

**La jurisprudence du Conseil constitutionnel :  
grandeur ou décadence du droit constitutionnel ?  
Un regard surplombant sur les libertés publiques**

Jean-Marie Denquin, *professeur à l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense*

On sait que le Conseil constitutionnel, institution d'abord décriée, s'est trouvé, par une sorte d'hegelianisme rudimentaire, transformé en nécessité historique. Les phénomènes sans lesquels il n'aurait pas existé – la Constitution de 1958, le général de Gaulle, voire une promotion retardée dans l'ordre de la légion d'honneur – se sont métamorphosés en *ruses de la raison*, qui ont permis à celle-ci de se manifester dans l'histoire. L'institution est ainsi devenue sa propre cause, car un événement aussi sublime ne pouvait évidemment être le fruit du hasard.

Dans cette transfiguration, un rôle important fut joué par la substitution de la formule « gardien des libertés publiques » à celle, jugée réductrice et gothique, d'« organe régulateur de l'activité des pouvoirs publics »<sup>1</sup>. L'idée de gardien des libertés est toutefois elle-même réductrice, car cette dimension n'est, malgré son importance, qu'un élément d'un projet beaucoup plus vaste. Ce projet, conçu par une partie de la doctrine et que le Conseil n'a jamais récuse, est une véritable *utopie normativiste* : il s'agit de réécrire l'ensemble du droit français sur un fondement rationnel, qui permettra ensuite d'engendrer toutes les normes, générales et particulières, selon une méthode déductive. Pour les initiateurs de cette utopie, le droit constitutionnel n'est pas un droit technique formellement et matériellement défini, mais un droit premier, matrice unique d'un système juridique entièrement « constitutionnalisé ». C'est pourquoi il est en un sens arbitraire de distinguer la préservation des libertés de l'ensemble de la jurisprudence constitutionnelle. Les développements qui vont suivre ne se limitent donc pas aux décisions concernant les libertés *stricto sensu*, qui ne jouissent d'aucun traitement particulier. La chose est d'ailleurs naturelle, puisque les promoteurs du système n'avaient nullement songé à faire du Conseil le gardien de celles-ci<sup>2</sup>.

On ne saurait examiner ici les heurs et malheurs de l'utopie, et notamment les conséquences de son télescopage avec un phénomène tout différent, la soumission du droit français au droit communautaire et au droit européen. Mais les prophètes avaient annoncé que l'apparition du nouveau droit constitutionnel allait transfigurer la discipline. Il est donc légitime de poser la question : l'apothéose s'est-elle produite ? Ou les nouveaux acteurs, nouvelles méthodes et nouvelles normes ont-ils précipité la décadence du droit constitutionnel ?

---

<sup>1</sup> Décision 62-20 DC, considérant 2.

<sup>2</sup> Il en va autrement de la question prioritaire de constitutionnalité, puis qu'aux termes du nouvel article 61-1, celle-ci est réservée aux hypothèses où « une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit ». Le Conseil a d'ailleurs donné de ce texte une interprétation particulièrement restrictive, qui aboutit à limiter son contrôle, y compris dans le domaine des libertés (Décision 2010-5 QPC).

Pour tenter d'apporter une réponse à cette question, il convient d'abord de s'entendre sur les critères susceptibles de fonder une telle évaluation. On opposera conventionnellement *qualité* à *valeur*. Apprécier la *valeur* d'une décision de justice, c'est porter un jugement sur son dispositif – dire, en d'autres termes, si l'on considère qu'elle doit être approuvée ou non. En revanche apprécier la *qualité* d'une décision consiste à évaluer la qualité de ses motivations, c'est à dire le sens et la pertinence des normes auxquelles elle se réfère, l'argumentation par laquelle la norme est mise en relation avec les faits de l'espèce, la cohérence interne du raisonnement, la clarté et l'univocité de la rédaction, la possibilité d'appliquer les solutions et les implications de cette transposition. Il va de soi que les deux niveaux ne sont pas sans rapports. On est plus porté à l'indulgence quand l'argumentation du juge va dans le sens de ce que l'on souhaite, et inversement. Mais il est non moins clair que les deux divergent parfois : on peut juger une décision opportune tout en déplorant le caractère non pertinent de ses motifs, leur rédaction équivoque ou maladroite, leur portée trop vaste ou trop restrictive. On peut aussi désapprouver des choix tout en reconnaissant la qualité technique de l'argumentation qui les soutient. Valeur et qualité ne se confondent donc pas.

La même distinction peut exister au niveau de la doctrine – entendue au sens de l'ensemble des discours à prétention juridique qui précèdent, accompagnent et commentent une décision de justice. Ici cependant la qualité prend le pas sur la valeur. Ces discours, scientifiques ou dogmatiques, ne sont pas une source du droit et n'ont donc pas d'enjeu immédiat. Mais ils constituent le support nécessaire de celui-ci car ils forment, définissent et mettent à l'épreuve les mots, les concepts, les schèmes interprétatifs, les thématiques que le juge et le législateur emploient et sans lesquels ils ne produiraient que des paroles discontinues, éparses et purement casuistiques.

La jurisprudence constitutionnelle n'est pas dépourvue de valeur car le Conseil rend parfois des décisions qui suscitent l'approbation – le contraire serait d'ailleurs étonnant. Mais est-elle de qualité ? Et a-t-elle suscité, dans la doctrine, une réflexion à la hauteur des pronostics avancés par l'utopie ? Sans même évoquer une comparaison avec ce qui se fait à l'étranger et l'interaction constructive du juge et de la doctrine qui permit jadis l'élaboration du droit administratif français, il semble bien que les promesses n'aient pas été tenues. La tâche, il est vrai, était ardue, car s'ajoutaient aux limites propres à un droit jurisprudentiel des difficultés inhérentes à la matière constitutionnelle. Mais le résultat paraît décevant, car ce qu'a produit le Conseil n'est en définitive qu'un droit politique, très faiblement normatif et un droit moyen.

Un droit jurisprudentiel présente un certain nombre de limites structurelles. La portée de celles-ci se trouve toutefois aggravée et même décuplée par la spécificité de la matière constitutionnelle.

La plus évidente limite d'un droit forgé par le juge tient évidemment à ce que celui-ci n'agit pas et peut seulement réagir. Il n'a pas l'initiative, puisque sa capacité d'intervention dépend très largement des litiges qui lui sont soumis<sup>3</sup>. Or ceux-ci sont par définitions des *cas particuliers*. La décision relative à l'un de ces litiges est donc structurellement ambiguë : est-ce une solution d'espèce ou une norme généralisable ? Le *cas général*, que la réalité ignore, ne peut en être dégagé que par abstraction. Seule la décision suivante dira si l'on est en présence d'une règle – mais c'est elle maintenant qui demandera confirmation.

Il existe certes des moyens pour pallier, du moins jusqu'à un certain point, cette difficulté. Le plus efficace est l'arrêt de règlement : à l'occasion d'une affaire, le juge expose quelle sera sa ligne de conduite – jusqu'à nouvel ordre. Un exposé long et détaillé de l'affaire, des solutions envisageables et des états d'âme du juge peut permettre de mieux apprécier son raisonnement et accroît par conséquent la capacité de prévoir la manière dont il réagirait dans un cas différent. La possibilité de hiérarchiser ces propos en plusieurs registres – en distinguant par exemple *obiter dicta* et *rationes decidendi* – accroît encore cette transparence relative. Enfin les opinions individuelles, dissidentes en particulier, éclairent les mécanismes de la réflexion collective et préparent les voies d'alternatives possibles. Mais dans la culture juridique française, ces techniques sont impraticables : les arrêts de règlement sont honnis depuis la révolution et le culte de l'*imperatoria brevitatis* interdit aussi bien les développements explicatifs que les opinions individuelles.

D'autre part le propre d'un droit jurisprudentiel est d'extraire la règle des cas, alors que le droit législatif suppose une application de la règle à un cas particulier. Le premier généralise alors que le second individualise. La généralisation s'accomplit à travers la notion de précédent : un cas identique entraînera des conséquences identiques. Mais deux cas concrets ne sont jamais complètement identiques, sinon ils seraient confondus (principe des indiscernables). La similitude des deux cas n'est donc jamais la conséquence nécessaire d'un état de chose objectif : elle n'est pas la cause mais la conséquence de la décision du juge. La marge de manœuvre de celui-ci est donc plus large, semble-t-il, que dans un droit législatif. Mais la différence est surtout marquée lorsque le juge statue en dernier ressort. Dans ce cas il crée la règle qu'il applique et peut par conséquent opérer un revirement de jurisprudence, alors que dans un droit législatif il devrait en principe attendre que le législateur prenne l'initiative de modifier la règle.

L'ensemble de ces contraintes rend le droit jurisprudentiel structurellement dépendant de la doctrine. Elle seule dispose d'un pouvoir de généralisation. Elle seule peut éclairer le sens des décisions en mettant au point des concepts. Elle seule se projette dans l'avenir, en prévoyant, avec une chance

---

<sup>3</sup> Ce qui suffit d'ailleurs à relativiser la pertinence du thème du *gouvernement des juges*.

relative de succès, l'évolution probable des décisions du juge. Mais ceci suppose de la part des auteurs une puissance de synthèse et de conceptualisation et une distance critique. Ceci suppose aussi que le juge soit attentif à la doctrine et que ses choix ne soient pas déterminés par des facteurs exogènes. Or il est clair que ces conclusions n'ont été jusqu'ici que très imparfaitement remplies. A quelques exceptions près, glorieuses mis rares, la majorité de la doctrine attend la vérité du Conseil au lieu de la lui apporter. Elle devrait – avec le tact convenable – introduire dans le discours juridique la dimension conceptuelle qui lui manque. Or elle en vient trop souvent à supposer que le juge possède la vérité, par une grâce laïque mais spéciale, sans toutefois l'expliciter. Au lieu de dire ce que le juge penserait s'il pensait, elle recueille ses assertions, paroles obscures mais décisives, que l'on peut seulement répéter. Or le juge est perpétuellement dans l'esquive : il évite les questions plus qu'il ne les approfondit, car son but principal, sinon unique, est de trancher, à moindres frais et en fonction de considérations d'opportunité. La question posée par beaucoup d'auteurs devient néanmoins « Qu'en dit le Conseil ? » et non plus « Que devrait en dire le Conseil ? ». Cette démission entraîne un appauvrissement singulier du discours constitutionnel, aujourd'hui bien moins capable qu'hier de définir ses notions essentielles, comme la démocratie, la représentation ou la séparation des pouvoirs. Certes le Conseil constitutionnel est loin d'être le seul responsable de cette perte de sens. Mais il l'aggrave dans la mesure où il entretient l'illusion d'apporter des réponses alors qu'il se borne à colmater des brèches au coup par coup, tout en protégeant l'appareil d'Etat contre les conséquences des principes proclamés par celui-ci.

Il faut toutefois reconnaître que la tâche du juge est rendue complexe par la spécificité de la matière constitutionnelle.

Selon la vulgate normativiste qui s'est imposée en France depuis un quart de siècle, le juge constitutionnel applique la Constitution comme le juge (ordinaire) applique la loi. Cette vision est populaire, car simpliste et politiquement correcte. Elle n'a qu'un inconvénient : elle est fautive. Car elle ignore, sans doute de bonne foi, que la différence entre les objets engendre un rapport différentiel du juge aux objets. Dans l'optique traditionnelle, juger consiste, pour le juge, à subsumer des individus sous des concepts de premier ordre, c'est-à-dire à déclarer qu'un individu  $x^1$  appartient à l'extension d'un concept X. Opération indispensable, puisque la notion à laquelle la norme fait référence présente une intension (avec un s) ou signification déterminée mais ne détermine pas son extension, autrement dit n'énumère pas les individus auxquels fait référence la notion<sup>4</sup>. Ayant ainsi déterminé que le terme mineur du syllogisme est contenu dans l'extension du terme moyen, le juge n'a plus qu'à appliquer le raisonnement syllogistique pour en tirer la conclusion – le terme mineur est contenu dans l'extension du terme majeur. (Les choses sont en réalité

---

<sup>4</sup> Par convention j'appelle notion l'idée dont l'intension est déterminée, et concept celle dont l'intension et l'extension sont déterminées.

plus complexes car le raisonnement syllogistique ne détermine pas la conclusion<sup>5</sup>. Mais la forme syllogistique offre une reconstruction approximative et cohérente, sinon réaliste, de la démarche du juge.)

Le problème auquel se trouve confronté le juge constitutionnel est tout autre. La Constitution et les textes annexes posent en effet des principes sublimes, péremptores et brefs – ainsi le veulent à la fois la majesté de l’objet et l’espace exigü qui lui est concédé<sup>6</sup>. Mais ces principes sont extrêmement généraux et inapplicables en l’état. Leur mise en œuvre implique des nuances, exceptions et limites que par hypothèse ils ne contiennent pas. Si leur généralité était prise au pied de la lettre, on pourrait en tirer des syllogismes du genre suivant : « La Constitution proclame la liberté d’expression ; or la loi Gayssot interdit de prononcer telle phrase ; donc la loi Gayssot est contraire à la liberté d’expression. » Mais en réalité nul ne doute que le principe invoqué comporte des limites. Donc le principe de liberté d’expression n’est pas un concept de premier ordre qui aurait pour extension l’ensemble des phrases exprimables dans une langue quelconque. Cet ensemble là est un concept de deuxième ordre, c’est-à-dire un concept qui a pour extension des concepts de premier ordre parmi lesquels figurent le concept de phrases dont l’expression est garantie par le principe et le concept de phrases dont il est possible d’interdire l’expression. Il en résulte que le juge constitutionnel doit, pour appliquer le principe, suppléer les chaînons logiques manquants : le concept de deuxième ordre, l’intension et l’extension des deux concepts de premier ordre. Il sera ensuite possible de subsumer des phrases sous l’un ou l’autre concept est d’en déduire s’il est ou non possible d’en interdire l’expression. Le Conseil peut y parvenir soit en créant de toute pièce une règle générale supplétive, soit en énumérant au cas par cas les opinions qu’il est licite de soutenir. Dans l’une et l’autre hypothèse il crée la règle qu’il applique, ce qui est évidemment contraire à l’interprétation classique de la séparation des pouvoirs.

Les difficultés suscitées par la matière constitutionnelle sont encore aggravées par le principe du contrôle a priori. En effet celui-ci conduit à confronter deux textes. Loin d’être « of flesh and blood », le litige demeure « of words and words ». Or l’interprétation de l’un comme de l’autre texte confrontés est inévitablement problématique, puisqu’un texte ne s’interprète pas lui-même. (D’une part, si le texte, fournit sa propre exégèse, celle-ci s’incorpore à lui est doit donc à son tour être interprétée. D’autre part un texte ne peut expliciter sa propre extension sans se réduire à une énumération de noms propres ou de descriptions définies.) Ni leur sens réputé obvie, ni a fortiori les conséquences qui peuvent en être tirées ne sont transparents. L’interprétation qu’en donne le

---

<sup>5</sup> Je me permets de renvoyer à mon article « Réflexions sur le syllogisme judiciaire », dans *L’architecture du droit. Mélanges en l’honneur de Michel Troper*, p.373-385.

<sup>6</sup> On ne réfléchit pas assez sur ce paradoxe : pour frapper l’opinion et sacraliser l’essentiel, la Constitution doit être brève. Mais pour garantir effectivement tout ce qui mérite de l’être, elle doit être précise : d’où la course à la constitutionnalisation, puis à la « fondamentalisation ». L’ennui est que, si tout est constitutionnel, plus rien ne l’est.

juge ne le sera pas non plus : la solution de l'équation à deux inconnues est une troisième inconnue, qui fera elle-même l'objet d'interprétation. (La censure d'un texte par le Conseil constitutionnel supprimera certes toute interrogation à son sujet mais, outre que la question demeure entière en cas de réserves d'interprétation, dans quelle mesure exclura-t-elle la reprise par le législateur de dispositions approchantes mais plus ou moins euphémisées ?) Par contraste, le contrôle par voie d'exception retrouve la configuration du procès « normal ». Ici, même si la formulation d'un principe abstrait découle du jugement et en constitue une des finalités, le juge se trouve confronté à une réalité extralinguistique. Ce défi concret est ambivalent : il est un obstacle, car l'idiosyncrasie des cas concrets résiste à la généralité des concepts, mais c'est aussi un tremplin. Les singularités ont une valeur heuristique, car elles mettent en lumière des paramètres inaperçus, leurs variations créent des contrastes, permettent de définir et de hiérarchiser des critères – elles posent concrètement, sinon consciemment, la question essentielle de l'extension des concepts. A l'inverse une pure exégèse des termes suscite des interprétations parcellaires, aléatoires, étroitement conditionnées par l'imagination, ou l'absence d'imagination, des interprètes : pour obvier à une mésinterprétation des textes, il faut d'abord la concevoir.

On aurait pu penser que la nouvelle question prioritaire de constitutionnalité serait de nature à relativiser ces inconvénients. Le cadre constitutionnel qui lui a été tracé comme la pratique qui en est faite ont cependant écarté toute référence à l'idée d'un contrôle par voie d'exception. La procédure mise en œuvre, qui abstrait du texte une *question*, n'est qu'un contrôle par voie d'action rétroactif, où tout est soigneusement calculé pour organiser la confrontation de deux normes abstraites, entièrement déconnectées de l'événement concret qui l'a suscitée.

Les caractères structurels jusqu'ici considérés mettent en lumière la difficulté de produire un droit constitutionnel jurisprudentiel. Ils expliquent l'échec d'une méthode qui consiste à transposer telles quelles des recettes élaborées pour produire un autre droit, celui-ci fût-il administratif. Pourtant on soupçonne que ces difficultés pourraient être dépassées, ne serait-ce que parce qu'elles l'ont été ailleurs. On risquera ici l'hypothèse que les limites du droit constitutionnel jurisprudentiel français sont moins la conséquence d'une résistance des choses, par ailleurs incontestable, que d'une volonté, à demi consciente, de créer une variété particulière de droit : un droit politique, à tous les sens du terme, très faiblement normatif et un droit moyen.

Tout se passe comme si le Conseil constitutionnel, loin de chercher à dégager des règles de droit, avait pour but exclusif de préserver son entière liberté de décision. En tant que juridiction constitutionnelle, qui fabrique

le droit qu'elle applique, et que juridiction suprême, le Conseil constitutionnel ne saurait être juridiquement limité. Mais politiquement il a tout intérêt à développer le thème de son autolimitation. Celle-ci se manifeste dans des formules où le Conseil proclame les limites de son pouvoir et dans une rhétorique de l'autoréférence. En se citant lui-même, il s'efforce d'établir la continuité sans faille de sa jurisprudence, par laquelle il est censé se lier lui-même. En réalité l'objectif du Conseil est inverse. Comme tout juge suprême, il entend conserver une marge d'appréciation discrétionnaire. Mais surtout – préoccupation qui lui est propre – il souhaite ménager l'exécutif dont il est globalement solidaire, du moins lorsque celui-ci est politiquement du même bord. Il déploie dans ce but des efforts considérables pour laisser en permanence ouverte toutes les options, afin de ne heurter l'appareil d'Etat que parcimonieusement, sur des points mineurs et quand il ne peut faire autrement sans se décrédibiliser complètement. Ne pouvant dresser ici une liste exhaustive des techniques qu'il met en œuvre dans ce but, on se bornera à en rappeler quelques exemples.

La première est le recours à des notions vides, qui possèdent une signification mais pas d'extension, comme par exemple « l'esprit de la Constitution »<sup>7</sup> ou « l'identité constitutionnelle de la France »<sup>8</sup>. Discours essentialiste, mais où le recours à l'essence camoufle l'absence de sens. Car comment le Conseil, ou plutôt ses membres, savent-ils qu'un objet est contraire ou non à l'esprit de la Constitution ou à l'identité de la France ? La réponse est évidemment qu'ils ne le savent pas, mais le décident, puisqu'il n'existe aucun critère rationnel, objectif et préexistant pour justifier ou exclure la subsomption. Certes les membres du Conseil pensent peut-être qu'ils savent, mais ce fait psychologique ne modifie en rien l'impossibilité logique de savoir. Ils pourraient tout aussi bien décider l'inverse, et dans ce cas ils penseraient que l'inverse est vrai. Le choix effectué est donc bien arbitraire, au sens de décisionniste. Une preuve surabondante en est d'ailleurs fournie par le fait que ces pseudo-concepts sont également susceptibles de changement : l'« esprit » change, celui d'aujourd'hui n'est plus celui de 1962, et le temps n'est pas si loin où l'identité constitutionnelle de la France aurait pu se définir par ce que l'on appelle maintenant avec mépris le « légicentrisme ».

La deuxième technique consiste à concéder *verbale*ment des limites à la décision du Conseil mais en restant maître de l'extension de ces limites. Ainsi le Conseil ne jouit pas d'« un pouvoir d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement »<sup>9</sup> et la loi « n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution »<sup>10</sup>. Mais c'est le Conseil qui détermine sa propre marge d'appréciation et qui dit ce qui est conforme à la

---

<sup>7</sup> Décision 62-20, considérant 2.

<sup>8</sup>

<sup>9</sup> Depuis la décision 75-54 DC, considérant 1.

<sup>10</sup> Depuis la décision 85-197 DC, considérant 27.

Constitution. Il peut donc invoquer le second argument quand il a décidé de censurer un texte et le premier quand il a décidé l'inverse.

De même, la faculté que se reconnaît le Conseil de créer des normes constitutionnelles lui permet de ne jamais manquer d'arguments *pro* ou *contra*. S'il veut censurer, il peut « découvrir » un principe fondamental reconnu par les lois de la République. S'il veut valider la loi qui lui est soumise, il déclarera que la pratique invoquée, même si elle a été constamment appliquée, n'est qu'une simple « tradition républicaine »<sup>11</sup>. Il peut aussi, pour les besoins de l'une ou de l'autre cause, interpréter un texte constitutionnel, invoquer un principe tel que la séparation des pouvoirs ou les exigences de l'intérêt général sans qu'il soit possible de démontrer que ces formules n'ont pas le sens qu'il leur prête : comme il ne les définit pas, leur géométrie reste opportunément variable. Pour écarter une norme explicite qui paraît contraire à une disposition législative, il peut encore, s'il entend sauver cette dernière, inventer un « objectif à valeur constitutionnelle » opposé, le maintien de l'ordre public par exemple, puis arguer de celui-ci pour opérer une « conciliation » entre ces « principes ». Il va de soi que le point d'équilibre coïncidera miraculeusement avec la solution qu'il entend faire prévaloir.

Il faudrait aussi évoquer les adverbes et restrictions diverses qui émaillent la plupart des décisions du Conseil : par exemple la représentativité implique une élection sur « des bases *essentiellement* démographiques »<sup>12</sup>, ce qui laisse la porte ouverte aux exceptions opportunes. Le principe d'égalité ne s'applique qu'à des cas identiques, mais c'est le Conseil qui les déclare identiques, et un motif d'intérêt général, qu'il apprécie souverainement, peut justifier des dérogations.

Le décisionnisme se manifeste également à travers la faiblesse de l'argumentation, qui bien souvent ne cherche même pas à se dissimuler. De ce point de vue, les décisions prises sur la base de la question prioritaire de constitutionalité ont enrichi le palmarès de spécimens remarquables. La décision relative à l'indépendance des professeurs d'université, qui « implique que les professeurs et maîtres de conférences soient associés au choix de leurs pairs » est déjà justement célèbre<sup>13</sup>. On attend avec impatience sa généralisation : ne pourrait-on dire que la justice est indépendante parce qu'elle est associée aux décisions de l'exécutif ? La décision relative au mariage homosexuel est également remarquable, puisqu'elle se borne à poser « qu'il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer son appréciation à celle du législateur sur la prise en compte, en cette matière, de cette différence de situation [entre couples du même sexe et couples composés d'un homme et d'une femme] »<sup>14</sup>. Ici on ne peut même plus parler d'argumentation, puisqu'on se situe au niveau du

---

<sup>11</sup>

<sup>12</sup>

<sup>13</sup> Décision 2010-20/21 QPC, considérant 6. Voir le commentaire qu'en donne O. Beaud, *Les libertés universitaires à l'abandon ?*, Dalloz, 2010, p.285-330.

<sup>14</sup> Décision 2010-92 QPC, considérant 9.

« circulez, y'a rien à voir » – habilement modulé par un « *en cette matière* » qui permettra de prendre une position inverse sur un autre terrain. Les décisions en matière fiscale illustrent les mêmes dérobades.

Enfin le Conseil constitutionnel, juridiction suprême, est libre de modifier comme il l'entend sa propre jurisprudence. Le fait que les exégètes aient du mal à identifier des revirements jurisprudentiel dans le contentieux constitutionnel – à la différence du contentieux administratif – ne prouve pas que le Conseil reste indéfectiblement attaché à ses principes, mais plutôt que ceux-ci sont suffisamment flous, ambigus et invertébrés pour qu'il soit possible de décider une chose et son contraire – par exemple proclamer « l'effet-clicquet » à son de trompe, puis y renoncer – sans même qu'il soit nécessaire d'en donner acte.

Il va de soi qu'une telle pratique peut être dument célébrée sous le nom de souplesse ou de pragmatisme. Mais il est non moins clair que ce système ne répond en rien aux éloges hyperboliques dont il est l'objet. Comment une institution qui prend un tel soin de ne pas s'engager afin de ne jamais être contrainte d'entrer en conflit avec l'exécutif dont elle est politiquement proche et qui est désormais maître absolu du Parlement par l'intermédiaire de « sa » majorité, peut-elle être décrite et célébrée comme gardienne de l'Etat de droit et en particulier des libertés publiques ? Un droit qui ne s'impose jamais au juge, un juge qui décide en vertu d'opportunités stratégiques voire de solidarités politiques peut-il être gardien de quoi que ce soit ? Et comment pourrait-on élaborer une doctrine dans un système construit pour que n'importe quoi marche ?

On peut objecter, il est vrai, que les limites du système procèdent de malfaçons temporaires dues aux origines suspectes de l'institution et que quelques réformes opportunes permettraient de corriger. On pourrait ainsi faire en sorte que les membres de l'institution possèdent une authentique compétence juridique et qu'ils soient plus volontiers recrutés dans des milieux mieux connus pour leur indépendance d'esprit à l'égard du pouvoir politique que la haute fonction publique. Peut-être. Mais il ne faut pas en conclure que la situation actuelle soit le produit d'une erreur. En réalité l'institution est bien ce que l'on avait voulu qu'elle soit, et ce n'est pas un hasard si elle ne produit que du droit moyen.

L'expression « droit moyen » fait référence, évidemment, à la tripartition proposée par Pierre Bourdieu entre goût légitime, goût moyen et goût populaire. Le droit moyen n'est pas un droit savant – il peut être facile de s'en rendre compte – mais il n'est pas non plus supposé être à la portée du *vulgum pecus*.

Le fait que la Constitution de 1958 ne pose aucune condition de compétence pour faire partie du Conseil et y associe les anciens présidents de la République traduit en effet une certaine conception de l'institution. Celle-ci ne réunit pas des juristes mais des individus qui possèdent une expérience politique

et jouissent des lumières de la raison naturelle. Vision logique, dans la mesure où, en 1958, personne ne possédait une claire conscience de ce qu'implique un contrôle de constitutionnalité des lois. Le niveau de connaissance en la matière ne dépassait guère celui des auteurs qui, sous la III<sup>ème</sup> République, raisonnaient sur ce thème. Hauriou, par exemple, jugeait ce contrôle nécessaire, mais il l'imaginait comme une simple confrontation ou plutôt une confrontation simple entre les textes et la pratique. Le rôle du juge se réduisait pour lui à un constat fondé sur des évidences juridiques et morales. Autrement dit il croyait que l'essence constitutionnelle est immédiatement accessible *au bon sens* – tout écart par rapport à celui-ci démontrant la *mauvaise foi*. Ainsi il pouvait à la fois magnifier le contrôle de constitutionnalité et récuser le gouvernement des juges.

L'expérience a montré le caractère illusoire de cette vision. La transparence supposée de la Constitution s'est révélée matière à débats complexes, obscurs, souvent rationnellement indécidables mais politiquement surdéterminés. L'irruption massive des droits fondamentaux, cantonnés jadis dans les déclarations préalables, dans la Constitution proprement dite a modifié la nature et les enjeux des litiges constitutionnels. On a également découvert que le juge constitutionnel ne se transforme pas en gouvernement, mais qu'il est un pouvoir, virtuellement capable de se substituer au législateur et même au constituant.

Parallèlement l'idée que l'on se fait du Conseil a connu un changement radical. L'influence profonde, voire prépondérante, de l'utopie normativiste l'a métamorphosé en Juge comme elle a métamorphosé la Constitution en norme. Pourtant le droit créé par le Conseil est demeuré un droit moyen car, élaboré majoritairement par des non juristes, il s'adresse essentiellement à des non juristes. Les professionnels du droit ne sont pas en effet ses uniques ni même ses principaux destinataires. Il est fait d'abord pour le grand public, les journalistes, les politiciens ou les énarques qui n'ont pas fait d'études juridiques. Il ne peut donc devenir réellement technique, recourir à un vocabulaire rigoureux, à des concepts précisément définis, à des raisonnements subtils et complexes. Pour préserver une intelligibilité (ou du moins une apparence d'intelligibilité) immédiate, il ne doit utiliser que des mots du langage courant, ne pas définir les termes qu'il emploie (cela ferait universitaire) et procéder par affirmation plus que par démonstration.

Paradoxalement, ces contraintes n'entrent pas en contradiction avec un impératif en apparence opposé : marquer la *distinction* de l'institution, convaincre le bon peuple que ces mystères le dépassent et garder la possibilité d'en imposer à peu de frais. Une chaîne argumentative explicite et complète produirait une vérité contrôlable et réduirait la marge de manœuvre de l'interprète omniscient, par conséquent l'arbitraire de ses décisions. Le style d'oracle, tranchant et immotivé, n'est donc pas le fruit du hasard. Il joue un rôle fonctionnel, car il donne à croire que le locuteur dispose d'un savoir propre,

inaccessible et transcendant. Un tel paravent est utile pour décider comme on l'entend, au gré des circonstances.

C'est pourquoi – une fois n'est pas coutume – le terme journalistique de « sages » appliqué aux membres du Conseil exprime peut-être la vérité de l'institution, c'est à dire le caractère moyen du droit constitutionnel jurisprudentiel. Un *sage* n'est pas un *savant*, mais il n'est pas non plus le premier venu. Tout le monde ne saurait prétendre à ce titre. Non qu'il traduise une qualité préexistante, qui pourrait s'acquérir, se constater, justifier une nomination. Attaché à la fonction, il est conféré par elle. Ainsi s'explique le fait que tous les membres de l'institution en bénéficient automatiquement, alors que rien ne semblait prédisposer certains, ni dans leur personne ni dans leur parcours antérieur, à le recevoir.

L'ennui est que, les choses étant ce qu'elles sont, la réalité de l'institution est en parfaite contradiction avec le projet utopique dont on nous a pourtant expliqué sur tous les tons qu'il était déjà réalisé. Le paradis annoncé ne s'est pas vraiment manifesté. Le Conseil constitutionnel n'a pas refondé le droit constitutionnel français. Globalement il l'a plutôt obscurci.