



**HAL**  
open science

**Sylvie Salles, Le conséquentialisme dans la jurisprudence  
du Conseil constitutionnel, Paris, LGDJ, 2016**

Samy Benzina

► **To cite this version:**

Samy Benzina. Sylvie Salles, Le conséquentialisme dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, Paris, LGDJ, 2016. Jus Politicum : Revue de droit politique, 2018, 19. hal-04444775

**HAL Id: hal-04444775**

**<https://hal.science/hal-04444775>**

Submitted on 9 Feb 2024

**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.

## Samy Benzina

Sylvie Salles, *Le conséquentialisme dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, LGDJ, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », 2016, t. 147, 773 p.

L'ouvrage de Sylvie Salles, *Le conséquentialisme dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, est une version publiée de sa thèse de doctorat dirigée par le professeur Dominique Rousseau et soutenue le 7 novembre 2015 à l'université de Montpellier. Cette thèse a été honorée du prix de thèse du Conseil constitutionnel 2016.

Dernière le terme sibyllin de « conséquentialisme », que l'auteur tire de la philosophie morale<sup>1</sup> tout en l'ayant « a-moralisé »<sup>2</sup>, se cache une idée assez simple : la prise en compte par le juge des conséquences éventuelles de sa décision dans le choix d'une solution au litige dont il est saisi. De cette idée, l'auteur tire une hypothèse de départ applicable au contentieux constitutionnel. Pour se prononcer sur la constitutionnalité d'une disposition législative, le juge constitutionnel est supposé se fonder sur un syllogisme le conduisant à confronter exclusivement la mineure (la disposition législative) à la majeure (la norme constitutionnelle de référence) dont résulterait la solution (inconstitutionnalité ou conformité). Son raisonnement est censé être purement abstrait et dénué de toutes considérations extra-juridiques. Toutefois, l'auteur estime qu'il existe un « écart »<sup>3</sup> entre cette vision théorique du contrôle de constitutionnalité et sa réalité tel qu'il est conduit par le Conseil. En pratique, il ne serait pas rare pour le juge constitutionnel d'intégrer à son syllogisme une autre donnée : les conséquences potentielles de sa décision. Ainsi, le choix d'une solution par le Conseil constitutionnel ne serait pas exclusivement fondé sur un pur rapport de conformité entre normes législatives et constitutionnelles, mais également sur les conséquences et effets éventuels de sa décision de conformité ou d'inconstitutionnalité.

L'hypothèse de départ de l'ouvrage apparaît *a priori* d'une grande banalité. En effet, bien que l'auteur se réfère à une hypothétique « *tradition française command[ant] au juge constitutionnel de ne pas s'interroger aux*

<sup>1</sup> Sylvie Salles, *Le conséquentialisme dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, LGDJ, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », 2016, t. 147, p. 2.

<sup>2</sup> *Ibid.* p. 19.

<sup>3</sup> *Ibid.* pp. 5-6.

*considérations extra-juridiques* »<sup>4</sup>, l'idée que le Conseil constitutionnel prend en compte les conséquences de ses décisions, voire que ces conséquences potentielles sont prééminentes dans le choix d'une solution, semble faire l'objet d'un relatif consensus dans la doctrine. Ainsi, dès la décision du 6 novembre 1962<sup>5</sup>, il est apparu clairement que le Conseil constitutionnel, dont les membres jugeaient pourtant inconstitutionnel le recours à l'article 11 pour réviser la Constitution<sup>6</sup>, s'était déclaré incompétent davantage pour se protéger du courroux présidentiel que par souci de la protection de la Constitution<sup>7</sup>. De même, dans son histoire, la Haute instance a souvent été accusée d'être trop timorée, de manquer d'audace ou de « Filtrer le moustique et laisser passer le chameau »<sup>8</sup>. Ces accusations sont souvent fondées, de manière plus ou moins explicite, sur l'idée que le Conseil n'oserait pas s'opposer à la majorité politique du moment de peur de représailles<sup>9</sup>. Autrement dit, le juge constitutionnel serait davantage préoccupé par les conséquences politiques de ses décisions que par leur cohérence juridique.

Ces éléments ne retirent cependant rien à l'importance et l'intérêt de la question traitée par l'auteur. S'il existe une forte suspicion de la doctrine sur l'existence d'un tel conséquentialisme dans les décisions du Conseil constitutionnel, jusqu'à cette thèse cela demeurait du domaine de la supputation. En effet, aucune étude d'envergure n'avait à ce jour tenté de démontrer, de manière méthodique et systématique, que le Conseil constitutionnel est habituellement préoccupé par les conséquences de ses décisions lorsqu'il se prononce sur la constitutionnalité d'une disposition législative. Cet ouvrage, qui défend donc une véritable « thèse », a le mérite d'explorer un champ du contentieux constitutionnel qui était resté largement ignoré par la doctrine.

L'auteur a fait le choix de mener son étude en suivant une « conception stricte de l'étude du droit positif »<sup>10</sup>. Il ne s'agit donc pas d'analyser

<sup>4</sup> *Ibid.* pp. 37-38.

<sup>5</sup> C. const., déc. n° 62-20 DC du 6 novembre 1962, Loi relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel direct, adoptée par le référendum du 28 octobre 1962.

<sup>6</sup> V. Y. Beauvois, « Le Conseil constitutionnel à ses débuts (1962-1965) », *Commentaire*, 2007, n° 117, pp. 123-134, spé. p. 126. L'auteur rappelle que les membres du Conseil avaient donné dès le 2 octobre 1962 un avis « officieux et confidentiel » dans lequel les membres jugeaient très majoritairement le recours à l'article 11 inconstitutionnel.

<sup>7</sup> *Ibid.* p. 130. L'auteur rappelle en ce sens les propos du Général de Gaulle lors du Conseil des ministres du 7 novembre 1962 : « Je ne vois pas quels auraient été sa figure et son avenir si [le Conseil constitutionnel] avait voulu s'opposer à la volonté nationale. Cette sottise n'a pas été commise. On aurait fait ce qu'il aurait fallu pour en tirer les conséquences ».

<sup>8</sup> J. Rivero, « Filtrer le moustique et laisser passer le chameau ? », *AJDA*, 1981, pp. 275-277.

<sup>9</sup> Cette peur n'est cependant pas irrationnelle comme l'a démontré la révision constitutionnelle du 25 novembre 1993 conduite par le gouvernement Balladur en réaction à la décision du Conseil constitutionnel n° 93-325 DC du 13 août 1993 dite « Droit d'asile ». V. sur ce point le commentaire détaillé de l'auteur : S. Salles, *op.cit.*, pp. 564 et s.

<sup>10</sup> S. Salles, *op.cit.*, p. 26.

l'influence des conséquences potentielles de la décision sur le processus de décision du juge du point de vue de la science politique, de la sociologie ou de la psychologie. En retenant une approche strictement juridique, l'auteur a dû faire face à une difficulté importante : comment démontrer, avec les seuls instruments juridiques, qu'il existe bien un conséquentialisme dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel ? En d'autres termes, comment amener la preuve juridique irréfutable du conséquentialisme ? Cette difficulté est accentuée par le fait que, comme l'observe l'auteur, les décisions du Conseil constitutionnel révélaient, jusqu'à l'introduction de la QPC, rarement explicitement l'existence de telles considérations conséquentialistes. L'analyse des seules décisions ne permettrait donc pas d'amener la « preuve juridique du conséquentialisme ». Une solution alternative aurait pu être de se tourner vers les éléments périphériques à la décision : « contexte politique, économique et social de chaque affaire, des motifs de la contestation de la loi, des différentes réactions des auditoires lors de la publication de la décision (...) communiqués et commentaires officiels de l'institution, ainsi que les interventions des membres des hautes juridictions et les témoignages des juges constitutionnels et français »<sup>11</sup>. Avec de tels éléments, du reste assez hétérogènes, il serait possible de suspecter l'existence d'un conséquentialisme. Toutefois, si ces éléments peuvent permettre de créer un « doute »<sup>12</sup>, ils ne suffisent pas à eux seuls à démontrer l'existence d'un conséquentialisme. En effet, la mobilisation de ces seuls éléments périphériques dans le cadre d'une analyse juridique apparaît hasardeuse dès lors qu'il faudrait pouvoir apporter la preuve d'un lien de causalité direct entre ces éléments de contexte et la solution choisie par le juge.

L'auteur estime que ces difficultés peuvent être contournées du fait de deux événements récents : l'ouverture au public des délibérations du Conseil constitutionnel de plus de 25 ans<sup>13</sup> et l'entrée en vigueur de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC) le 1<sup>er</sup> mars 2010. Ces deux événements seraient de nature à permettre de prouver le conséquentialisme dans la mesure où, d'une part, par l'étude des délibérations il serait possible d'identifier « le *raisonnement réel* du juge constitutionnel et de le comparer au *raisonnement exposé* dans la décision »<sup>14</sup> ; d'autre part, la forme et la motivation des décisions QPC traduiraient explicitement la présence de l'argument conséquentialiste au point de créer une « présomption de conséquentialisme »<sup>15</sup>.

<sup>11</sup> *Ibid.* p. 25.

<sup>12</sup> *Ibid.* pp. 5-6.

<sup>13</sup> V. Loi organique n° 2008-695 du 15 juillet 2008 relative aux archives du Conseil constitutionnel.

<sup>14</sup> S. Salles, *op.cit.*, p. 41.

<sup>15</sup> *Ibid.* pp. 57 et s.

Cette recension n'a pas vocation à appréhender l'ensemble des aspects de la thèse tant cette recherche est approfondie et dense. L'ouvrage est impressionnant non seulement par sa taille, mais également par la richesse de ses développements et le sérieux de son appareil scientifique. Cette recension a donc plus modestement pour objet de présenter, à grands traits, les grandes étapes du raisonnement de l'auteur et de formuler certaines remarques.

L'ouvrage s'organise autour d'une démonstration en deux temps. L'auteur tente d'abord de montrer que le conséquentialisme est inévitable dans le contrôle de constitutionnalité en ce que le juge ne peut se prononcer sans se préoccuper des conséquences de sa solution. L'auteur souhaite ensuite souligner que si le juge constitutionnel est de plus en plus attentif aux conséquences de ses décisions, il n'en reste pas moins qu'à partir du moment où il a rendu sa décision, il ne maîtrise plus les effets de celle-ci qui dépendent des destinataires. En cela, le conséquentialisme serait inachevé.

Dans le premier temps de sa démonstration, l'auteur entend donc prouver l'existence et le caractère inévitable du conséquentialisme dans le raisonnement du juge constitutionnel.

La première étape est de s'appuyer sur les délibérations et des décisions du Conseil constitutionnel pour démontrer que si le raisonnement conséquentialiste apparaît dès les débuts du contrôle de constitutionnalité, il commence à s'exprimer clairement dans la motivation des décisions du Conseil à partir des années 2000 et de manière encore plus prononcée depuis l'entrée en vigueur de la QPC. La démonstration de l'auteur s'appuie non seulement sur une analyse quantitative des délibérations et des décisions en relevant l'emploi du mot « conséquences », mais également qualitative en s'intéressant plus précisément à la nature (par exemple politique ou économique) et à la valeur (en termes de gravité) des conséquences des décisions.

L'auteur montre ensuite que l'analyse conséquentialiste a été utilisée dès l'origine par le Conseil constitutionnel afin de prévenir une remise en cause de sa légitimité dans les cas où ses décisions pourraient avoir des effets néfastes. Le raisonnement conséquentialiste semble donc s'être davantage imposé au juge constitutionnel que véritablement choisi par lui. Toutefois, selon l'auteur, cette protection par le Conseil de ses propres intérêts n'est pas incompatible avec la protection concomitante de l'État de droit. Au contraire, Sylvie Salles juge qu'en protégeant l'organe qu'est le Conseil constitutionnel, le raisonnement conséquentialiste permet aussi de protéger la fonction du juge constitutionnel et donc *in fine* l'État de droit. L'auteur ajoute que le raisonnement conséquentialiste serait devenu un automatisme pour le juge constitutionnel, particulièrement depuis l'introduction de la QPC, au point que l'auteur estime qu'il existerait un « réflexe conséquentialiste » du Conseil constitutionnel.

L'auteur affirme, en outre, que le raisonnement conséquentialiste est mobilisé par la Haute instance dans sa relation avec les autres juges français et supranationaux. Elle tente de démontrer que ce conséquentialisme se manifeste non seulement par l'anticipation par le Conseil constitutionnel des effets de sa décision sur les autres juges, mais également par une prise en compte des effets des décisions des autres juridictions sur sa propre jurisprudence. L'analyse conséquentialiste permettrait ainsi de révéler un système de juridictions interconnectées.

Mme Salles s'emploie enfin, dans cette première partie, à identifier les différentes techniques mobilisées par le juge constitutionnel, sur le fondement d'un raisonnement conséquentialiste, afin d'atténuer la sévérité des effets de ses décisions sur le législateur et de mieux prendre en compte les contraintes pesant sur le temps législatif. Cela favoriserait l'apaisement des relations entre le Conseil constitutionnel et le législateur.

Dans le second temps de sa démonstration, Sylvie Salles entend souligner que ce conséquentialisme, dont elle estime avoir prouvé l'existence et le caractère inévitable dans la première partie, est nécessairement inachevé.

Ses développements visent tout d'abord à montrer que le Conseil constitutionnel cherche à maîtriser de plus en plus précisément les conséquences de ses décisions. Cela se manifesterait en particulier concernant les conséquences économiques ainsi que, plus implicitement, en matière de conséquences éthiques et sociales des décisions du Conseil. L'ouvrage brille ici par l'originalité de la recherche. En effet, peu d'écrits ont tenté de démontrer que le Conseil constitutionnel se souciait des effets économiques de ses décisions de censure et prenait en compte des données économiques dans son raisonnement. De même, l'auteur souligne que derrière la position de neutralité de façade du Conseil constitutionnel sur les questions éthiques, le juge constitutionnel prend en réalité position en intégrant les conséquences éthiques et sociales de sa décision dans son analyse.

L'auteur veut ensuite démontrer que le raisonnement conséquentialiste est nécessairement limité en ce que le juge constitutionnel ne peut avoir une maîtrise absolue de la réception de ses décisions. Selon Mme Salles, si le Conseil constitutionnel tente de faciliter la réception de ses décisions en améliorant leur rédaction et en communiquant davantage, il doit toujours faire face à une « incomplétude conséquentialiste »<sup>16</sup>. En effet, d'une part, il n'est pas possible pour le juge de prévenir l'ensemble des conséquences de ses décisions, il ne peut donc pas en amont désamorcer l'ensemble des conséquences néfastes. D'autre part, dès lors que la décision du Conseil a été rendue, celle-ci deviendrait « vivante » en ce que sa réception serait en partie

<sup>16</sup> S. Salles, *op.cit.*, p. 561.

autonome et dépendrait essentiellement de la manière dont les destinataires vont l'interpréter et l'appliquer.

Ce rapide tour d'horizon de la thèse appelle à notre sens plusieurs remarques.

Les développements de l'ouvrage visant à démontrer l'existence et le caractère inévitable du raisonnement conséquentialiste dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel sont globalement convaincants. Le lecteur, aidé par des références intéressantes et variées, se laisse aisément guider par un raisonnement qui semble le conduire inéluctablement à devoir penser que « l'existence du conséquentialisme constitutionnel ne fait plus de doute tant il est inévitable pour le juge d'y avoir recours »<sup>17</sup>.

Il nous semble pourtant que la lecture de cette partie fait surgir certains doutes non sur les résultats atteints par l'auteur, sans conteste le raisonnement du juge constitutionnel a pu intégrer et intègre encore parfois des considérations conséquentialistes, mais sur la méthode censée y conduire. Il nous semble en effet que ni les délibérations des décisions du Conseil constitutionnel ni l'introduction du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* ne permettent d'écarter tout doute sur l'existence du raisonnement conséquentialiste.

Selon l'auteur, l'existence d'un raisonnement conséquentialiste par le juge constitutionnel serait prouvée par l'analyse des comptes-rendus des séances. On peut s'interroger sur la singularité de la publication des procès-verbaux de délibérations d'un organe juridictionnel<sup>18</sup>, mais le mérite de la loi organique du 15 juillet 2008 relative aux archives du Conseil constitutionnel est d'avoir permis aux chercheurs d'avoir accès aux débats entre les membres du Conseil précédant leur décision. Outre la publication d'un ouvrage collectif analysant ces délibérations<sup>19</sup>, le Conseil constitutionnel a fait le choix en 2016 de publier l'ensemble de ses délibérations de plus de 25 ans sur son site internet<sup>20</sup>. Si nous ne doutons pas de la qualité de la recherche conduite par l'auteur sur ces délibérations, on peut davantage s'interroger sur la validité d'un raisonnement fondé sur celles-ci. Il nous semble, en effet, que les conclusions tirées de l'étude de ces délibérations sont affectées de deux grands biais.

<sup>17</sup> *Ibid.* p. 318.

<sup>18</sup> En principe, si les débats parlementaires sont soumis à un principe de publicité pour des raisons démocratiques, les délibérations des organes juridictionnels sont au contraire soumises au secret du délibéré, qui a même une valeur constitutionnelle selon le Conseil lui-même (C. const., déc. n° 2015-506 QPC du 4 décembre 2015, *M. Gilbert A. [Respect du secret professionnel et des droits de la défense lors d'une saisie de pièces à l'occasion d'une perquisition]*). La compatibilité de la publication de ces délibérés avec la nature désormais juridictionnelle du Conseil n'est donc pas sans poser question.

<sup>19</sup> B. Mathieu, J.-P. Machelon, F. Mélin-Soucramanien et *al.*, *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel 1958-1986*, Dalloz, coll. « Grands textes », 2014, 2ème éd., 618 p.

<sup>20</sup> À l'adresse : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/comptes-rendus/comptes-rendus-des-seances.147301.html>.

En premier lieu, si les comptes-rendus des délibérations sont censés être une retranscription des débats, il faut rappeler que ceux-ci sont le résultat d'une prise de notes des membres du service juridique qui font office de greffe lors des délibérations. Or, les procès-verbaux des délibérations du Conseil constitutionnel n'avaient pas initialement vocation à être publiés<sup>21</sup>. Leur contenu était destiné à un usage strictement interne de l'institution avec les limites que cela implique. En effet, le Conseil constitutionnel n'est pas une assemblée parlementaire, ses débats ne sont pas soumis aux mêmes exigences de transparence ou de retranscription exhaustive. Si l'ordonnance organique du 7 novembre 1958<sup>22</sup> et le décret du 13 novembre 1959<sup>23</sup> impliquent la création de tels procès-verbaux des délibérations, ils n'imposent pas que le greffe retranscrive intégralement les débats. Au contraire ces travaux doivent être établis de manière « sommaire ». En tant que source de l'intention du juge constitutionnel, ces délibérations sont donc nécessairement imparfaites et partielles : il est loin d'être certain qu'elles sont toujours la retranscription exacte de l'ensemble des interventions des membres du Conseil et donc du « raisonnement réel » du Conseil constitutionnel.

En second lieu, même si nous écartions ce premier biais, il faut remarquer que l'organisation interne du Conseil constitutionnel conduit à grandement relativiser l'importance de ces délibérations dans la production des décisions. La Haute instance est une institution de taille réduite, comprenant à peine plus de 60 agents<sup>24</sup>. Les membres du Conseil constitutionnel ne disposent pas, contrairement à leurs homologues étrangers<sup>25</sup>, de référendaires ou de *law clerks* qui les assisteraient dans le traitement des affaires. Les présidents successifs du Conseil ont fait le choix plus singulier d'avoir un « service juridique »<sup>26</sup>. Le secrétaire général<sup>27</sup> et le service juridique ont une place centrale au Conseil dans la mesure où ils

<sup>21</sup> B. Mathieu, J.-P. Machelon, F. Mélin-Soucramanien et *al.*, *op. cit.*, p. XVII.

<sup>22</sup> V. article 14 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel : « Les décisions et les avis du Conseil constitutionnel sont rendus par sept conseillers au moins, sauf cas de force majeure dûment constatée au procès-verbal ».

<sup>23</sup> V. l'article 3 du décret n° 59-1293 du 13 novembre 1959 relatif à l'organisation du secrétariat général du Conseil constitutionnel qui dispose que « Le secrétaire général prend les mesures nécessaires à la préparation et à l'organisation des travaux du Conseil. Il établit un compte rendu sommaire de ces travaux ».

<sup>24</sup> V. CC, *Rapport d'activité 2017*, p. 62.

<sup>25</sup> V. par ex. pour la Belgique, le chapitre 2 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle portant sur les référendaires qui assisteront les juges constitutionnels dans leur travail. Ces référendaires, qui sont généralement des juristes de très haut niveau, peuvent être au maximum 24 (article 35). Ce qui signifie que les juges ont en général deux référendaires chacun pour se faire aider dans leur travail.

<sup>26</sup> Le rapport d'activité 2017 du Conseil constitutionnel rappelle que le service juridique est composé « d'un magistrat de l'ordre judiciaire, d'un magistrat de l'ordre administratif, d'un administrateur de l'Assemblée nationale, d'un administrateur du Sénat, d'une chargée de mission QPC » (CC., *Rapport d'activité 2017*, p. 59).

<sup>27</sup> V. sur ce sujet : A. Ciaudo, « Un acteur spécifique du procès constitutionnel : le secrétaire général du Conseil constitutionnel », *RFDC*, 2008, n° 73, pp. 17-26.

disposent d'une grande expertise et rédigent, en principe sous la direction du rapporteur, les projets de décision<sup>28</sup>. Si le service juridique peut assister tous les membres du Conseil, son temps (limité) sera évidemment consacré principalement à aider le rapporteur. Compte tenu de la charge de travail que peut constituer l'instruction des différents contentieux constitutionnels, il peut être extrêmement difficile pour un membre non rapporteur d'approfondir l'examen de l'ensemble des affaires sans l'aide du service juridique. Cette organisation du Conseil est souvent présentée comme la plus adaptée<sup>29</sup>, car les délais contraints encadrant le contrôle de constitutionnalité supposeraient de centraliser le travail autour du service juridique et du rapporteur afin d'arriver au plus vite à un consensus sur le sens de la décision<sup>30</sup>. Mais cette organisation du Conseil constitutionnel a une conséquence importante sur la formation du « raisonnement réel » du juge : la solution et les justifications de celle-ci sont déterminées antérieurement même à la délibération du Conseil. Il nous semble donc que les débats exposés dans les délibérations ne sont pas le plus souvent l'exposé du « raisonnement réel », mais seulement une justification *a posteriori*, et souvent partielle, du « raisonnement réel » tenu par le rapporteur et le service juridique. Ce phénomène est d'ailleurs accentué, depuis l'introduction de la QPC, par l'augmentation significative du nombre de décisions que doit rendre le Conseil et de leur technicité. Cela peut inciter les membres à se concentrer sur les affaires dont ils ont la charge, en particulier au regard des délais très courts auxquels ils sont soumis. Ainsi, en l'absence d'information suffisante, de temps et parfois de compétence juridique des membres pour appréhender les enjeux de l'ensemble des décisions qui sont délibérées, la phase de délibération n'a pas un rôle central dans le processus décisionnel. La seule exception étant lorsque la solution

<sup>28</sup> Sur la question de la place du service juridique du Conseil constitutionnel comparée aux exemples étrangers, voir : L. Gay, « Le service juridique : quel pouvoir au sein de la juridiction constitutionnelle ? », in P. Esplugas, X. Magnon et al. (dir.), *Question sur la question 5 : Les pouvoirs d'instruction des juridictions constitutionnelles et la formation de l'intime conviction des juges constitutionnels*, Journée d'études organisée à l'Université de Toulouse I, 5 juin 2015, à paraître.

<sup>29</sup> V. en ce sens : J.-E. Schoettl, « Ma cinquantaine rue de Montpensier », *loc. cit.*, p. 48. L'ancien secrétaire général résume parfaitement ce point de vue : « On nous a posé souvent la question : comment diable faites-vous en période de pointe, à quatre, pour venir efficacement en aide au rapporteur et aux autres membres. Réponse : notre faible nombre permet une discussion tout à la fois collégiale, rapide et conclusive. Notre nombre est celui qui assure le mieux l'intériorisation d'une mémoire collective. C'est aussi celui qui, à mon avis, garantit le plus haut degré d'adhésion à la cause commune. Si chacun a ses points forts et ses lacunes, chacun participe à tout : rédaction des projets conformément aux vues du rapporteur, notes diverses, recherches documentaires ».

<sup>30</sup> *Ibid.* L'ancien secrétaire général ajoute que « Outre les raisons précédemment énoncées sur la magie des chiffres trois et quatre, il existe une réfutation plus profonde à cette revendication [à l'augmentation des effectifs]. Elle nous est suggérée par l'observation des Cours constitutionnelles dont chaque membre est doté d'un « staff ». Ces assistants attachés à la personne d'un juge (comme souvent les entourages des ministres) ont tendance à exagérer les différences de positions entre membres plutôt qu'à chercher à les aplanir ou, du moins, à les dépouiller de la part de malentendu qu'elles recèlent ».

choisie par le rapporteur est rejetée par la majorité des membres : dans une telle hypothèse, la délibération redevient le théâtre de véritables débats qui peuvent conduire à une solution alternative. Par conséquent, il nous semble que la place souvent subsidiaire des délibérations dans la formation du processus décisionnel au Conseil constitutionnel tend à fortement relativiser l'idée que l'étude des comptes rendus de séance permettrait d'identifier le « raisonnement réel » du juge et donc d'en tirer la preuve incontestable de l'existence d'un raisonnement conséquentialiste. Il n'est en effet pas toujours certain que les arguments avancés lors de ces délibérations, pour justifier une solution de type conséquentialiste, soient les raisons réelles ayant conduit à l'adoption d'une solution.

L'auteur s'appuie ensuite sur la jurisprudence du Conseil des années 2000<sup>31</sup> et l'introduction de la QPC pour affirmer que ce raisonnement conséquentialiste se serait banalisé et se manifesterait désormais au grand jour dans les motifs des décisions du Conseil constitutionnel ou dans les commentaires officiels<sup>32</sup>. L'auteur évoque même l'essor d'un véritable « droit conséquentialiste »<sup>33</sup>. Si l'existence d'un tel raisonnement conséquentialiste peut être défendu pour les décisions des années 2000 évoquées par l'auteur, nous sommes beaucoup plus réservés sur les développements s'appuyant sur le pouvoir modulation des effets dans le temps comme preuve de l'existence du conséquentialisme. Cela pourrait à première vue apparaître paradoxal, mais il nous semble au contraire que l'émergence de ce nouveau pouvoir du Conseil constitutionnel, à la fin des années 2000, marque en réalité un recul du raisonnement conséquentialiste dans le contrôle de constitutionnalité.

Pour comprendre ce phénomène, il faut repartir de la conception que l'auteur retient du conséquentialisme. Pour Sylvie Salles, le conséquentialisme renvoie à l'idée que le juge constitutionnel ne peut pas faire abstraction des conséquences de ses décisions dans l'appréciation de la constitutionnalité d'une disposition législative. Autrement dit, pour répondre à la question de la conformité à la Constitution d'une loi, le Conseil constitutionnel ne se limite pas à confronter cette norme législative à la norme constitutionnelle. Pour déterminer sa solution, il prend d'autres éléments en compte : les conséquences potentielles de la décision. Ainsi, une disposition législative pourrait être inconstitutionnelle après sa confrontation à la Constitution, mais le juge pourrait tout de même la déclarer conforme du fait des graves conséquences qu'emporterait une déclaration d'inconstitutionnalité. Or, il nous semble que le contrôle de constitutionnalité

<sup>31</sup> En particulier les décisions suivantes du Conseil constitutionnel: déc. n° 2003-483 DC du 14 août 2003, *Loi portant réforme des retraites*; n° 2007-555 DC du 16 août 2007, *Loi en faveur du travail, de l'emploi et du pouvoir d'achat*; n° 2008-564 DC du 19 juin 2008, *Loi relative aux organismes génétiquement modifiés*.

<sup>32</sup> S. Salles, *op.cit.*, p. 62.

<sup>33</sup> *Ibid.* pp. 68 et s.

*a posteriori* et le pouvoir de modulation introduit à l'article 62 alinéa 2 de la Constitution, par la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, loin de renforcer ce type d'analyse conséquentialiste, ont plutôt conduit le juge à s'en extirper. En effet, dans le contrôle *a priori*, le Conseil est face à une loi qui vient d'être adoptée par la majorité et dont les enjeux politiques, économiques, sociaux, etc. peuvent être importants. Il est difficile d'imaginer que le Conseil fasse le choix de censurer ou non une telle loi sans se préoccuper des conséquences d'une telle décision. On rejoint d'ailleurs l'auteur lorsqu'elle présente les décisions de conformité sous réserve comme « un support de l'analyse conséquentialiste »<sup>34</sup> en ce qu'elles permettent d'éviter au Conseil de devoir censurer une loi. Ce raisonnement conséquentialiste apparaissait d'autant plus fondamental que jusqu'à la décision « OGM » du 19 juin 2008, le Conseil n'avait pas le moyen de contrôler les effets de sa décision lorsqu'il avait choisi une solution (conformité, conformité sous réserve, inconstitutionnalité).

Mais l'introduction de la QPC nous semble avoir modifié fondamentalement un tel paradigme. Le contentieux QPC, qui est quantitativement le plus important aujourd'hui<sup>35</sup>, porte sur des dispositions plus précises et techniques qui, sauf exception<sup>36</sup>, ne font pas l'objet d'une attention politique ou médiatique particulière. Le Conseil peut donc se prononcer sans véritablement se préoccuper des conséquences politiques de ses décisions. Il n'a plus besoin de protéger sa légitimité. Les effets politiques ne sont évidemment pas les seules conséquences d'une décision du Conseil. Selon la typologie construite par l'auteur, il existerait également des conséquences « juridiques, économiques, éthiques, institutionnelles, démocratiques »<sup>37</sup> qui sont démultipliées dans le contentieux QPC dans la mesure où la disposition législative en cause a déjà produit des effets. Le Conseil doit donc être d'autant plus attentif aux conséquences de sa décision.

Toutefois, et c'est en cela que nous divergeons de l'auteur, cette attention particulière du juge constitutionnel pour les conséquences de ses décisions n'est pas, dans le cadre de la QPC, une marque d'un renforcement du conséquentialisme mais au contraire un signe de son affaiblissement. Selon nous, l'introduction du pouvoir de modulation des effets des décisions du Conseil a en grande partie expurgé le contrôle de constitutionnalité *stricto sensu*, entendu comme la technique syllogistique visant à confronter la loi à la Constitution, de considérations extra-juridiques. En effet, le problème de la constitutionnalité d'une disposition législative et celui des effets de la solution choisie sont désormais, pour l'essentiel, découplés dans le

<sup>34</sup> *Ibid.* p. 265.

<sup>35</sup> Le Conseil constitutionnel a par exemple rendu sur l'année 2016, 81 décisions en matière de QPC contre seulement 17 en matière de contrôle *a priori*.

<sup>36</sup> V. par ex. les décisions du Conseil constitutionnel qui ont porté sur la garde à vue, le harcèlement sexuel ou plus récemment sur l'état d'urgence.

<sup>37</sup> S. Salles, *op.cit.*, p. 76.

contentieux QPC. En disposant des moyens juridiques permettant de contrôler les conséquences de ses décisions, le juge n'a plus besoin de prendre ces éléments en considération au stade de l'appréciation de la constitutionnalité de la loi. Selon la solution qu'il choisit, il pourra en tout état de cause moduler les effets de sa décision selon une gamme aujourd'hui codifiée qui va de l'effet rétroactif au report des effets dans le temps de la déclaration d'inconstitutionnalité en passant par le simple effet abrogatif<sup>38</sup>. Le raisonnement du juge constitutionnel se décompose désormais en deux phases : en premier lieu, l'appréciation purement juridique de la constitutionnalité de la loi selon le syllogisme classique (choix d'une solution à la question de la constitutionnalité de la disposition contrôlée) ; en second lieu l'analyse des conséquences de la solution choisie et la mobilisation du pouvoir de modulation afin de prévenir tout effet néfaste de celle-ci (choix des conséquences à donner à la solution préalablement choisie). Dans le contentieux QPC, l'appréciation de la constitutionnalité d'une disposition législative manifeste un « de-conséquentialisme » dans la phase de choix d'une solution au litige. La question des conséquences de la décision n'a donc plus une influence aussi directe sur le choix de la solution (conformité ou inconstitutionnalité). Évidemment, si cette description vaut pour la plupart des décisions QPC, elle ne signifie pas pour autant que ces deux phases sont toujours strictement hermétiques. Il existe certainement encore des cas où les conséquences de la décision sont intégrées dès la première phase<sup>39</sup>, manifestant un raisonnement conséquentialiste au stade du contrôle de constitutionnalité. Nous souhaitons simplement souligner une tendance qui ne va pas vers le renforcement du conséquentialisme tel que défini par l'auteur, mais au contraire vers son déclin au stade du contrôle de constitutionnalité *stricto sensu*.

Nous aimerions, enfin, faire quelques remarques sur les développements que l'auteur consacre à la « maîtrise limitée de la réception des décisions »<sup>40</sup>. Selon Sylvie Salles, si le Conseil essaye d'anticiper et maîtriser la réception de ses décisions, il ne peut en tout état de cause maîtriser l'ensemble des effets possibles de sa décision initiale qui, dès qu'elle a été rendue, devient une « décision vivante »<sup>41</sup> dont la trajectoire échappe dans une certaine mesure à son auteur. Nous devons dire d'emblée que nous sommes assez peu convaincus par les développements de l'auteur arguant que

<sup>38</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. 211 et s.

<sup>39</sup> Le contrôle de la législation antiterroriste ou relative à l'état d'urgence en est un exemple. V. par ex. en ce sens : K. Roudier, « Le Conseil constitutionnel face à l'avènement d'une politique sécuritaire », *NCCC*, 2016, n° 51, pp. 37-50 ; C. Richaud, « QPC relatives à l'état d'urgence : les limites d'une jurisprudence normale appliquée à un régime d'exception », *Gaz. Pal.*, 2016, n° 13, pp. 30-32.

<sup>40</sup> S. Salles, *op.cit.* pp. 481 et s.

<sup>41</sup> *Ibid.* pp. 563 et s.

la réception des décisions du Conseil serait « facilitée par une meilleure rédaction » qui serait « pédagogique »<sup>42</sup>. Il nous semble au contraire que, malgré une réforme cosmétique de la motivation des décisions en 2016<sup>43</sup>, celle-ci, loin d'être pédagogique, reste très largement insuffisante<sup>44</sup>. Le juge constitutionnel ne semble pas encore avoir complètement intégré la nécessité d'être plus exhaustif et précis dans les considérants relatifs aux effets de ses décisions, et ce malgré ses décisions explicatives de 2011<sup>45</sup>. Un certain relâchement de sa part pourrait même être relevé depuis quelque temps. Cela n'est pas sans poser de difficulté comme l'a par exemple montré la décision du 6 octobre 2017<sup>46</sup> relative à la contribution de 3% sur les dividendes distribués. Dans cette décision, le Conseil déclare inconstitutionnelle une telle contribution en jugeant que « aucun motif ne justifie de reporter les effets de la déclaration d'inconstitutionnalité. Celle-ci intervient donc à compter de la date de publication de la présente décision. Elle est applicable à toutes les affaires non jugées définitivement à cette date »<sup>47</sup>. Immédiatement, certains médias ont affirmé que l'État allait devoir rembourser cette contribution à l'ensemble des sociétés qui l'avait payée, ce qui représenterait 9 milliards d'euros<sup>48</sup>. En réalité, une connaissance de la jurisprudence du Conseil constitutionnel aurait dû conduire à affirmer que seules les sociétés ayant une affaire ou instance en cours, c'est-à-dire ayant introduit un recours devant le juge de l'impôt à la date de publication de la décision, était susceptible de bénéficier des effets de la déclaration d'inconstitutionnalité<sup>49</sup>. En effet, les déclarations d'inconstitutionnalité ont en principe un effet abrogatif, et par exception seulement un effet rétroactif pour les instances en cours et selon les directives du Conseil constitutionnel. Or appliquer cette déclaration d'inconstitutionnalité à des contribuables qui ont introduit une réclamation postérieurement à la décision revient ni plus ni moins qu'à conférer à la

<sup>42</sup> *Ibid.* pp. 486 et s.

<sup>43</sup> V. le dossier spécial consacré par les *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2017, n° 55-56 : « La réforme de la motivation des décisions du Conseil constitutionnel à l'épreuve des modèles étrangers ».

<sup>44</sup> Pour une étude approfondie et critique de la motivation des décisions du Conseil, voir notamment : 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.

<sup>45</sup> V. C. const., déc. n° 2010-108 QPC du 25 mars 2011, *Mme Marie-Christine D. [Pension de réversion des enfants]*, (Cons. 5) ; C. const., déc. n° 2010-110 QPC du 25 mars 2011, *M. Jean-Pierre B. [Composition de la commission départementale d'aide sociale]*, (Cons. 8).

<sup>46</sup> C. const., déc. n° 2017-660 QPC du 6 octobre 2017, *Société de participations financière [Contribution de 3 % sur les montants distribués]*.

<sup>47</sup> *Ibid.*, §11.

<sup>48</sup> V. par exemple : <https://www.legifiscal.fr/actualites-fiscales/1654-remboursements-contribution-3-dividendes-9-milliards-attendus.html>

<sup>49</sup> On remarquera cependant qu'en l'espèce les conseils des sociétés semblaient au fait de la jurisprudence du Conseil constitutionnel dans la mesure où des dizaines de sociétés se sont jointes opportunément à l'instance devant le Conseil d'État, antérieurement à la saisine du Conseil constitutionnel, pour pouvoir bénéficier, le cas échéant, des effets de l'abrogation.

décision du Conseil un effet rétroactif, et non abrogatif, dans la mesure où elle s'appliquerait à des situations juridiques déjà définitivement constituées. Cet exemple souligne que malgré les risques importants de mauvaise compréhension de sa décision, le Conseil constitutionnel n'a pas fait l'effort de préciser les effets de sa décision et laisse en réalité aux autorités d'application la charge de déterminer la portée concrète de sa décision.

Il nous semble d'ailleurs que l'une des raisons de cette carence dans la motivation des décisions du Conseil constitutionnel peut être recherchée dans la politique de communication que le Conseil conduit. En effet, nous ne croyons pas que « en améliorant sa motivation hors décision, le juge renforce la prévention des conséquences de la réception de ses décisions »<sup>50</sup> comme l'affirme l'auteur. Cela pourrait apparaître *a priori* contre-intuitif, mais en pratique la multiplication des moyens de communication (communiqués, commentaires officiels, articles ou discours des membres du service juridique) complétant la décision a tendance à obscurcir la position du juge. La décision n'étant plus suffisante pour appréhender la position du juge, le lecteur doit se référer à une multitude de documents annexes dont la valeur juridique est très incertaine. Cela ne facilite pas l'exécution des décisions du Conseil par les destinataires, en particulier les juridictions administratives et judiciaires qui, au regard du nombre d'affaires dont elles sont saisies et des contraintes liées au temps, n'ont pas le loisir de s'intéresser à l'ensemble des écrits entourant la décision. Le juge ordinaire se sert donc essentiellement de la décision elle-même et peut donc avoir du mal à en comprendre la portée. Du reste, ces moyens de communication déresponsabilisent le Conseil constitutionnel qui n'est pas forcé de réformer en profondeur sa manière de motiver ses décisions notamment au regard de leur portée et leurs effets.

Ces quelques remarques ne retirent rien aux très grandes qualités de l'ouvrage de Mme Salles. Au contraire, elles sont la manifestation du grand intérêt des différents sujets traités par la thèse qui suscitent chez le lecteur des réflexions et des questionnements, signe des bons livres. La lecture de cet ouvrage apparaît indispensable pour toute personne qui s'intéresse à la justice constitutionnelle et plus généralement aux méthodes de raisonnement du juge.

<sup>50</sup> S. Salles, *op.cit.*, p. 507.