

Le pouvoir des juges constitutionnels

Michel TROPER

Le Conseil constitutionnel n'est pas sans mystère : comment y décide-t-on ? Plus encore, qui y décide vraiment, les magistrats ou les politiques ? Les ouvrages de Dominique Schnapper et de Pierre Joxe lèvent une partie du voile. Mais une partie seulement.

Recensés :

- Dominique Schnapper, *Une sociologue au Conseil constitutionnel*, Paris, Gallimard, 2010, 452 p., 22, 50 €
- Pierre Joxe, *Cas de conscience*, Genève, Labor et Fides, 2010, 245 p., 19, 50 €.

Comment décident les juges ? Cette question ne se pose pas tout à fait dans les mêmes termes que pour les parlements, les chefs d'États, les militaires ou encore les chefs d'entreprise. Cela tient avant tout au fait que l'on a longtemps considéré en France que les juges ne décident pas réellement, mais qu'ils se bornent – ou devraient se borner – à appliquer le droit. Cette doctrine remonte à Montesquieu, qui écrivait que « la puissance de juger est en quelque façon nulle » et que « le juge n'est que la bouche qui prononce les paroles de la loi ». Elle s'est prolongée chez Beccaria, puis chez Kant, Condorcet et bien d'autres, qui voyaient dans le jugement un syllogisme, dont la prémisse majeure est la loi, la mineure, le fait et la conclusion la sentence. Le pouvoir du juge, qui reçoit les deux prémisses, est donc nul ; et l'on pourrait aussi bien le remplacer par un automate. Bien que personne ne soutienne aujourd'hui la thèse du syllogisme judiciaire, l'idée dominante est encore que la fonction du juge est d'appliquer et non de créer du droit. La question a une portée considérable dans une société démocratique où, par

hypothèse, le monopole de l'exercice du pouvoir, c'est-à-dire de la création du droit, doit être dans les mains du peuple ou de ses représentants.

Or, il est difficile d'y répondre par le seul examen des décisions. Elles sont certes motivées et se présentent comme l'application de règles préexistantes, mais l'on sait bien qu'une décision entièrement différente aurait pu être également et aussi bien motivée, et prétendre, avec une égale vraisemblance, appliquer le droit. Certains vont jusqu'à soupçonner les juges de prendre d'abord la décision, pour des raisons d'opportunité et d'en chercher les motifs ensuite. Ceux qui apparaissent dans le texte de l'arrêt ne seraient donc qu'une justification *a posteriori*.

Les procédures de décision au Conseil constitutionnel

La portée de la question et sa difficulté sont encore plus grandes quand c'est du juge constitutionnel et tout particulièrement du Conseil constitutionnel français, qu'il s'agit, d'abord parce que ses décisions ont des enjeux politiques considérables, mais aussi parce que les textes constitutionnels nous livrent peu d'informations. Quoique un peu plus développée aujourd'hui, la motivation est très brève par rapport à celle des cours constitutionnelles étrangères (quelques pages, contre parfois plusieurs centaines). Il en va de même au Conseil d'État ou à la cour de Cassation, mais ces juridictions donnent accès à divers documents préparatoires, conclusions de rapporteurs publics ou d'avocats généraux, qui permettent de compléter la lecture des arrêts. Au Conseil constitutionnel, par contre, de tels documents n'existent pas et le Conseil ne publie ni les rapports, ni même le nom du rapporteur. Les décisions sont signées de tous les membres qui ont participé à la décision, mais on ignore comment ils ont voté et même si un vote a eu lieu.

D'où l'énorme curiosité que peuvent susciter les ouvrages écrits par deux des trois membres du Conseil constitutionnel, au moment où ceux-ci quittent l'institution en ce début 2010, au terme de leur mandat de neuf ans. Ces ouvrages sont en réalité profondément dissemblables.

Celui de Dominique Schnapper porte tout entier sur le Conseil constitutionnel, tandis que Pierre Joxe évoque les dilemmes auxquels il a été confronté dans l'exercice des très importantes fonctions administratives, politiques ou juridictionnelles qu'il a occupées tout au long de sa

carrière. Il ne consacre qu'une cinquantaine de pages au Conseil constitutionnel. Dominique Schnapper entend faire œuvre scientifique et se présente comme sociologue. Pierre Joxe, quant à lui, n'a aucune prétention à la neutralité ; il se situe sur le plan de la morale politique et n'hésite pas à proposer des solutions pratiques. Il n'est pas jusqu'à l'appréciation qu'ils portent sur leur devoir de réserve vis-à-vis de l'institution qui soit différente.

Une sociologie du Conseil constitutionnel ?

Dominique Schnapper est une brillante sociologue, auteur de plusieurs ouvrages importants sur la méthodologie de la sociologie, la nation, la citoyenneté, l'immigration et c'est la qualité de ces travaux qui lui ont valu d'être nommée membre du Conseil constitutionnel. Pourtant, une fois nommée, elle ne s'est pas comportée en sociologue, mais en juge constitutionnel. Le titre de son livre, *Une sociologue au Conseil constitutionnel*, indique seulement que le livre est un travail de sociologue sur l'institution, dont elle a été un membre comme les autres. C'est donc d'une forme particulière de sociologie participante qu'il s'agit, mais, alors que d'ordinaire, le sociologue ne participe à la vie du groupe que « pour l'observer », en prenant soin de rester extérieur, il en est ici un membre à part entière. S'il existe d'autres travaux de sociologues, de politologues ou d'anthropologues sur des juridictions, très peu portent sur le Conseil constitutionnel et ils sont dus à des observateurs extérieurs. D'un autre côté, plusieurs anciens membres du Conseil ont écrit sur l'institution, mais aucun n'était sociologue.

L'originalité de la démarche et la position tout à fait particulière de l'auteur était donc de nature à accroître encore la curiosité. On doit à la vérité de dire que cette curiosité n'est qu'en partie satisfaite. Toute la première partie de l'ouvrage, consacrée au développement du rôle du Conseil, qui se rapproche aujourd'hui de celui d'une juridiction, doit fort peu à la sociologie et relève d'une analyse juridique assez classique : statut des conseillers, règles de procédure, extension des normes de référence, techniques d'interprétation, autorité de la chose jugée, etc. Un sujet d'étonnement toutefois : l'insistance à répéter que le rôle du Conseil est limité, notamment parce qu'il « ne dispose pas du droit à l'autosaisine » (p. 139). Or, très rares sont les cours constitutionnelles, même parmi les plus puissantes, qui disposent d'une pareille prérogative. Au demeurant, parmi les critères employés par les juristes pour définir une juridiction et souligner

qu'elle est un tiers impartial, l'un de ceux qui sont évoqués le plus fréquemment est justement qu'elle ne peut s'autosaisir.

C'est dans la deuxième et la troisième parties qu'on en apprend davantage sur l'institution. Elles portent respectivement sur le groupe des conseillers et sur les pratiques. Parmi les conseillers, Dominique Schnapper distingue en effet deux ensembles, les « politiques » et les « juristes ». Il s'agit évidemment de types idéaux élaborés à partir des parcours professionnels antérieurs. Pour les premiers, la nomination au Conseil signifie une semi-retraite et une baisse de statut. Ils se tiennent parfois en retrait, tendent à résister à la logique de l'argumentation juridique et à juger en opportunité. Tel n'est pas le cas des « juristes », anciens fonctionnaires des assemblées parlementaires, professeurs de droit ou magistrats, pour qui le Conseil représente au contraire l'accomplissement d'une carrière. Si les Conseillers ne forment pas un corps et s'ils sont parfois réticents (surtout les politiques), tous se déclarent en général heureux d'y être. Dominique Schnapper consacre de belles pages au « bonheur au palais Montpensier », qu'elle a éprouvé comme les autres et tout compte fait trouve quelques mérites au mode de nomination, qui en France, est certes politique – quel mode de nomination ne l'est pas ? – mais qui, à cause de la force de l'institution, produit une jurisprudence indépendante. Bref, « le bonheur au palais Montpensier a son efficacité propre » (p. 197).

Droit et politique

C'est cette logique qu'elle décrit dans la troisième partie, qui est aussi la plus longue et s'intitule mystérieusement « De la pratique quotidienne à la transcendance du droit ». Elle y aborde la grande question du caractère politique ou juridique du Conseil constitutionnel, qu'elle entend dépasser d'une manière somme toute classique : il ne faut pas opposer droit et politique ; le Conseil est évidemment politique, parce qu'il est un élément du système politique, que ses décisions ont des effets politiques, que les nominations sont politiques, que le contrôle « comporte inévitablement une dimension d'opportunité » ; qu'il nécessite l'interprétation de textes « qui ne sont jamais totalement clairs et la conciliation de valeurs potentiellement contradictoires et la prise en compte des conséquences politiques et même financières des décisions » (p. 236). Cependant, son pouvoir est limité à la fois par des règles de procédure (les délais, la fameuse impossibilité de s'autosaisir), par le risque d'une révision constitutionnelle qui

surmonterait ses décisions ou par des contraintes politiques, qui ne sont pas toujours clairement perçues hors de l'institution. C'est naturellement sur ce point que le livre est le plus intéressant. D. Schnapper rapporte notamment les propos qui avertissent « avec humour » que « le Conseil a épuisé son quota de censure pour l'année » ou « ses droits de suffrage » (p. 256).

Pourtant, le Conseil constitutionnel tend à devenir une véritable juridiction. Il a acquis une « respectabilité [...] fruit du travail et de la qualité de sa jurisprudence » (p. 272). Sans doute, les processus internes sont-ils en grande partie politiques – les pressions ne sont pas absentes, certains conseillers ont plus d'influence que d'autres, le tandem président-secrétaire général a un poids considérable – mais « la force du droit » et le « poids de la jurisprudence » sont déterminants.

Dominique Schnapper semble ainsi mettre constamment en balance les arguments qui militent en faveur du caractère politique des décisions et ceux qui conduisent à les considérer comme les fruits d'une logique proprement juridique : « les relations entre personnes jouent un rôle essentiel.... [mais] tout se passe finalement comme si l'œuvre jurisprudentielle avait acquis sa propre dynamique, qui déroulait ses effets indépendamment de la volonté des acteurs » (p. 307-309). Il n'est pas jusqu'à la question classique de l'interprétation qui ne soit traitée de cette façon : « toute pratique impose une interprétation des textes, mais cela ne signifie pas pour autant que toute interprétation soit possible. Si les conditions politiques de la saisine ne peuvent être oubliées, ni les textes juridiques, ni la jurisprudence ne peuvent être négligés » (p. 357).

Ce balancement permanent laisse un certain sentiment de frustration. Il ne doit rien à l'analyse sociologique et surtout, l'auteur ne se tient pas au refus de l'opposition droit et politique. Les décisions du Conseil constitutionnel pourraient être dites « politiques » dans plusieurs sens différents :

1. elles émanent d'une institution qui est un élément du système politique
2. elles produisent des effets politiques
3. elles sont prises sous l'influence d'autorités politiques ou en raison de l'affiliation partisane de leurs auteurs
4. elles sont prises pour des raisons d'opportunité, sans égard pour la logique juridique.

Or, Dominique Schnapper semble estimer que, s'il est inévitable que les décisions soient politiques dans le premier sens, elles ne le sont pas ou, dans une mesure de plus en plus faible, dans le deuxième et le troisième sens. Ce qui les définirait ainsi comme non-politiques est qu'elles seraient prises en vertu d'une dynamique ou au terme d'un raisonnement proprement juridique. C'est oublier que l'appel à la jurisprudence, à la logique juridique, à la dynamique du droit n'est pas neutre, ni surtout univoque. Des juristes, tous parfaitement compétents, peuvent employer des arguments tous juridiques, également valables, mais opposés, qui traduisent des préférences contraires. La décision est alors inévitablement politique au sens large, dès lors que son auteur dispose d'une marge de pouvoir discrétionnaire et que son choix résulte de ses préférences. D'ailleurs, il arrive qu'on vote au Conseil constitutionnel comme dans d'autres juridictions collégiales. Il ne s'agit pas d'une opposition entre logique juridique et jugement en opportunité, mais entre deux raisonnements juridiques qui sont en même temps politiques.

La motivation des décisions du Conseil, simple habillage juridique ?

Pierre Joxe ne peint pas le Conseil constitutionnel, ni sa vie politique, sous d'aussi jolies couleurs et ne nous fait pas part de ses moments de bonheur. Il ne cherche pas à faire l'analyse de l'institution, ni de sa jurisprudence, mais, après avoir évoqué avec rigueur et sobriété divers moments de sa vie de fonctionnaire ou d'homme politique, au cours desquels il a été contraint d'agir contre ses convictions ou au moins de se taire, il poursuit avec les mêmes scrupules son examen de conscience à propos de ses années au Conseil constitutionnel. Ces années font l'objet de la troisième partie de son livre, intitulée « Sagesse ? », avec un point d'interrogation. La quatrième de couverture est plus brutale et parle de « tordre le droit », sans point d'interrogation.

Il y analyse trois affaires relatives à la justice des mineurs, au CPE (contrat première embauche) et au service public de la télévision. Ces quelques pages présentent pour les constitutionnalistes un double intérêt. Tout d'abord, Pierre Joxe accepte de dire que dans certains cas – il évoque une vingtaine de circonstances – « c'est une question politique majeure, posant des problèmes constitutionnels évidents, qui a reçu contre mon gré sa réponse politique, revêtue d'un costume juridique plus ou moins élégant, mais taillé sur mesure » (p. 160). Une telle affirmation de la part d'un juge est extrêmement rare. Si Dominique Schnapper ne nie pas la

dimension politique des décisions, elle refuse de considérer que la motivation peut être parfois un simple habillage. Si Pierre Joxe n'est pas beaucoup plus explicite qu'elle sur la définition de « politique », on comprend assez vite qu'il emploie le mot au sens large et que, dans son esprit, la décision du Conseil n'est pas politique en ce qu'elle refléterait l'influence des affiliations partisans des conseillers, mais parce qu'elle exprime des valeurs, ce qui du point de vue de la démocratie n'est pas plus innocent.

Il propose ensuite des remèdes. L'un est de revoir le mode de nomination des conseillers, l'autre de publier des opinions séparées, quelquefois appelées « dissidentes » comme on le fait à la cour suprême des États-Unis et en Europe, notamment à la cour constitutionnelle espagnole ou à la Cour européenne des Droits de l'Homme, c'est-à-dire des textes dans lesquels un juge expose les raisons pour lesquelles il se sépare de ses collègues, en général – mais pas seulement – quand il a été favorable à une décision contraire et qu'il a été mis en minorité. Sur ces deux points, son avis n'est malheureusement pas partagé par la plupart de ses collègues.

L'un des arguments qu'on oppose aux opinions séparées est qu'elles constitueraient une atteinte au secret du délibéré. Pourtant, les délibérations sont secrètes dans presque tous les systèmes juridiques, y compris ceux qui autorisent les opinions séparées. En réalité, l'auteur d'une opinion séparée ne révèle rien des propos tenus au cours du délibéré et le lecteur ne saura jamais si les arguments invoqués dans le texte de l'opinion ont été ou non avancés en séance.

Une autre idée est que la possibilité de publier une opinion séparée rendrait plus difficile la réalisation d'un consensus et enlèverait aux décisions une part de leur autorité et au Conseil sa « majesté », pour reprendre une expression de Dominique Schnapper (p. 323). Cette idée révèle surtout la conception que ses auteurs se font du droit et des juges. Si en effet les juges se bornent à appliquer le droit et si leur raisonnement obéit à la logique, leurs décisions sont vraies ou fausses ; ce ne sont pas des opinions et elles doivent apparaître comme le produit d'un consensus. Il n'y a même pas lieu de voter ou, si l'on vote, de révéler le partage des voix. Toute opinion dissidente porterait en effet atteinte à ce mythe, donc à la majesté du juge.

Il n'y a donc rien d'étonnant à ce que seuls ceux qui admettent le caractère politique de l'institution et de ses décisions acceptent de les considérer comme des opinions. Pourtant, leur respectabilité ne tient pas seulement à cette unanimité de façade, qui ne trompe d'ailleurs personne, mais bien plutôt à la qualité de l'argumentation et à l'accueil que lui font les autres acteurs.

Or, l'introduction des opinions séparées, bien loin d'affaiblir cette respectabilité, la renforcerait de plusieurs façons : elle contraindrait la majorité à rédiger les décisions avec plus de précision et de rigueur de manière à se prémunir contre les arguments contraires ; elle permettrait aux conseillers minoritaires de préparer les évolutions futures ; elle inciterait les autorités de nomination à choisir des personnalités assez qualifiées pour participer à un débat de ce type. Peut-être pourrait-on aussi envisager de sortir de la contradiction qu'il y a à feindre de prendre la décision pour le produit d'un raisonnement proprement juridique, sans faire de la compétence une condition de la nomination.

Publié dans laviedesidees.fr, 7 avril 2010

© laviedesidees.fr