le temps de rédiger de tels commentaires, rien ne l'empêcherait de mieux motiver ses décisions. Par ailleurs, la nécessité de lire les conclusions d'un rapporteur public procède de cette difficulté initiale de comprendre des décisions parfois très elliptiques causées par une motivation plus que lacunaire.

Il nous semble que le développement de ces commentaires officiels résulte avant tout de l'avantage majeur qu'ils procurent au Conseil constitutionnel et du peu de risque qu'entraîne leur utilisation. Ils lui permettent d'expliquer sa décision voire parfois d'ajouter à celle-ci tout en maîtrisant l'interprétation de sa jurisprudence sans être contraint par le formalisme des décisions juridictionnelles.

Ces commentaires ne sont donc pas simplement des explications de texte faites par le Conseil constitutionnel, mais un réel support à sa politique jurisprudentielle. Or, ces commentaires posent un certain nombre de difficultés. Tout d'abord, dans quelle mesure les commentaires complètent-ils la décision ? Permettent-ils réellement d'appréhender le raisonnement du juge ? Ne sont-ils pas une opportunité pour le Conseil constitutionnel d'externaliser des motifs qui devraient se trouver dans la décision elle-même ? Ensuite, ces commentaires interrogent quant à leur portée, à travers l'utilisation croissante qui en est faite par les acteurs du procès et la doctrine. Afin de tenter d'appréhender ces commentaires, il faudra s'intéresser à cette notion de commentaire officiel du Conseil constitutionnel (I) avant d'apprécier leur portée (II).

¹² J.-E. Schoettl, « Les coulisses du contrôle de constitutionnalité en France », *loc. cit.*, p. 168 ; « Ma cinquantaine rue de Montpensier », *loc. cit.*, p. 54.

I. La notion de commentaire officiel des décisions du Conseil constitutionnel

Les incertitudes entourant l'élaboration des commentaires officiels des décisions du Conseil constitutionnel (A) sont d'autant plus problématiques que ceux-ci sont de véritables outils d'externalisation de la jurisprudence de la Haute instance (B).

A. L'élaboration des commentaires officiels

1. La confection des commentaires

À l'origine, il se passait plusieurs mois entre la publication des commentaires dans les *Cahiers du Conseil constitutionnel* et la décision, dans la mesure où les *Cahiers* n'étaient que bimensuels. Toutefois, l'émergence d'internet et des nouvelles technologies a permis au Conseil constitutionnel de publier simultanément la décision et le commentaire de cette décision. Il est donc extrêmement probable que, eu égard aux délais contraints auxquels est soumise la Haute instance¹³, le commentaire de la décision soit rédigé concomitamment à la décision elle-même. Le commentaire n'est donc pas une analyse *a posteriori* de la décision mais une explication développée pendant la résolution du litige constitutionnel.

Dès le départ, les commentaires ont été conçus par le Conseil comme un moyen de maîtriser l'interprétation de ses décisions. Cela est d'autant plus important pour la juridiction constitutionnelle qu'elle ne dispose pas de moyen pour contrôler l'application sa jurisprudence. En diffusant ces commentaires, elle évite par là même une multiplication des interprétations contradictoires et divergentes de ses décisions.

Il est d'ailleurs intéressant de souligner que le commentaire officiel n'est pas signé. Selon Régis Fraisse, ancien chef du service juridique du Conseil constitutionnel, le service juridique est chargé de la « *rédaction avec le secrétaire général des Commentaires des décisions en vue d'une publication dans les Cahiers du Conseil constitutionnel* »¹⁴. Ce ne sont donc pas les membres du Conseil qui le rédigent. Étant donné le contenu des commentaires des

¹³ Dans le cadre du contrôle *a priori*, l'article 61 de la Constitution dispose que : « *Dans les cas prévus aux deux alinéas précédents, le Conseil constitutionnel doit statuer dans le délai d'un mois* ». Dans le cadre du contrôle *a posteriori*, l'article 23-10 de l'ordonnance organique n°58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel dispose que : « *Le Conseil constitutionnel statue dans un délai de trois mois à compter de sa saisine* ».

¹⁴ R. Fraisse, , « Intervention du responsable du service juridique du Conseil constitutionnel français », p. 14, in *La contribution des services juridiques à la prise de décision des cours constitutionnelles*, Conférence des secrétaires généraux des cours constitutionnelles européennes tenue à Bled, Slovénie, les 29 et 30 septembre 2005, accessible sur le site du Conseil constitutionnel à l'adresse suivante : http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/20050930.pdf

décisions du Conseil, cet anonymat pose une difficulté majeure : qui est l'auteur réel du commentaire ? Si le commentaire est rédigé par le service juridique, dans quelle mesure les membres du Conseil eux-mêmes supervisent-ils le contenu de celui-ci ? Le rapporteur de la décision est-il informé du contenu des commentaires avant leur publication ?

Quelles que soient les réponses données à ces questions, dès lors que les commentaires ne sont pas délibérés par le Conseil en séance plénière, la question de la légitimité de commentaires qui ajoutent parfois à la décision elle-même se pose avec une certaine acuité.

2. La structure des commentaires

Qualifiés à l'origine d' « analyses sommaires », les commentaires sont devenus de véritables analyses comprenant parfois plusieurs dizaines de pages. S'ils ne suivaient pas dans un premier temps un formalisme particulier, ils sont désormais très structurés et reprennent un plan stéréotypé : une première partie est consacrée à la loi ou à la disposition législative contestée. Le commentaire retrace la procédure, l'historique de la disposition et le contexte. La deuxième partie est consacrée à l'examen de la constitutionnalité.

Le commentaire est structuré de telle manière que sa seule lecture permet de comprendre la décision sans avoir lu celle-ci. Il est très pédagogique, reprend la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur le sujet, explique son application en l'espèce. Alors que la décision du Conseil est difficilement intelligible pour les non- spécialistes, le commentaire peut être lu par des non- juristes. Il est donc un moyen performant de diffusion de la jurisprudence du Conseil constitutionnel à un cercle beaucoup plus large que les seuls destinataires originaux des décisions de la Haute instance.

Par ailleurs, alors que la décision du Conseil affirme sans réelle démonstration, ou lorsqu'une telle démonstration est présente, celle-ci est souvent tautologique, le commentaire est rédigé sous forme explicative, avec une structure proche d'un commentaire universitaire. D'ailleurs, la doctrine universitaire est régulièrement citée dans les commentaires à l'appui du raisonnement tenu¹⁵.

¹⁵ Pour des exemples significatifs voir les commentaires des décisions suivantes: CC, n° 2011-201 QPC, 2 décembre 2011, *Consorts D. (Plan d'alignement)*, Rec. p. 563 ; CC., déc. n° 2012-289 QPC, 17 janvier 2013, *M. Laurent D. [Discipline des médecins]*, JO du 18 janvier 2013 p. 1294 ; CC, n° 2012-297 QPC, 21 février 2013, *Association pour la promotion et l'expansion de la laïcité [Traitement des pasteurs des églises consistoriales dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle]*, JO du 23 février 2013 p. 3110.

Cependant, le problème majeur que posent les commentaires des décisions du Conseil constitutionnel est qu'ils n'ont pas exclusivement une fonction explicative et interprétative de la décision de la Haute instance. Dans cette hypothèse, ils seraient un outil assez performant d'affirmation des politiques jurisprudentielles menées par le Conseil. La difficulté réside dans le fait que les commentaires peuvent eux-mêmes conduire des politiques jurisprudentielles en ajoutant des éléments qui auraient dû se trouver dans la décision.

B. Le commentaire, outil d'externalisation de la jurisprudence du Conseil constitutionnel

1. La nécessité de se référer aux commentaires des décisions

Le commentaire des décisions du Conseil constitutionnel serait déjà relativement atypique dans le paysage juridictionnel français ou européen s'il se contentait d'être un commentaire strict de la décision. Mais le commentaire ne fait pas qu'interpréter la décision, il la complète parfois. Certains exemples permettent de souligner ce caractère additif des commentaires.

On peut tout d'abord citer la décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004¹⁶ dans laquelle le Conseil constitutionnel explique que seule une « disposition expresse » de la Constitution peut faire obstacle à l'exigence constitutionnelle de transposition des directives communautaires. Toutefois, le Conseil ne définit pas dans les motifs de sa décision la signification de « disposition expresse ». Il faut se référer au commentaire de la décision pour comprendre qu'il s'agit : « *non d'une construction jurisprudentielle, mais d'un énoncé constitutionnel explicite, ancré dans le "bloc de constitutionnalité", telle la définition du corps électoral politique donnée par l'article 3 de la Constitution de 1958 ou encore telle la formule figurant à l'article 6 de la Déclaration concernant les critères d'accès aux emplois publics* »¹⁷.

De même, la décision n° 2012-657 DC du 29 novembre 2012¹⁸ est un cas topique de l'hyperformalisme du Conseil constitutionnel. Deux griefs principaux étaient soulevés par les requérants : le non-respect de la procédure législative et l'absence de portée normative de la loi. Ces deux griefs étaient d'autant plus sérieux que d'une part, la loi avait été adoptée par le Sénat et l'Assemblée nationale avec près de dix ans d'écart. D'autre part, la loi ne faisait que créer

¹⁶ C. const., déc. n° 2004-496 DC du 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, Rec. p. 101.

¹⁷ Commentaire de la décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004, disponible à l'adresse suivante (p. 6) : http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2004496DCccc_496dc.pdf

¹⁸ C. const., déc. n° 2012-657 DC du 29 novembre 2012, *Loi relative à la reconnaissance du 19 mars comme journée nationale du souvenir et de recueillement à la mémoire des victimes civiles et militaires de la guerre d'Algérie et des combats en Tunisie et au Maroc*, Rec. p. 616.

une journée de commémoration et n'avait aucun effet normatif réel. Le Conseil précise même que ce jour de commémoration n'est ni férié ni chômé. On aurait pu penser que des griefs aussi sérieux auraient emporté certains développements. En réalité, le Conseil va déclarer la loi conforme à la Constitution en trois considérants très brefs. Il explique d'une part que « *la loi qui est déférée au Conseil constitutionnel a été examinée successivement dans les deux assemblées du Parlement et adoptée dans les mêmes termes conformément à l'article 45 de la Constitution ; que sa procédure d'adoption n'est en outre contraire à aucune autre disposition de la Constitution* » ; et d'autre part que : « *l'article 1^{er} de la loi déférée institue "une journée nationale du souvenir et de recueillement à la mémoire des victimes civiles et militaires de la guerre d'Algérie et des combats en Tunisie et au Maroc" ; que, selon son second article, cette journée "ni fériée ni chômée, est fixée au 19 mars, jour anniversaire du cessez-le-feu en Algérie" ; que ces dispositions, qui ne sont pas entachées d'inintelligibilité, ne méconnaissent aucune exigence constitutionnelle* ».

La motivation de cette décision étant quelque peu elliptique, il faut se référer aux commentaires pour comprendre pourquoi les griefs n'ont pas été reçus par le Conseil et ce qui l'a motivé à déclarer la disposition conforme. Concernant la procédure législative, il faut souligner que le Conseil ne répond, dans sa décision, qu'aux griefs relatifs à l'article 45 de la Constitution. Or, l'un des moyens les plus pertinents était celui de la violation des exigences constitutionnelles de clarté et sincérité des débats parlementaires tirées de l'article 3 de la Constitution et 6 de la Déclaration de 1789¹⁹.

Le commentaire de la décision palie cette lacune en consacrant des développements qui visent à répondre à ce grief. En substance, le commentaire estime que lesdites exigences constitutionnelles ne sont pas violées car « *il existe des moyens de s'opposer, en tout état de cause, à un "détournement" qui verrait le Sénat voter conforme un texte déjà adopté par l'Assemblée nationale avant son renouvellement et que l'Assemblée nationale, dans sa nouvelle composition, n'approuverait plus* »²⁰. On apprend par ailleurs que cette loi « *peut sembler*

¹⁹ C. const., déc. n° 2006-537 DC du 22 juin 2006, *Résolution modifiant le règlement de l'Assemblée nationale*, Rec. p. 67. Le Conseil juge : « *que l'instauration de tels délais est de nature à assurer la clarté et la sincérité du débat parlementaire, sans lesquelles ne seraient garanties ni la règle énoncée par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, aux termes duquel : "La loi est l'expression de la volonté générale..." , ni celle résultant du premier alinéa de l'article 3 de la Constitution, aux termes duquel : "La souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants..."* » (Cons. 10).

²⁰ Commentaire de la décision n° 2012-657 DC du 29 novembre 2013, disponible à l'adresse suivante (p. 6) : http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2012657DCccc_657dc.pdf

*d'avantage relever du domaine réglementaire que de celui de la loi »*²¹. On est donc dans un cas manifeste d'externalisation de la motivation du Conseil dans ses commentaires.

On rencontre la même difficulté dans la décision n° 2013-349 QPC du 18 octobre 2013²². Dans cette décision QPC, le Conseil constitutionnel oppose l'autorité de ses décisions au requérant dans la mesure où la disposition contestée avait déjà été examinée dans la décision n° 2013-672 DC du 13 juin 2013²³. Dans cette dernière, le juge constitutionnel a fait usage de la jurisprudence *État d'urgence en Nouvelle-Calédonie*²⁴ pour contrôler la conformité de l'article L. 912-1²⁵. Mais afin de moduler les effets de cette inconstitutionnalité, il juge que « *la déclaration d'inconstitutionnalité de l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale prend effet à compter de la publication de la présente décision ; qu'elle n'est toutefois pas applicable aux contrats pris sur ce fondement, en cours lors de cette publication* ». Se posait dès lors la question de l'effet de telles déclarations d'inconstitutionnalité sur l'existence de la disposition législative inconstitutionnelle. Il faut se référer au commentaire de la décision n° 2013-349 QPC pour comprendre que la solution adoptée : « *consiste à estimer que, dans le cadre des déclarations d'inconstitutionnalité "néo-calédoniennes", la disposition déclarée inconstitutionnelle n'est pas formellement abrogée mais est neutralisée et ne peut plus être appliquée par les autorités administratives ou juridictionnelles. Dans l'attente de son abrogation par le Parlement, la disposition demeure ainsi dans le corpus des lois promulguées tout en étant privée de toute force normative* ».

Autrement dit, le Conseil constitutionnel ne donne pas dans la décision n° 2013-672 DC la portée de sa déclaration d'inconstitutionnalité. Il est nécessaire de se référer au commentaire de la décision n° 2013-349 QPC pour comprendre que la décision a les effets d'une abrogation tout en ne supprimant pas pour autant la disposition législative de l'ordre juridique. L'un des

²¹ *Ibid.* p. 7.

²² C. const., déc. n° 2013-349 QPC du 18 octobre 2013, *Allianz IARD et autre (Autorité des décisions du Conseil constitutionnel)*, JO du 20 octobre 2013, p. 17279.

²³ C. const., déc. n° 2013-672 DC du 13 juin 2013, *Loi relative à la sécurisation de l'emploi*, JO du 16 juin 2013, p. 9976.

²⁴ C. const., déc. n° 85-187 DC du 25 janvier 1985, *Loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances*, Rec. p. 43. Le Conseil juge dans cette décision : « si la régularité au regard de la Constitution des termes d'une loi promulguée peut être utilement contestée à l'occasion de l'examen de dispositions législatives qui la modifient, la complètent ou affectent son domaine (...) ». Le Conseil constitutionnel peut donc examiner, dans le cadre du contrôle *a priori*, la constitutionnalité d'une loi déjà promulguée à l'occasion du contrôle d'une autre loi qui la modifie, la complète ou affecte son domaine.

²⁵ Cet article avait été créé par la loi n° 94-678 du 8 août 1994 *relative à la protection sociale complémentaire des salariés et portant transposition des directives n° 92-49 et n° 92-96 des 18 juin et 10 novembre 1992 du Conseil des communautés européennes*.

éléments fondamentaux de la décision, à savoir ses effets, se retrouve donc dans les commentaires et non la décision alors même que le commentaire n'est pas délibéré par les membres²⁶. Cela pose le problème majeur de l'accès à ces commentaires. Il faut rappeler que si la décision est publiée au *Journal officiel*, ce n'est pas le cas du commentaire de la décision.

2. L'injusticiabilité des commentaires

Ces commentaires ont par ailleurs un statut juridique particulier dans la mesure où ils ne peuvent faire l'objet d'aucun recours. En effet, dans un arrêt du 9 novembre 2005²⁷, le Conseil d'État a rejeté le recours d'un justiciable²⁸ souhaitant la modification du *Bilan du contentieux des élections législatives des 9 et 16 juin 2002*²⁹. Le Conseil d'État juge que : « *Considérant qu'il n'appartient pas à la juridiction administrative de connaître des actes qui se rattachent à l'exercice par le Conseil constitutionnel des missions qui lui sont confiées par la Constitution ou par des lois organiques prises sur son fondement ; qu'il en est ainsi de la publication sur son site internet de commentaires concernant le sens et la portée de sa jurisprudence ; que par suite, la requête de M. X, portée devant une juridiction incompétente pour en connaître, ne peut qu'être rejetée* ». Dans cette décision le Conseil d'État, dans la continuité de l'arrêt *Brouant* du 25 octobre 2002³⁰, refuse de reconnaître sa compétence en

²⁶ Il faut souligner que l'explicitation des effets de la décision se trouve dans le commentaire de la décision n° 2013-349 QPC et non de la décision n° 2013-672 DC. Il faut donc lire le commentaire de la décision QPC pour appréhender les effets de la décision DC.

²⁷ CE Sect., 9 novembre 2005, *Moitry, req. n° 258180, Leb.*

²⁸ M. Moitry, candidat aux élections législatives, avait introduit un recours devant le Conseil constitutionnel pour contester la validité de l'élection de son concurrent, M. Ayrault. Le requérant se fondait notamment sur l'article L. 165 du code électoral qui fixe les règles relatives aux moyens de propagandes officielles pour les élections et qui interdit par suite « *L'impression et l'utilisation, sous quelque forme que ce soit, de tout autre circulaire, affiche ou bulletin* » qui n'est pas prévu par cet article. Dans leur bilan du contentieux des élections législatives de 2002, les services du Conseil observaient que : « *Le grief tiré de la violation de l'article L. 165 alinéa 3 a été explicitement soulevé à plusieurs reprises. Par exemple, il était reproché à M. Jean-Marc Ayrault (P.S.) "d'avoir organisé une diffusion massive de divers tracts". Le Conseil se réfère à l'article L. 165 invoqué, mais utilise immédiatement après l'adverbe "toutefois". Puis, il vérifie le contenu des tracts et leur financement au regard de l'article L. 52-11. La construction même du considérant et la référence expresse à une disposition législative postérieure à l'article L. 165 traduit la volonté du juge électoral de faire prévaloir, entre deux dispositions antinomiques de même rang, celle qui est la plus récente* ». Ce sont ces observations que M. Moitry voulait faire supprimer du site internet du Conseil constitutionnel.

²⁹ Ce bilan, rédigé par les services du Conseil constitutionnel, vise à faire un commentaire général des différentes contestations électorales que le Conseil a dû juger. Le Conseil ne procédant pas au commentaire de chaque décision électorale, il fait un commentaire officiel général reprenant le cas échéant telle ou telle affaire à titre illustratif de sa jurisprudence.

³⁰ CE Sect., 25 octobre 2002, *req. n° 235600, Leb.* Dans cette décision le Conseil d'État juge que : « *Considérant que, par le règlement attaqué, le Conseil constitutionnel a entendu définir un régime particulier pour l'accès à l'ensemble de ses archives ; qu'eu égard à cet objet, qui n'est pas dissociable des conditions dans lesquelles le Conseil constitutionnel exerce les missions qui lui sont confiées par la Constitution, ce règlement ne revêt pas le caractère d'un acte administratif dont la juridiction administrative serait compétente pour connaître* ».

matière de légalité d'actes se rattachant, selon le juge administratif, à l'exercice des missions qui sont confiées au Conseil constitutionnel par la Constitution.

Ainsi, le fait pour le Conseil constitutionnel de commenter ses propres décisions ressortirait aux missions qui lui sont confiées par la Constitution. Si cette décision se rattache à la jurisprudence classique du Conseil d'État en matière d'actes para-administratifs, on peut tout de même s'interroger sur la pertinence de la motivation. Elle est un élément de légitimation très important : on ne peut en effet plus contester le commentaire en tant que tel dans la mesure où il se rattacherait à la mission du Conseil constitutionnel. Toutefois, cette interprétation semble plus que constructive, aucune disposition constitutionnelle ou organique ni la jurisprudence constitutionnelle ne permettent de rattacher l'autocommentaire aux missions confiées au Conseil constitutionnel.

3. L'absence d'autorité des commentaires

L'externalisation de certains motifs voire de vraies politiques jurisprudentielles par le Conseil constitutionnel présente un certain nombre d'avantages. Tout d'abord, ces commentaires sont dénués de toute portée normative selon la Haute instance. Comme l'indique son site internet « *Seuls engagent le Conseil constitutionnel les textes issus de ses délibérations* ». Autrement dit, les commentaires n'étant pas délibérés, ils n'engagent pas le Conseil constitutionnel et ne peuvent lui être opposés. Le Conseil peut donc mener une politique jurisprudentielle dans ses décisions, celles-ci bénéficiant de l'autorité conférée par l'article 62 de la Constitution, tout en complétant ses décisions par des commentaires qui n'ont en principe aucune portée normative.

Dès lors, le Conseil procède à une forme de standardisation des considérants avec une motivation stéréotypée dans la mesure où il sait que celle-ci sera complétée par un commentaire au style plus libre. Commentaire qui a d'ailleurs pris une place considérable dans la mesure où sa lecture devient quasiment indispensable à la compréhension de la décision. Si en théorie les commentaires n'ont aucune autorité juridique, la pratique semble largement contredire ce principe, ce qui pose la question de la portée des commentaires des décisions du Conseil constitutionnel.

II. La portée des commentaires officiels des décisions du Conseil constitutionnel

Par un trait d'humour, le professeur Xavier Magnon utilisait à propos de ces commentaires le concept d'autorité de chose commentée³¹. Il nous semble que ce concept est loin d'être inapproprié en l'espèce quand on observe dans quelle mesure les commentaires sont mobilisés par les acteurs du procès (A) ainsi que par la doctrine (B).

A. L'utilisation des commentaires par les acteurs du procès

1. L'utilisation des commentaires par les parties

Les commentaires n'ont pas en théorie de portée normative. Cependant ils sont régulièrement utilisés par les parties pour soutenir une interprétation d'une décision ou sa portée. Très rapidement, les parlementaires saisissants dans le cadre du contrôle *a priori* vont utiliser les commentaires dans leurs argumentaires, opposant ainsi le commentaire au Conseil constitutionnel lui-même³². Le Gouvernement va également utiliser les commentaires au soutien des observations en défense³³.

De la même manière, les avocats se servent largement des commentaires à l'appui de leur mémoire QPC. Cette utilisation ne se limite d'ailleurs pas aux seuls mémoires QPC : les commentaires sont également cités en audience devant les membres du Conseil constitutionnel. On peut citer les plaidoiries publiques des avocats du 15 octobre 2013 dans les décisions n° 2013-350 QPC³⁴ et n° 2013-351 QPC³⁵ du 25 octobre 2013 au cours desquelles le président du Conseil constitutionnel a dû rappeler que les commentaires n'avaient pas de valeur normative et ne pouvaient donc être opposés au Conseil.

³¹ X. Magnon (*et al.*), « Jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RFDC*, 2005, n° 62, p. 338.

³² V. par exemple les saisines des députés ou des sénateurs des décisions suivantes : C. const., déc. n° 2011-629 DC du 12 mai 2011, *Loi de simplification et d'amélioration de la qualité du droit*, *Rec.* p. 228 ; C. const., déc. n° 2011-635 DC du 4 août 2011, *Loi sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs*, *Rec.* p. 407 ; C. const., déc. n° 2012-650 DC du 15 mars 2012, *Loi relative à l'organisation du service et à l'information des passagers dans les entreprises de transport aérien de passagers et à diverses dispositions dans le domaine des transports*, *Rec.* p. 149.

³³ V. par exemple : C. const., déc. n° 2006-533 DC du 16 mars 2006, *Loi relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes*, *Rec.* p. 39.

³⁴ C. const., déc. n° 2013-350 QPC du 25 octobre 2013, *Commune du Pré-Saint-Gervais (Mise en œuvre de l'action publique en cas d'injure ou de diffamation publique envers un corps constitué)*, *JO* du 27 octobre 2013, p. 17556.

³⁵ C. const., déc. n° 2013-351 QPC du 25 octobre 2013, *Société Boulanger (Taxe locale sur la publicité extérieure II)*, *JO* du 27 octobre 2013, p. 17557.

Les commentaires se sont donc diffusés dans le contentieux constitutionnel au point qu'il devient difficile de développer un argument constitutionnel fondé sur une jurisprudence du Conseil sans se référer aux commentaires.

Cela pose la question de la véritable portée normative des commentaires d'autant plus quand ceux-ci sont également utilisés par les juridictions ordinaires.

2. L'utilisation des commentaires par les juridictions ordinaires

Les parties n'ont pas le monopole de l'usage des commentaires au soutien de leurs moyens, le juge ordinaire utilise également les commentaires afin d'étayer l'interprétation d'une décision du Conseil constitutionnel.

Il n'y a que quelques exemples de décisions de juridictions du fond se référant expressément dans les motifs aux commentaires officiels du Conseil constitutionnel. On peut en identifier neuf à ce jour³⁶, toutes de Cours d'appel de l'ordre judiciaire. L'arrêt de la Cour d'appel de Poitiers du 29 janvier 2013³⁷, va jusqu'à infirmer la portée donnée à une décision du Conseil constitutionnel par le requérant en se référant directement au commentaire de ladite décision. La Cour juge ainsi que : « *Contrairement à l'affirmation de la SAS SOREDIS, la décision précitée du Conseil Constitutionnel n'exige aucunement que ladite information soit donnée préalablement à l'introduction de l'action par le Ministre. À cet égard, le commentaire de la décision du 13/05/2011 publié dans les cahiers du Conseil Constitutionnel énonce (...)* »³⁸.

Si ces références directes aux commentaires restent encore rares dans les motifs d'une décision de justice, il en est tout autrement dans les conclusions des rapporteurs publics. Il est en effet courant pour les rapporteurs publics du Conseil d'État de se référer aux commentaires des décisions du Conseil constitutionnel³⁹, notamment devant l'Assemblée du contentieux,

³⁶ CA Angers, Ch. soc., 1er février 2011, req. n° 09/01482 ; CA Angers, Ch. soc., 15 mars 2011, req. n° 09/01676 ; CA Poitiers, 2ème Ch. civ., 29 janvier 2013, req. n° 11/03252 ; CA Toulouse, Ch. soc., 21 mars 2013, req. n° 11/04640 ; CA de Metz, Ch. 1, 25 juin 2013, req. n° 10/02458 ; CA Paris, Ch. 5, 4 juillet 2013, req. n° 12/07651 ; CA de Paris, Ch. 4, 11 septembre 2013, req. n° 11/17941 ; CA Paris, Ch. 5, 3 octobre 2013, req. n° 12/01879 ; CA Paris, Ch. 4, 20 novembre 2013, req. n° 12/04791.

³⁷ CA Poitiers, 2ème Ch. civ., 29 janvier 2013, req. n° 11/03252.

³⁸ La Cour commet une erreur en affirmant que le commentaire cité a été publié dans les *Cahiers du Conseil constitutionnel*. En effet, depuis le numéro 29 d'octobre 2010, les Cahiers s'intitulent *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* et ne comprennent plus la partie relative aux commentaires.

³⁹ Pour des exemples récents : CE Ass., 21 décembre 2012, *Société Groupe Canal Plus*, req. n° 353856, *Leb.*, concl. Vincent Daumas ; CE Sect., 22 février 2013, *Syndicat des cadres de la fonction publique*, req. n° 355788, *Leb.*, concl. Edouard Crepey.

comme le fait M. Edouard Crepey dans un arrêt du 21 décembre 2012 *Office Français de Protection des Réfugiés et Apatrides*⁴⁰.

Dès lors où le commentaire ne constitue pas seulement un outil de compréhension de la décision, mais devient une source équivalente à la décision pour appréhender la jurisprudence du Conseil constitutionnel, il devient difficile de lui retirer en pratique toute portée normative.

Si les juridictions et les parties au procès utilisent fréquemment les commentaires, la doctrine en fait également un usage très régulier.

B. L'influence des commentaires sur la doctrine juridique

1. L'utilisation régulière des commentaires par la doctrine

Il est très difficile aujourd'hui de trouver un commentaire doctrinal d'une décision du Conseil constitutionnel qui ne se réfère pas au commentaire de ladite décision. C'est pourquoi il nous semble qu'il serait une erreur de penser que les commentaires ne sont qu'un outil de vulgarisation des décisions. Les commentaires n'ont pas vocation à être utilisés que par les non spécialistes qui ne pourraient appréhender en elle-même la décision du Conseil constitutionnel. Ils sont utilisés avant tout par la doctrine juridique française dans l'analyse qu'elle peut faire des décisions du Conseil constitutionnel.

Il est par ailleurs très surprenant de voir que très peu d'auteurs ont écrit sur ces commentaires et sur les problèmes qu'ils soulèvent. On ne peut en effet identifier que quelques auteurs évoquant cette question au détour d'un écrit⁴¹. À ce jour, l'ouvrage de Mathieu Disant est l'une des très rares thèses à consacrer quelques pages à la question⁴². Les commentaires

⁴⁰ CE Ass., 21 décembre 2012, *Office Français de Protection des Réfugiés et Apatrides*, req. n° 332491, *Leb*. Dans ses conclusions, le rapporteur public observe : « Ainsi l'asile interne ne peut-il pas, comme l'indiquait le commentaire de la décision aux Cahiers du Conseil constitutionnel, être appliqué abstraitement et indistinctement sur la base de listes préétablies de zones ou régions considérées comme sûres (...) ».

⁴¹ V. sur ce sujet : P. Cassia, « Le site Internet du Conseil constitutionnel devant le juge administratif : des problèmes de connexion ? », *JCP A*, 2006, n° 8, p. 263-270 ; 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, spé. p. 32 et s. ; X. Magnon (*et al.*), « Jurisprudence du Conseil constitutionnel 1^{er} octobre-31 décembre 2004 », *RFDC*, 2005, n° 62, spé. p. 338 ; « Jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RFDC*, 2006, n° 66, spé. p. 324 et s. ; « La doctrine, la QPC et le Conseil constitutionnel : quelle distance ? Quelle expertise ? », *RDP*, 2013, n° 1, p. 135-154 ; B. Mathieu, « Un an de jurisprudence constitutionnelle : bilan, perspectives et questions », *D.*, 2005, p. 920 ; F. Rolin, « Pour un "discours sur la méthode" du contrôle de constitutionnalité par voie d'exception », *AJDA*, 2010, n° 42, p. 2384 ; W. Sabète, « De l'insuffisante argumentation des décisions du Conseil constitutionnel », *AJDA*, 2011, p. 885 ; M. Guillaume, « La motivation des décisions du Conseil constitutionnel », *AJJC*, 2012, pp. 49-51.

⁴² M. Disant, *L'autorité de la chose interprétée par le Conseil constitutionnel*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », Tome 135, 2010, pp. 160-182, spé. p. 175 et s.

semblent être dans l'angle mort de la doctrine en tant qu'objet d'étude juridique. Ceci pourrait s'expliquer par leur nature, ils ne relèvent pas tant du droit que du fait, ils n'ont pas en théorie de portée normative et leur conception est entourée d'un certain flou. Ils ne rentrent donc pas dans le champ classique de l'étude juridique mais semblent relever avant tout de la sociologie des institutions.

Toutefois, compte tenu de leur importance dans la diffusion voire la création de politiques jurisprudentielles, il nous semble que le commentaire officiel est un objet valide d'étude et de critiques juridiques. D'autant plus que, par leur objet, les commentaires constituent une concurrence directe aux commentaires universitaires.

2. La substitution du commentaire officiel au commentaire critique

Cette diffusion du commentaire du Conseil constitutionnel pose une double difficulté pour la doctrine juridique française.

Tout d'abord, elle risque de détourner la recherche de son véritable objet : la doctrine ne doit pas commenter à titre principal le commentaire d'une décision. La source primaire et essentielle doit rester la décision du Conseil constitutionnel. Il est vrai qu'il est délicat de ne pas s'appuyer sur le commentaire lorsque celui-ci est un commentaire additif, notamment lorsqu'il précise le sens d'une notion utilisée dans les motifs de la décision. Toutefois, le commentaire ne doit rester qu'une source d'information et non un complément de la décision. Trop souvent, la seule lecture du commentaire est suffisante, et il n'est donc pas nécessaire de reprendre la décision. Cela n'incite d'ailleurs pas le Conseil constitutionnel à mieux rédiger ses décisions dans la mesure où il sait que ses commentaires seront lus avec autant, si ce n'est plus, d'attention.

Quant à la légitimité du commentaire universitaire face à la légitimité du commentaire officiel, il semble difficile d'interpréter le sens d'une décision différemment du commentaire officiel dans la mesure où celui-ci est censé être la pensée officielle du Conseil constitutionnel sur sa propre décision. Néanmoins, on peut avancer deux éléments.

D'une part, les commentaires officiels n'étant pas délibérés par le Conseil constitutionnel en séance plénière, ils représentent, jusqu'à preuve du contraire, non pas la position du Conseil constitutionnel en tant que juridiction, mais celle du service juridique. Cette interprétation ne peut être considérée que comme une interprétation potentielle de la décision et, dès lors, il peut lui être opposé une interprétation concurrente. La qualification même de

commentaire « officiel » de la décision pourrait d'ailleurs être contestée. Le service juridique ne détient en aucun cas un monopole d'interprétation de la décision.

D'autre part, l'essence même du commentaire doctrinal est d'être une critique au sens traditionnel du terme. Or, le commentaire officiel n'en est pas une, il ne vise qu'à légitimer la décision et non à en souligner les failles. Il s'agit d'un exercice de rhétorique consistant à démontrer que le raisonnement tenu par le juge constitutionnel est le plus pertinent. De plus, le commentaire a pour objet principal de maîtriser l'interprétation qui est faite de la décision et en aucun cas de la critiquer. Seule une doctrine indépendante peut effectuer un tel travail d'analyse et de critique des décisions du Conseil constitutionnel.

Conclusion

Les commentaires officiels du Conseil constitutionnel posent la question de la construction d'une politique jurisprudentielle par une juridiction. La « doctrine de la juridiction » diffusée à travers des textes et documents extérieurs à la décision pourrait un jour supplanter le contenu de la décision juridictionnelle. Ce phénomène sera d'autant plus accentué que les juridictions ne modifieront pas la manière dont elles motivent leurs décisions. Cette doctrine du juge ne deviendrait-elle pas le principal vecteur de politique jurisprudentielle ?