



HAL
open science

Conseil constitutionnel, 15 janvier 1960, n° 60-6 DC, Magistrats musulmans

Vincent Réveillère

► To cite this version:

Vincent Réveillère. Conseil constitutionnel, 15 janvier 1960, n° 60-6 DC, Magistrats musulmans. Thomas Perroud. Les grandes décisions de la jurisprudence constitutionnelle : approches politiques, pp.59-73, 2024. <hal-05065095>

HAL Id: hal-05065095

<https://hal.science/hal-05065095v1>

Submitted on 13 May 2025

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.



HAL Authorization

Conseil constitutionnel, 15 janvier 1960, n° 60-6 DC, *Magistrats musulmans*

Le Conseil constitutionnel,

Saisi le 5 janvier 1960 par le Premier Ministre, conformément aux dispositions des articles 46 et 61 de la Constitution, du texte de la loi organique portant promotion exceptionnelle des Français musulmans dans la magistrature et modifiant l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 ;

Vu la Constitution ;

Vu l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, notamment le chapitre II du titre II de ladite ordonnance ;

Vu l'ordonnance du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature ;

1. Considérant que la loi organique dont le Conseil constitutionnel est saisi, avant promulgation, aux fins d'appréciation de sa conformité à la Constitution, a pour objet de déterminer, notamment par voie de modification de l'ordonnance susvisée du 22 décembre 1958 : dont la conformité à la Constitution ne peut être contestée : et dans le même esprit, les règles d'après lesquelles l'accès à la magistrature est ouvert aux Français musulmans originaires des départements algériens, des Oasis et de la Saoura ; que ce texte, pris dans la forme exigée par l'article 64, troisième alinéa, de la Constitution et dans le respect de la procédure prévue à l'article 46, n'est contraire à aucune des autres dispositions de la Constitution ;

Décide :

Article premier :

La loi organique portant promotion exceptionnelle des Français musulmans dans la magistrature et modifiant l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 est déclarée conforme à la Constitution.

[...]

Vincent Réveillère

MCF, Aix-Marseille Université, LTD

Alors que le Conseil constitutionnel ne s'est pas encore prononcé sur la constitutionnalité d'une loi ordinaire, il statue pour la première fois sur la constitutionnalité d'une loi organique dans la décision *Magistrats musulmans* du 15 janvier 1960. Il doit examiner la conformité à la Constitution d'une loi organique portant promotion exceptionnelle des Français musulmans dans la magistrature qui modifie l'ordonnance du 22 décembre 1958 relative au statut de la magistrature. Le texte sur lequel le Conseil se prononce comporte différentes dispositions qui réservent à certains citoyens, en fonction de leur religion et de leur département d'origine, l'accès à certaines professions. À une exception près, les membres du Conseil estiment que le texte va à l'encontre de l'article 2 de la Constitution qui dispose que la France « assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion ».

Ils s'accordent pourtant largement pour ne pas le déclarer contraire à la Constitution en raison des conséquences qu'aurait une telle décision en pleine guerre d'Algérie, ainsi que, de façon peut-être plus marginale, de la reconnaissance de la légitimité d'une certaine correction du système colonial. En effet, si cela n'est pas au cœur des préoccupations des membres du Conseil, force est en effet de reconnaître que, à moins de souscrire explicitement ou implicitement à la hiérarchisation raciale sur laquelle elle était fondée, la colonisation heurtait bien plus frontalement encore ce principe d'égalité, longtemps confiné au territoire métropolitain¹. En effet, comme l'explique Lionel Zevounou, depuis la période révolutionnaire, les grands principes républicains, telle que l'égalité, sont intimement liés au territoire ; ce qui se trouve au-delà est traité sous le registre de l'exception, permettant la mise en œuvre de politiques d'assignations raciales².

La décision *Magistrats musulmans* est donc singulière. Il s'agit à notre connaissance du cas où les membres du Conseil s'accordent le plus clairement pour dire que certaines dispositions du texte qui lui est présenté devraient, dans le cadre d'une analyse juridique, être déclarées inconstitutionnelles, mais où ils s'entendent également pour décider que, pour des raisons que l'on peut qualifier de politiques, nous y reviendrons, elles ne devraient pas l'être. Ces deux impératifs contradictoires sont bien perçus par les commentateurs contemporains. Comme le résume Léo Hamon dans sa note : « Déclarer inconstitutionnelles les dispositions discriminatoires au profit des musulmans c'était arrêter le nécessaire effort de correction des inégalités qui n'avait que trop tardé. Mais comment reconnaître, à partir du moment où la question était posée, la constitutionnalité de dispositions aussi évidemment contraires aux principes de notre droit public ? »³.

¹ V. J.-P. PASTOREL, « Le principe d'égalité en outre-mer », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, vol. 35, n° 2, 2012, p. 73.

² L. ZEVOUNOU, « Raisonner à partir du concept de "race" en droit français », in L. ZEVOUNOU (dir.), *Race et droit*, IFJD, coll. « transition et justice », 2021, p. 87s.

³ L. HAMON, « CC 15 janvier 1960 », *D., J.*, 1960, p. 293.

Ces mesures semblaient faire l'objet d'un large consensus au sein des pouvoirs publics⁴. Il s'agissait, sous la pression de la guerre, d'introduire une certaine correction des inégalités coloniales – la magistrature coloniale fonctionnait à bien des égards sur le registre de l'exception⁵ et les musulmans en étaient très largement exclus⁶. Dans des termes actuels, on pourrait dire que ces dispositions s'inscrivent dans une politique de discrimination positive, que l'on peut définir comme « une politique de rattrapage entre groupes inégaux », impliquant des « mesures préférentielles » qui sont « (théoriquement) temporaires »⁷. De nombreuses mesures analogues visant à « favoriser » les populations colonisées pour accéder à la fonction publique avaient déjà été adoptées et les dispositions électorales pour l'Algérie distinguaient également français de statut musulman et français de statut européen⁸.

Si la question de la constitutionnalité de telles dispositions s'est posée dans le cas de la modification de l'ordonnance organique relative au statut de la magistrature, c'est parce que le Conseil doit nécessairement contrôler la constitutionnalité des lois organiques avant leur promulgation. Il parvient toutefois à se dérober – il « s'en tire » comme l'écrit Léo Hamon⁹ – en recourant à un artifice qui lui permet de ne pas se prononcer sur la conformité des dispositions en cause au principe d'égalité. Le Conseil décide en effet que la loi organique qui lui est déférée est conforme à la Constitution au terme d'une décision dont la brièveté autorise la mention intégrale :

« Considérant que la loi organique dont le Conseil constitutionnel est saisi, avant promulgation, aux fins d'appréciation de sa conformité à la Constitution, a pour objet de déterminer, notamment par voie de modification de l'ordonnance susvisée du 22 décembre 1958 – dont la conformité à la Constitution ne peut être contestée – et dans le même esprit, les règles d'après lesquelles l'accès à la magistrature est ouvert aux Français musulmans originaires des départements algériens, des Oasis et de la Saoura ; que ce texte, pris dans la forme exigée par l'article 64, troisième alinéa, de la Constitution et dans le respect de la procédure prévue à l'article 46, n'est contraire à aucune des autres dispositions de la Constitution. »¹⁰

⁴ En ce sens, v. *Ibid.*, p. 293 ; F. MELIN-SOUCRAMANIEN, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du conseil constitutionnel*, Economica-PUAM, coll. « Collection droit public positif », Paris, Aix-en-Provence, 1997, p. 66.

⁵ V. nt. S. THENAULT, *Une drôle de justice : les magistrats dans la guerre d'Algérie*, La Découverte, coll. « Poche / Sciences humaines et sociales », Paris, 2004 ; le n° 16 d'*Histoire de la justice* consacré à « La justice en Algérie 1830-1962 », 2005 ; S. THENAULT, *Violence ordinaire dans l'Algérie coloniale. Camps, internements, assignations à résidence*, Odile Jacob, Paris, 2012 ; F. RENUCCI, « Les magistrats dans les colonies : un autre apprentissage des normes juridiques ? », *Les Cahiers de la justice*, 2016, La crise des institutions de Poubli, 4, pp. 689-697 ; J.-C. FARCY, « Quelques données statistiques sur la magistrature coloniale française (1837-1987) », *Clio@Themis*, n° 4, 2021.

⁶ Il n'y avait, selon Pierre Vidal-Naquet, que sept magistrats musulmans au début de la guerre d'Algérie. P. VIDAL-NAQUET, « Postface. Le passage du témoin », in S. THENAULT, *Une drôle de justice : les magistrats dans la guerre d'Algérie*, *op. cit.*, pp. 323-331, § 12.

⁷ G. CALVES, *La discrimination positive*, 4e éd., Paris, PUF, coll. « Que sais-je ? », 2016.

⁸ V. V. SILVERA, « L'accès à la fonction publique des Français musulmans d'Algérie », *AJDA*, 1958, pp. 104-107 et pp. 121-122 ; M. MAISONNEUVE, « Les discriminations positives ethniques ou raciales en droit public interne : vers la fin de la discrimination positive à la française ? », *RFDA*, 2002, p. 561.

⁹ L. HAMON, « CC 15 janvier 1960 », *op. cit.*, p. 294.

¹⁰ L'incise « dont la conformité à la Constitution ne peut être contestée » n'est pas toujours marquée de la même manière. Sur le site du Conseil, l'incise se trouve précédée et suivie par deux points. Dans ce qui semble être la dernière version de la décision adoptée entre les membres de Conseil et qui se trouve dans le dossier de la décision aux archives, elle est simplement suivie par un demi-cadratin. Dans les différentes versions des projets, elle est parfois précédée par une virgule et suivie par un demi-cadratin ou encadrée par deux demi-

Ce faisant, le Conseil fait bénéficier les ordonnances organiques qui, comme celle du 22 décembre 1958, furent adoptées sur le fondement de l'article 92 de la Constitution d'une « présomption irréfragable de conformité »¹¹. Disposition transitoire, l'article 92 eut des effets sur le long terme. Il accordait des « pouvoirs quasi-illimités »¹² au gouvernement du général de Gaulle. Très largement interprété, il permit au gouvernement d'adopter plus de 300 ordonnances dans des domaines très divers en dehors de tout contrôle parlementaire ou juridictionnel¹³. La décision du Conseil eut des effets durables : les ordonnances portant loi organique furent pendant longtemps considérées comme « incontestables »¹⁴. Elles faisaient aussi « écran »¹⁵ en empêchant le contrôle sur le fond des lois organiques les modifiant dans le même esprit, comme celle sur laquelle devait se prononcer le Conseil dans cette décision.

Il convient tout d'abord de retracer la discussion entre les membres du Conseil qui conduit à l'invention et à l'adoption de la solution mentionnée, autrement dit, de voir comment se construit l'artifice qui permet de ne pas déclarer le texte inconstitutionnel tout en évitant de dire qu'il est conforme au principe d'égalité (I). Il faut ensuite se demander en quoi ces délibérations peuvent conduire à affirmer que la décision du Conseil est politique. Pour cela, il est utile de distinguer et de présenter deux sens dans lesquels la décision peut être qualifiée de politique. De façon évidente, la décision est consciemment politique parce que les membres reconnaissent entre eux décider *contra legem* au nom d'un motif politique (II). De façon plus subtile et moins consciente, la décision est aussi politique parce que les concepts juridiques qu'utilisent les membres et la distinction même qu'ils font entre arguments juridiques et politiques comportent une dimension politique (III). Il serait envisageable de considérer que la décision est politique en un troisième sens, eu égard à ses conséquences politiques, ou aux conséquences politiques qu'aurait eu une décision différente. Ayant fait le choix de nous concentrer sur le processus décisionnel, nous ne mentionnerons ces conséquences qu'en tant qu'elles influent sur celui-ci.

I. La construction de l'artifice

En janvier 1960, l'expérience du Conseil est extrêmement limitée. Le rapporteur est Maurice Patin, docteur en droit, ayant fait carrière dans la magistrature et qui, avant d'être nommé au Conseil constitutionnel, était président de la chambre criminelle de la Cour de cassation. Il avance prudemment devant ses collègues ; son propos porte en grande partie sur la méthode qu'il pense que le Conseil doit suivre ; son ton se veut pédagogique. Il rapproche le contrôle au titre des articles 46 et 61 de la Constitution, concernant le contrôle des lois organiques et des lois ordinaires, du contrôle du règlement des assemblées que le Conseil a déjà pratiqué. Il le distingue du contrôle au titre des articles 37 alinéa 2 et 41 de la Constitution, concernant le caractère réglementaire de textes de forme législative adoptés

cadratin. Nous avons opté pour cette dernière option. Enfin, dans les revues qui reproduisent la décision avant son annotation et dans les *Grandes décisions du Conseil constitutionnel*, elle est encadrée par deux cadratins.

¹¹ L. FAVOREU et L. PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Sirey, coll. « Droit public », Paris, 1975, p. 82.

¹² A.-M. LE POURHIET, *L'Article 92 de la Constitution de 1958*, Economica, coll. « Recherches Panthéon-Sorbonne », Paris, 1981, p. 2.

¹³ *Ibid.*, p. 18 et s.

¹⁴ *Ibid.*, p. 57.

¹⁵ L. FAVOREU et L. PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 84.

après l'entrée en vigueur de la Constitution et l'examen des fins de non-recevoir. Maurice Patin explique que le Conseil doit « faire porter son examen sur la conformité de chacun des articles du texte qui lui est soumis à l'ensemble des dispositions de la Constitution, ce qui implique nécessairement l'obligation de soulever d'office, le cas échéant, les causes d'inconstitutionnalité qui lui semblerait devoir résulter de cet examen »¹⁶.

Selon le rapporteur il faut avant tout contrôler des questions qui ne poseront pas de difficulté : le texte est bien une loi organique comme l'exige l'article 64 de la Constitution ; les formes dans lesquelles il a été voté sont celles prévues par son article 46 ; la répartition des rôles entre loi et règlement a été respectée. Ce qui suscite la discussion est en revanche la conformité du texte aux autres dispositions de la Constitution, et plus particulièrement au principe d'égalité. S'il estime que le texte ne méconnaît pas le principe d'égalité, Maurice Patin anticipe l'objection des autres membres : « Sans doute, par amour de la controverse pourrait-on objecter qu'en réservant à une catégorie de citoyens, en raison de leurs origines ethniques ou religieuses des avantages de carrière qu'il refuse à l'ensemble des Français, le législateur a méconnu l'article 2 de la Constitution aux termes duquel la France assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. »¹⁷ Il leur oppose toutefois une conception de l'égalité qui intègre la possibilité d'un traitement préférentiel : « loin de compromettre l'égalité des citoyens devant la loi, le texte en cause ne fait, en réalité, que mettre fin à l'inégalité résultant de la condition présente des musulmans d'Algérie et, en comblant cette lacune, de mettre ceux-ci sur pied d'égalité avec leurs concitoyens de la métropole »¹⁸. Il souligne en effet que, si les musulmans sont « égaux dans la loi » aux non-musulmans, « ils ne le sont pas dans les faits »¹⁹.

Le rapporteur défend donc une conception réelle de l'égalité qui permet un traitement préférentiel, même fondé sur un critère de religion et d'origine. Celle-ci est largement rejetée par les autres membres du Conseil qui estiment au contraire que les dispositions soumises ne sont pas conformes à la Constitution. Vincent Auriol soutient que la loi est « inconstitutionnelle au premier chef »²⁰. En effet, pour lui « il n'y avait pas d'inégalité » ; « le gouvernement désire accorder des avantages aux Musulmans »²¹. Jean Gilbert-Jules se sent visé par la pique sur « l'amour de la controverse » – il avait fait part de ses réserves au rapporteur et au rapporteur adjoint. Il va dans le même sens que Vincent Auriol et affirme que le législateur méconnaît l'article 2 de la Constitution et que les quotas portent « une atteinte très grave à l'égalité des races »²² ; il va même jusqu'à faire un parallèle avec les législations nazies²³. Maurice Delépine estime également que le texte est « inconstitutionnel pour quantités de raisons », il souligne aussi le manque de formation des musulmans favorisés par le texte²⁴. S'il pense que la loi va trop loin, il reconnaît toutefois que des « discriminations » existaient et le regrette – il évoque au passage son intervention personnelle

¹⁶ Compte rendu de la séance du 15 janv. 1960, p. 3.

¹⁷ *Ibid.*, p. 6.

¹⁸ *Ibid.*, p. 7.

¹⁹ *Ibid.*, p. 4.

²⁰ *Ibid.*, p. 3.

²¹ *Ibid.*, p. 3.

²² *Ibid.*, p. 4.

²³ *Ibid.*, p. 4.

²⁴ *Ibid.*, p. 4.

pour favoriser un magistrat musulman de sa connaissance²⁵. Si le rapporteur maintient sa position dans les discussions, il semble toutefois moins assertif, ainsi nuance-t-il son propos : « cette loi, je la trouve assez bonne, je ne la trouve *pas tellement* inconstitutionnelle. »²⁶

À l'exception du rapporteur, les membres du Conseil qui s'expriment estiment donc que les dispositions favorisant les musulmans violent l'article 2 de la Constitution. Ce constat semble toutefois leur poser problème pour deux raisons.

La première relève d'un souci de cohérence, elle réside dans le fait que de telles dispositions se trouvent déjà dans la loi organique du 22 décembre 1958. Le Conseil constitutionnel n'existant pas encore, la constitutionnalité de celle-ci n'a pas pu être contrôlée avant sa promulgation et il ressort des débats que, pour les membres du Conseil, elle ne peut plus l'être. Soulignant cela, Vincent Auriol fait part de son hésitation : « Est-ce une raison parce que l'inconstitutionnalité a déjà été commise pour ne pas la constater à présent ? »²⁷. Jean Gilbert-Jules estime de façon formelle que la loi organique de 1958 est constitutionnelle parce qu'aucune autorité n'avait le pouvoir de contrôler sa conformité à la Constitution. Déclarer inconstitutionnelles les dispositions déferées poserait donc un problème de cohérence ; cela mettrait en évidence le fait que des normes ne pouvant plus faire l'objet d'un contrôle ne sont pas conformes à la Constitution. C'est le cas de l'ordonnance portant loi organique relative au statut de la magistrature mais aussi d'autres dispositions. Le président Léon Noël indique ainsi qu'il conviendrait de ne pas « insister sur l'élément raciste, car cela amènerait à contester des mesures qui ont permis l'élection de certains députés »²⁸.

La seconde raison, qui semble la plus importante pour les membres du Conseil, est directement politique : elle réside dans les conséquences qu'aurait une décision d'inconstitutionnalité. Vincent Auriol annonce au début de la discussion qu'il votera pour le projet de décision pour ne pas que « le Conseil ne soit accusé "d'empêcher la pacification algérienne" »²⁹. Maurice Delépine, comme Charles Le Coq de Kerland, souhaite trouver « un artifice qui permette de faire état [des réserves qu'il a exprimées] tout en laissant passer la loi qui politiquement est peut-être défendable »³⁰. Le président Léon Noël souligne « qu'il faut tenir compte de l'effet que [la décision du Conseil] produira sur les Musulmans »³¹. Contrairement à l'argumentaire porté par le rapporteur, les membres semblent peu sensibles au fait que la loi pourrait venir, dans une certaine mesure, corriger des inégalités existantes – inégalités que certains semblent d'ailleurs nier dans une logique purement formelle. On peut aussi noter que les particularités de la magistrature coloniale et les conditions dans lesquelles la justice était rendue en Algérie sont absentes des discussions.

Le projet de décision proposé, qui se bornait à constater sur le fond que la loi organique déferée n'était « par ailleurs, contraire à aucune des autres dispositions de la Constitution » est rejeté par les membres du Conseil qui ne veulent pas laisser entendre que la loi est conforme au principe d'égalité. Ne souhaitant pas non plus déclarer qu'elle n'est pas

²⁵ *Ibid.*, p. 4.

²⁶ *Ibid.*, p. 5, nous soulignons.

²⁷ *Ibid.*, p. 3.

²⁸ *Ibid.*, p. 4.

²⁹ *Ibid.*, p. 3.

³⁰ *Ibid.* p. 5.

³¹ *Ibid.* p. 5.

constitutionnelle, ils sont donc à la recherche d'« un artifice » qui évite de laisser entendre que le Conseil juge la loi organique conforme au principe d'égalité. Différentes solutions sont discutées. Vincent Auriol envisage de renvoyer le texte de loi au gouvernement ; le président Léon Noël lui répond que cela n'est pas possible. Il propose ensuite que le projet soit modifié « de manière à faire apparaître que le Conseil n'accepte la dérogation qu'en raison des circonstances, qu'en raison de la guerre »³². Le président refuse aussi cette solution et lui répond que « le Conseil ne peut invoquer les circonstances sans quitter le domaine du droit », en outre, il dit craindre que, si le Conseil fait des réserves, « ses membres soient considérés par les Musulmans comme racistes³³ »³⁴.

La solution qui est adoptée vient finalement de ce qui était formulé comme un problème : le conseil doit se prononcer sur un texte qui comprend des dispositions similaires à un texte dont la constitutionnalité ne pourrait pas être contestée. Le président Noël explique qu'« il aurait été embarrassé » si le Conseil avait été saisi du texte de l'ordonnance du 22 décembre 1958 mais que, maintenant, « le principe est acquis »³⁵. Vincent Auriol suggère, après le refus des autres solutions qu'il a proposées, « afin de limiter la portée du précédent de la décision », de « constater que la constitutionnalité du principe qui est à la base de la loi, ne saurait plus être contestée ». Ce faisant, il reprend un argument avancé par le rapporteur, mais qui venait dans le raisonnement de celui-ci au surplus de sa conclusion à la constitutionnalité du texte comme n'allant pas à l'encontre du principe d'égalité³⁶. Au cours d'une brève suspension de séance, le projet de décision est amendé en ce sens, et il est finalement adopté après une très légère modification, la formule utilisée devenant « ne peut être contestée » plutôt que « ne saurait être contestée ».

II. Le motif explicitement politique

La décision *Magistrats musulmans* est tout d'abord et de façon évidente politique parce que les membres décident ensemble de s'affranchir de ce qu'ils conçoivent comme la contrainte juridique que pose la Constitution. Ils s'accordent pour dire qu'ils devraient censurer juridiquement la loi organique mais qu'ils ne le font pas pour des raisons politiques. Il s'agit d'un cas extrême : à notre connaissance, il n'y a pas d'autre cas où les membres du Conseil expriment de façon aussi claire et partagée qu'un texte est inconstitutionnel mais qu'il ne faut pas le déclarer comme tel³⁷. Le motif de la décision est donc explicitement et consciemment politique pour les membres. Il est exceptionnel que les membres du Conseil s'accordent explicitement pour masquer à ce point le véritable motif de leur décision derrière un artifice.

³² *Ibid.*, p. 5.

³³ *Ibid.*, p. 6.

³⁴ *Ibid.*, p. 6.

³⁵ Compte rendu de la séance du 15 janv. 1960, p. 5.

³⁶ Rapport annexé au Compte rendu de la séance du 15 janv. 1960, p. 7.

³⁷ La décision *Évolution de la Nouvelle-Calédonie I* n'est pas sans faire penser à la décision commentée. Le Conseil devait décider si le législateur avait commis une erreur manifeste en fixant le nombre de conseillers pour les quatre régions de la Nouvelle-Calédonie. Le président du Conseil enjoint les membres à ne pas censurer la loi pour des raisons qu'il présente comme politiques. S'il ne fut pas suivi, le débat fut serré : les membres décidèrent de censurer la loi par cinq voix contre quatre. V. Cons. const., 8 août 1985, n° 85-196 DC, *Évolution de la Nouvelle-Calédonie I*.

Les délibérations montrent le passage des juges – en chair, avec leurs visions multiples, les membres du Conseil – au juge – désincarné, personnifiant la justice, le « Conseil en majesté » selon l'expression de Dominique Schnapper³⁸. Elles nous introduisent dans un espace intermédiaire : les propos tenus par les juges ne sont réductibles ni au raisonnement qu'ils peuvent mener « en leur for intérieur » ni à la justification officielle de la décision. Ils peuvent être vus comme relevant d'une forme particulière de discours juridique que l'on peut appeler le « langage juridique délibératif »³⁹. Celui-ci correspond à un jeu de langage qui n'est pas le même que celui du juge, mais qui n'autorise pas non plus tout type d'argument.

Reprenant Owen Fiss, Duncan Kennedy considère que les « juges agissent comme membre d'une communauté interprétative, plus ou moins réifiée dans leur esprit, et que ce fait est une source de contrainte »⁴⁰. On peut considérer qu'il y a de bons et de mauvais arguments, dans un contexte donné. C'est le cas devant le juge, mais aussi entre les juges. Ceux-ci ne sont pas exactement les mêmes. Ce que peuvent dire entre eux les membres du Conseil n'est pas exactement ce qu'ils peuvent dire en tant que juge. Par exemple, dire qu'une décision dans un certain sens donnerait une mauvaise image du Conseil (ici, le président a peur que le Conseil n'apparaisse raciste envers les musulmans) est un argument recevable entre les membres mais qui n'est pas un bon argument pour le Conseil.

S'il est usuel que le discours délibératif diffère du discours du juge, que les arguments acceptés entre les juges ne soient pas les mêmes que ceux auxquels le juge peut recourir, il est exceptionnel que l'écart soit aussi important. Le Conseil va très loin dans le travestissement : un membre parle d'un « d'artifice »⁴¹ un autre salue « l'ingéniosité des juristes »⁴². En ce sens, il s'agit d'un cas où la motivation masque les motifs de la décision⁴³. Toutefois, il faut nuancer l'ampleur de la tromperie. Pour les membres, l'artifice permet aussi de montrer leurs réserves sur la constitutionnalité des dispositions qui leur sont soumises. La doctrine n'est d'ailleurs pas vraiment dupe et semble deviner les motifs du Conseil bien qu'elle n'ait pas accès aux délibérations. Commentant la décision, Léo Hamon souligne immédiatement que la solution choisie permet au Conseil de « se tirer »⁴⁴ du dilemme auquel il fait face ; plus tard, Mathieu Maisonneuve y voit un « tour de passe-passe juridique »⁴⁵, Anne Levaë une façon d'éviter « de se prononcer sur une affaire sensible »⁴⁶.

Ainsi, la discussion entre les membres montre que la décision est consciemment prise pour un motif politique. Ne voir que cet aspect, le plus évident, reviendrait toutefois à

³⁸ D. SCHNAPPER, *Une sociologie au Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 310s.

³⁹ V. REVEILLERE, « “Couvrez ces valeurs que je ne saurais voir”. La discussion des valeurs au Conseil constitutionnel (1959-1985) », *RDP*, n° 2, 2015, pp. 465-498.

⁴⁰ D. KENNEDY, *A critique of adjudication (fin de siècle)*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1997, p. 161.

⁴¹ M. DELEPINE, *Compte rendu de la séance du 15 janv. 1960*, p. 4.

⁴² V. AURIOL, *Compte rendu de la séance du 15 janv. 1960*, p. 3.

⁴³ Sur cet aspect de la motivation, v. classiquement, M. TROPER, « La motivation des décisions constitutionnelles », in C. PERELMAN et P. FORIERS (dir.), *La motivation des décisions de justice : études*, Bruxelles, Belgique, E. Bruylant, 1978, pp. 287-302.

⁴⁴ L. HAMON, « CC 15 janvier 1960 », *op. cit.*, p. 294.

⁴⁵ M. MAISONNEUVE, « Les discriminations positives ethniques ou raciales en droit public interne : vers la fin de la discrimination positive à la française ? », *op. cit.*

⁴⁶ A. LEVAË, « Discrimination positive et principe d'égalité en droit français », *Pouvoirs*, vol. 4, n° 111, 2004, pp. 55-71, § 42. De façon ambiguë, elle considère toutefois que, « ce faisant, il validait implicitement une véritable discrimination positive ».

exceptionnaliser le politique : la décision ne serait politique que lorsque les juges décident consciemment d'adopter une décision pour des motifs politiques plutôt que juridiques et qu'ils masquent ces derniers par un artifice. Il ne faut toutefois pas s'arrêter là. La décision est aussi politique en un autre sens, plus banal, qu'il est crucial de prendre en compte, même s'il échappe largement à la discussion se déroulant entre les membres du Conseil.

III. La politique implicite des concepts

Les concepts juridiques employés par les membres – comme celui d'égalité – ainsi que la distinction entre ce qui compte comme un bon ou un mauvais argument, en tant que juge ou en tant que membre du Conseil, ne sont pas neutres politiquement au sens où ils traduisent une certaine représentation du monde. Comme une langue, ils rendent possible, mais ils limitent aussi, ce que les acteurs peuvent dire ou faire, et même ce qu'ils peuvent vouloir dire ou vouloir faire⁴⁷. En reprenant une formule des études sur les sciences et les techniques, on peut dire que les concepts juridiques sont de la politique par d'autres moyens. L'expression traduit le refus, tant d'une vision formelle du droit, que d'une approche purement politique ou stratégique. Il est possible d'accepter le caractère politique du droit, tout en reconnaissant l'importance de formes argumentatives spécifiquement juridiques, qui ne sont pas réductibles à une argumentation politique⁴⁸.

La dimension politique des concepts utilisés par le Conseil peut être mise en évidence en observant les différentes conceptions qui s'opposent dans les délibérations. Deux approches de l'égalité s'affrontent dans les délibérations : le rapporteur défend une conception réelle de l'égalité, qui autorise la discrimination positive, à l'encontre de la conception formelle défendue par tous les autres membres. On trouve sans doute là un exemple emblématique du fait que, comme le souligne Lionel Zevounou, « la domination raciale s'est généralement appuyée en droit français sur des catégories en apparence neutres »⁴⁹. Si elle n'est pas vraiment discutée en ces termes, l'affirmation que l'égalité mentionnée à l'article 2 de la Constitution doit s'entendre de façon formelle pourrait être débattue. De même, la question de savoir si l'argument des circonstances est irrecevable juridiquement n'est pas nécessairement si évidente : Vincent Auriol s'oppose sur ce point au président du Conseil. Ces voix discordantes montrent que les solutions adoptées, même si elles sont partagées par la grande majorité des membres du Conseil et de la doctrine, sont peut-être moins évidentes qu'elles ne le paraissent et peuvent faire l'objet de contestation.

Toutefois, cette observation permet aussi de souligner la contrainte juridique qu'expérimentent les membres du Conseil. Les conceptions minoritaires sont renvoyées à un souci politique. S'il n'y a pas véritablement de discussion sur ce qui permet d'affirmer que la conception de l'égalité qui doit prévaloir dans le contrôle de constitutionnalité est une conception formelle plutôt que réelle, c'est parce que celle-ci est réduite à une considération

⁴⁷ Pour une défense de cette perspective, v. par ex. A. RILES, *Pour une anthropologie des savoirs juridiques*, trad. V. REVEILLERE, Dalloz, coll. « Rivages du droit », 2022 ; V. REVEILLERE, *Le juge et le travail des concepts juridiques : le cas de la citoyenneté de l'Union européenne*, Institut Universitaire Varenne – LGDJ, 2018.

⁴⁸ Ainsi que le défend par exemple un auteur comme Duncan Kennedy dans un ouvrage que l'on peut voir comme une expression tardive et modérée de la thèse de l'indétermination développée par les *Critical Legal Studies*, D. KENNEDY, *A critique of adjudication (fin de siècle)*, *op. cit.*

⁴⁹ L. ZEVOUNOU, « Raisonner à partir du concept de "race" en droit français », *op. cit.*, p. 88.

politique. Les membres ne semblent pas envisager entre eux qu'ils pourraient, juridiquement, considérer que le principe d'égalité permette, voire implique, que des quotas soient réservés aux musulmans. De même, ils semblent estimer qu'ils ne pourraient, juridiquement, invoquer les circonstances : le président répond à Vincent Auriol que mentionner les circonstances reviendrait « à sortir du domaine du droit » sans être contredit⁵⁰. Les membres ont donc tendance à présenter ce que commande de faire le droit comme une contrainte qui leur est externe et qui les empêche d'adopter une solution qu'ils estiment souhaitable sur un plan politique.

L'approche de Duncan Kennedy, qui conçoit la question de la détermination du droit et de la contrainte qui pèse sur le juge à partir de la notion de travail est ici utile⁵¹. Celui-ci ne se situe ni dans une perspective dans laquelle le juge est simplement un acteur politique, comme dans les approches purement stratégiques où le droit n'est que le reflet d'autre chose, ni dans une perspective où ses préférences n'ont aucun effet sur le résultat atteint, à l'instar de l'idéologie de la décision-liée. Comme il le souligne, « les acteurs juridiques, qu'ils soient avocats ou juges, peuvent influencer ce qu'"est" le droit par leur travail juridique »⁵². S'ils les contraignent, les concepts et la tradition juridiques dans laquelle ils s'inscrivent sont toujours susceptibles d'évolution. Or, le juge, et tout particulièrement le juge dont les décisions ne peuvent faire l'objet de recours, occupe une place particulière dans la construction et l'évolution de cette tradition.

Les membres du Conseil s'estiment donc juridiquement contraints par une conception formelle de l'égalité et par le refus de déroger à la Constitution en raison des circonstances. En ce sens ils sont liés parce qu'ils ne peuvent, en première analyse, atteindre la solution qu'ils souhaiteraient adopter pour des raisons politiques. Ils semblent aussi juridiquement contraints par l'écran de l'ordonnance organique. Toutefois, l'étude des délibérations montre que cette dernière contrainte, plutôt que d'être purement externe, résulte aussi du travail des membres pour trouver une façon de tourner les deux premières contraintes. Elle illustre l'effet créateur de la contrainte qui pousse les juristes à devenir « ingénieux » et à trouver un « artifice ». Elle met aussi en évidence son caractère construit et contingent. En outre, les contraintes sont toujours susceptibles d'être modifiées, et le Conseil, de par sa position, dispose d'un pouvoir important en la matière.

C'est d'ailleurs ce que montre plus généralement l'évolution de la jurisprudence du Conseil relativement aux questions qui ont été discutées entre les membres du Conseil : l'égalité ne se réduit pas nécessairement à une égalité formelle ; les circonstances peuvent être invoquées sans sortir du domaine du droit ; le Conseil peut se prononcer sur un texte en modifiant un autre dont la conformité à la Constitution ne peut être directement contestée.

Sur le premier point, cela fait longtemps que le Conseil constitutionnel n'est pas insensible à la dimension réelle de l'égalité⁵³. Il a admis à différentes reprises la

⁵⁰ Compte rendu de la séance du 15 janv. 1960, p. 6.

⁵¹ V. D. KENNEDY, *A critique of adjudication (fin de siècle)*, op. cit., pp. 157-179 ; KENNEDY Duncan, « Freedom and Constraint in Adjudication : A Critical Phenomenology. », *Journal of legal education*, vol. 36, n° 4, 1986, pp. 518-562.

⁵² D. KENNEDY, *A critique of adjudication (fin de siècle)*, op. cit., p. 157.

⁵³ V. F. LUCHAIRE, « Un janus constitutionnel : l'égalité », *RDP*, vol. 102, 1986, pp. 1229-1274.

constitutionnalité de discriminations positives dans certains domaines⁵⁴, toutefois, sauf disposition constitutionnelle expresse, les discriminations positives sont considérées comme contraire à la Constitution lorsqu'elles reposent sur un critère prohibé par celle-ci comme la race, l'origine, la religion, les croyances ou le sexe⁵⁵. Au-delà de l'opposition entre une conception réelle et formelle de l'égalité, il faut d'ailleurs souligner que si le texte de la loi organique semble si problématique aux membres du Conseil, c'est en raison des critères de distinction qui étaient en cause : l'origine, la religion et la race (si le terme n'apparaît pas dans le texte soumis au Conseil, il figure bien dans les discussions entre les membres⁵⁶).

Certes, l'instauration de discriminations positives sur des critères d'origine, de religion ou de race est acceptée dans certains systèmes juridiques nationaux⁵⁷ et se trouve dans des textes internationaux⁵⁸ ou européens⁵⁹. On trouve d'ailleurs en droit français des mesures que l'on peut qualifier de discriminations positives raciales ou ethniques, en raison de révisions constitutionnelles ou de « failles jurisprudentielles »⁶⁰. Toutefois, il est peu contestable que l'acceptation de mesures de discrimination positives ethniques ou raciales aussi flagrantes que celles en cause dans la décision commentée aurait entraîné, et entraînerait toujours si elle avait lieu aujourd'hui, une évolution majeure de la conception dominante de l'égalité, mais aussi d'une certaine conception du modèle républicain⁶¹ et du concept de race en droit français⁶².

Concernant les circonstances exceptionnelles, le Conseil a récemment décidé qu'une loi organique adoptée au mépris des règles de procédure prévues à l'article 46 de la Constitution n'était pas inconstitutionnelle « compte tenu des circonstances particulières de l'espèce »⁶³. Il est difficile d'y voir une véritable théorie des circonstances particulières, pendant de la théorie des circonstances exceptionnelles⁶⁴. Toutefois, à la différence de ce qu'avaient estimé les membres du Conseil lors de la délibération de la décision commentée, le Conseil estime aujourd'hui qu'un texte qui va à l'encontre d'une règle constitutionnelle, même d'une règle procédurale claire et précise, peut être constitutionnel au regard des circonstances. On

⁵⁴ V. E. OLIVA, M. GUERRINI, L. DOMINGO, P. GAÏA, F. MELIN-SOUCRAMANIEN et A. ROUX, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 20^e éd., Dalloz, p. 792 ; F. MELIN-SOUCRAMANIEN, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 230 et s. G. CALVES, *La discrimination positive*, *op. cit.*, p. 63 et s.

⁵⁵ OLIVA, M. GUERRINI, L. DOMINGO, P. GAÏA, F. MELIN-SOUCRAMANIEN et A. ROUX, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 792 ; F. MELIN-SOUCRAMANIEN, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 241 et s.

⁵⁶ Gilbert Jules estime ainsi que le texte porte atteinte à « l'égalité des races », Léon Noël qu'il ne faut pas insister sur « l'élément raciste », v. Compte rendu de la séance du 15 janv. 1960, pp. 4-5.

⁵⁷ V. par ex., le cas emblématique des États-Unis. V. G. CALVES, *L'affirmative action dans la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis : le problème de la discrimination « positive »*, LGDJ, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », Paris, 1998.

⁵⁸ V. par ex, le paragraphe 4 de l'article de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale du 21 déc. 1965.

⁵⁹ V. notamment, l'article 5 de la directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique.

⁶⁰ V. M. MAISONNEUVE, « Les discriminations positives ethniques ou raciales en droit public interne : vers la fin de la discrimination positive à la française ? », *op. cit.*

⁶¹ V. G. CALVES, *La discrimination positive*, *op. cit.*

⁶² L. ZEVOUNOU, « Raisonner à partir du concept de "race" en droit français », *op. cit.*

⁶³ Cons. const., 26 mars 2020, n° 2020-799 DC, Loi organique d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19.

⁶⁴ V. J. JEANNENEY, « La non-théorie des "circonstances particulières". Sur la décision relative à la loi organique d'urgence sanitaire », *AJDA*, vol. 76, n° 15, 2020, pp. 843-848.

perçoit bien ici que ce qui peut compter comme un argument juridique ou non est susceptible d'évolution et que le Conseil joue un rôle central en la matière.

Quant au refus de contrôler les ordonnances sur le fond, la discussion entre les membres du Conseil n'est pas très développée, peut-être parce qu'ils perçoivent bien l'intérêt d'une telle règle pour résoudre le dilemme auquel ils font face. Vincent Auriol remarque toutefois incidemment qu'« il faudra bien que d'une manière générale le Conseil trouve le moyen de se saisir lui-même »⁶⁵ de ces ordonnances organiques. La règle posée par le Conseil a pu être saluée par certains auteurs. Michel Rousset, la justifie par une raison « juridique » – le Conseil n'a pas la compétence pour cela – mais aussi par une raison « politique » – les mesures transitoires auraient été prises sur délégation du peuple français⁶⁶. D'autres sont plus critiques, comme Léo Hamon dans sa note⁶⁷ ou les auteurs de la première édition des *Grandes décisions du Conseil constitutionnel*⁶⁸.

Il est en effet problématique que le Conseil ne censure pas un texte dont il est saisi alors qu'il estime qu'il viole la Constitution. L'argument de la cohérence que les membres du Conseil évoquent entre eux pourrait d'ailleurs être renversé. Plutôt que de venir justifier l'incompétence du juge constitutionnel à contrôler le nouveau texte sur le fond, il pourrait justifier l'extension de sa compétence pour contrôler un texte promulgué. La contrainte juridique que semblent éprouver les membres du Conseil n'a donc, ici aussi, rien d'absolu. C'est d'ailleurs ce que montre la jurisprudence *État d'urgence en Nouvelle-Calédonie* par laquelle le Conseil décide qu'il peut contrôler les termes d'une loi ordinaire promulguée « à l'occasion de l'examen de dispositions législatives qui la modifient, la complètent ou affectent son domaine »⁶⁹. Rappelons en outre que les ordonnances organiques sont désormais aussi susceptibles de faire l'objet d'une QPC⁷⁰.

Ainsi, la décision *Magistrat musulmans* est une décision explicitement politique au sens où les membres s'accordent pour ne pas censurer le texte qui leur est présenté pour des raisons qu'ils conçoivent comme politiques alors qu'ils estiment qu'ils devraient juridiquement le faire. Elle est aussi politique, de façon implicite, comme n'importe quelle décision, par les concepts juridiques qu'elle met en œuvre et qu'elle participe à instituer. En ce sens, le politique ne s'oppose pas au juridique et le juridique ne se résume pas au politique : le droit est politique par d'autres moyens. Si les membres du Conseil décident ainsi, c'est aussi en raison de la contrainte qu'ils expérimentent – ils estiment par exemple ne pas pouvoir justifier leur décision par les circonstances ou ne pas pouvoir dire que le texte qui leur est déféré respecte le principe d'égalité. Cette contrainte n'a rien d'absolu, elle peut être tournée par les juristes ingénieux et le Conseil est susceptible de la faire évoluer. Si le Conseil décide ainsi,

⁶⁵ Compte rendu de la séance du 15 janv. 1960, p. 3.

⁶⁶ M. ROUSSET, « CC 15 janvier 1960 », *Recueil Sirey*, p. 248.

⁶⁷ L. HAMON, « CC 15 janvier 1960 », *op. cit.*, p. 294.

⁶⁸ V. également L. FAVOREU et L. PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, pp. 82-83.

⁶⁹ Cons. const., 25 janv. 1985, n° 85-187 DC, § 10.

⁷⁰ Comme le montre une décision du Conseil intervenant d'ailleurs sur l'ordonnance du 22 déc. 1958 : cons. const., 5 oct. 2012, n° 2012-278 QPC, *Élisabeth B.*

c'est aussi en raison des contraintes que les membres anticipent que leur décision produira à l'avenir – changer la conception de l'égalité et de la race en droit français pourrait avoir des conséquences majeures, de même que reconnaître une théorie des circonstances exceptionnelles. Ce souci est central dans les discussions, il se trouve par exemple exprimé par Vincent Auriol lorsqu'il cherche une solution permettant de « limiter la portée du précédent de la décision ». La solution de l'ordonnance écran, qui permet au Conseil de limiter la portée de la décision quant au principe d'égalité, constitue toutefois aussi une contrainte pour les décisions postérieures du Conseil quant au régime des ordonnances de 1958 et des textes les modifiant dans le même esprit. Néanmoins, ici aussi, la contrainte n'a rien d'absolu comme le montre l'abandon de cette jurisprudence par la suite.