La doctrine, interprète concurrent du Conseil constitutionnel ? Cas français.

Véronique Champeil-Desplats

Édition électronique

URL : <https://journals.openedition.org/revdh/13399>

DOI : 10.4000/revdh.13399

ISSN : 2264-119X

Éditeur

Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux

Référence électronique

Véronique Champeil-Desplats, « La doctrine, interprète concurrent du Conseil constitutionnel ? Cas français. », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 21 | 2022, mis en ligne le 04 janvier 2022, consulté le 27 septembre 2022. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/13399> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/revdh.13399>

Ce document a été généré automatiquement le 27 septembre 2022.

Tous droits réservés

La doctrine, interprète concurrent du Conseil constitutionnel ? Cas français.

Véronique Champeil-Desplats

- 1 Afin d'envisager si et dans quelle mesure la doctrine est un interprète concurrent de la constitution à l'égard du Conseil constitutionnel, il convient de s'entendre sur les contours donnés aux mots et ce que ceux-ci désignent.
- 2 Le plus simple est sans doute la référence ici faite au Conseil Constitutionnel, si ce n'est qu'il est possible d'envisager celui-ci dans deux dimensions : une dimension institutionnelle et une dimension individuelle. La première invite à considérer « le » Conseil constitutionnel en tant qu'entité collégiale qui produit des décisions identifiables fondées sur une interprétation choisie du texte de la constitution. La seconde conduit à s'intéresser à chacun des membres qui composent cette institution et, conséquemment, aux rapports interpersonnels que ceux-ci peuvent nouer avec la doctrine.
- 3 La doctrine peut, à son tour, être envisagée sous la double dimension institutionnelle et individuelle. Les éventuelles situations de concurrence interprétative qu'il s'agit d'identifier sont en effet appelées à se manifester diversement selon que l'on aborde « la » doctrine comme institution, c'est-à-dire en tant que corps d'auteurs indifférenciés formulant dans divers supports de publication des propositions interprétatives de la constitution, ou selon que l'on prête attention à des auteurs spécifiques. De ce second point de vue, les personnalités ne sont pas indifférentes ; certains avis valent plus que d'autres. Les formes de concurrence interprétative varieront donc selon les renommées des uns et des autres et, le cas échéant, selon les liens interpersonnels entretenus avec les membres du Conseil constitutionnel.
- 4 La notion d'interprète concurrent, enfin, peut elle-aussi être comprise de plusieurs façons. D'un côté en effet, la situation de concurrence s'entend comme un rapport rival ou compétitif. L'objet de la concurrence est de déterminer la bonne ou la meilleure interprétation de la constitution, celle qui a vocation à faire autorité. D'un autre côté, la

concurrence peut être envisagée sous un angle collaboratif : les différents types d'interprètes concourent ensemble à la détermination du sens du texte constitutionnel.

- 5 Selon les dimensions retenues de chacune de ces trois notions, les types d'enquêtes - et leurs réponses - diffèrent. A un bout de la chaîne, la plus classique pour les juristes, à savoir celle qui adopte une approche institutionnelle à la fois du Conseil constitutionnel et de la doctrine, il s'agit de déterminer dans quelle mesure les interprétations de la constitution exprimées par la doctrine dans des supports de publication essentiellement académiques, peuvent être réputées faire concurrence à celles qui transparaissent dans les décisions du Conseil. Autrement dit, le travail est celui d'une confrontation de textes et d'une analyse des résultats obtenus à la lumière d'un concept préalablement déterminé de concurrence interprétative. A l'autre bout de la chaîne, une approche interpersonnelle de la question appelle le recueil et le traitement d'informations de sources éparses et de formats divers, avec les précautions méthodologiques qui s'imposent pour certaines d'entre elles : entretiens, dépouillements de journaux, d'archives, mais parfois aussi confidences de couloir...
- 6 Une approche empirique exhaustive de l'ensemble des dimensions des situations de concurrence interprétative n'est pas ici possible, chacune d'elles ne pouvant en outre être menées avec une même intensité. On choisira par conséquent de traiter la question en cherchant à déterminer les conditions théoriques auxquelles un rapport de concurrence interprétative entre la doctrine et le Conseil constitutionnel peut être établi, et en relevant, autant que possible, comment celui-ci se manifeste dans la double dimension institutionnelle et individuelle que présentent ces acteurs. Il en ressort que la doctrine constitutionnelle française ne peut être considérée comme un interprète concurrent du Conseil constitutionnel que dans des sens spécifiques du concept de concurrence. La pensée même d'un rapport de concurrence interprétative entre la doctrine française et le Conseil constitutionnel se heurte en effet à quelques impasses (I). Dans les hypothèses où ce rapport peut néanmoins être envisagé, il présente aujourd'hui un déséquilibre certain au détriment de la doctrine (II).

I. Les impasses de la conceptualisation d'un rapport de concurrence interprétative

- 7 L'établissement d'un rapport de concurrence entre la doctrine et le Conseil constitutionnel se heurte à deux impasses théoriques. La première résulte d'une distinction stricte des niveaux et types de discours que déploient le Conseil constitutionnel et la doctrine qui aboutit à exclure la possibilité d'un tel rapport (A). La seconde est à l'inverse véhiculée par des conceptions larges des rapports de concurrence qui conduisent à considérer que tout se fait concurrence (B).

A. Distinction des significations normatives des discours : l'impossible concurrence interprétative

- 8 D'un point de vue analytique, c'est-à-dire qui consiste à distinguer les niveaux et types de discours des acteurs, l'établissement d'un rapport de concurrence interprétative entre le Conseil constitutionnel et la doctrine française tourne court. Ces deux protagonistes ne disposent pas en de la même compétence normative au regard de

l'ordre juridique. Autrement dit, leurs interprétations du texte constitutionnel n'ont pas une même vocation à produire des normes juridiques.

- 9 D'un côté, le Conseil constitutionnel est habilité par la constitution à apprécier la constitutionnalité d'énoncés législatifs ou internationaux en vue d'adopter une décision dotée de conséquences normatives spécifiques. A l'issue d'une interprétation du texte constitutionnel et des dispositions en cause, le Conseil en empêchera ou non la promulgation dans le cadre d'un contrôle *a priori* ; il se prononcera sur la nécessité de les abroger dans le cadre d'une Question prioritaire de constitutionnalité (QPC). Pour chaque cas dont il est saisi, le Conseil constitutionnel retient parmi les interprétations possibles du texte constitutionnel, celle qu'il estime justifier le plus adéquatement sa décision ou exprimer la vérité des énoncés du texte constitutionnel.
- 10 De leur côté, les auteurs composant en France la doctrine sont appelés à développer deux principaux types de propositions interprétatives du texte constitutionnel : ou bien, des propositions d'ordre descriptif et explicatif, ou bien des propositions d'ordre prescriptif et évaluatif.
- 11 Dans le premier cas, et selon la perspective dessinée par Kelsen dans le dernier chapitre de la seconde édition de la *Théorie pure du droit*, il s'agit de faire état de l'ensemble des interprétations possibles des énoncés du texte constitutionnel¹. Les propositions interprétatives peuvent être formulées *in abstracto*, c'est-à-dire sans avoir en perspective la résolution d'un cas spécifique, ou *in concreto* dans le cas contraire. Selon la théorie de l'interprétation à laquelle les auteurs adhèrent, les interprétations possibles du texte constitutionnel sont soit en nombre indéterminable *a priori*², soit entrent à l'intérieur d'un cadre conventionnellement admis de signification dans un espace linguistique déterminé³. Avec le développement de l'activité du Conseil constitutionnel, le discours doctrinal se situant dans un registre descriptif-explicatif peut en outre consister à commenter les décisions rendues par celui-ci. Il s'agira par exemple d'expliquer à l'appui de diverses grilles d'analyse (analyse stratégique, analyses économiques, théorie des contraintes, théorie des valeurs, sociologie des institutions, sociologie pragmatique...) les choix interprétatifs opérés par le Conseil constitutionnel.
- 12 Dans l'hypothèse de la formulation de propositions interprétatives entrant dans un registre prescriptif et évaluatif, les auteurs formulent ce qu'ils estiment être le véritable sens du texte constitutionnel ou, tout au moins, la meilleure interprétation de celui-ci. Cette démarche peut être conduite ou justifiée au moyen de techniques variables d'interprétation, pour les plus connues, la détermination de l'intention de l'auteur du texte, de son sens littéral ou de ses fonctions et finalités⁴. Les propositions interprétatives qui en résultent ont pour visée tantôt de suggérer au Conseil constitutionnel la bonne ou meilleure interprétation du texte constitutionnel qu'il conviendrait de retenir, tantôt d'évaluer l'interprétation que celui-ci a finalement choisie.
- 13 Pour autant, n'en déplaise à ses membres les plus éminents, la doctrine n'est pas en France habilitée à produire des normes juridiques. Autrement dit, les propositions interprétatives formulées par la doctrine n'ont pas, en l'état du droit positif, vocation à recevoir une signification de norme constitutionnelle. Quelques nuances pourraient néanmoins être apportées.

- 14 Au plan matériel, tout d'abord, une lecture minutieuse des décisions du Conseil constitutionnel laisse deviner l'attention parfois portée à certains travaux doctrinaux qui ont par ailleurs pu avoir été relayés dans les textes des saisines ou dans les mémoires des parties requérantes. On songera par exemple à la constitutionnalisation du principe de fraternité⁵ qui doit beaucoup à Michel Borgetto⁶, même si rien n'est explicité dans la décision du Conseil constitutionnel. A cet égard, quand bien les auteurs seraient cités par ce dernier, il faudrait encore pouvoir mesurer l'influence ou le degré de contrainte exercé sur lui par les propositions doctrinales. Car assurément aujourd'hui, il n'existe aucune obligation pour le Conseil de se référer à la doctrine ni, *a fortiori*, de conférer aux interprétations que les auteurs préconisent une signification de norme constitutionnelle.
- 15 Ensuite, on pourrait invoquer le cas particulier des professeurs de droit nommés au Conseil constitutionnel. Occasion leur est en effet donnée de voir consacrer leur conception doctrinale du texte constitutionnel ou, éventuellement, de faire valoir celle d'autres collègues. L'autorité particulière du doyen Vedel au sein du Conseil constitutionnel a ainsi souvent été soulignée. La constitutionnalisation du principe d'indépendance des professeurs d'université, par exemple, a pu être lue comme la consécration de positionnements antérieurs⁷. Il reste que le rapport qui s'exprime ici entre la doctrine et le Conseil constitutionnel change de nature. Ce n'est pas en qualité d'auteurs universitaires mais bien en tant que membres du Conseil constitutionnel que les professeurs de droit peuvent parvenir à transformer leur doctrine en norme. Une telle transformation n'est donc possible que par un changement de position institutionnelle et organique. Elle repose en outre sur la capacité des professeurs de droit entrés au Conseil constitutionnel à convaincre le reste des membres, ce qui n'est chose ni aisée, ni également partagée par chacun des concernés.
- 16 Par conséquent, eu égard au critère de l'habilitation à produire des normes juridiques, l'activité interprétative de la doctrine française ne concurrence pas celle du Conseil constitutionnel. La doctrine, qu'elle soit considérée comme un tout organique en faisant abstraction de l'hétérogénéité de celles et ceux qui la composent ou, à l'inverse, par les personnes singulières réputées en faire partie, ne produit pas d'interprétation ayant une signification de norme qui obligerait de quelque façon que ce soit le Conseil constitutionnel. Pour l'exprimer autrement, la doctrine constitutionnelle française n'est pas un interprète authentique de la constitution. Elle ne concourt pas avec le Conseil constitutionnel à produire, ni même à co-produire, les normes constitutionnelles. Trivialement dit, les deux types d'acteurs ne jouent pas sur un même terrain ; ils n'exercent pas les mêmes activités au regard de l'ordre juridique. Penser la question de la concurrence interprétative entre la doctrine et le Conseil constitutionnel exige donc de changer d'angle de vue.

B. Par-delà les habilitations normatives : quand tout concurrence tout

- 17 Si le Conseil constitutionnel et la doctrine n'ont pas une égale compétence normative et ne formulent donc pas du point de vue de l'ordre juridique des énoncés interprétatifs de même valeur, il est, en revanche, possible de considérer comme semblable la partie de l'activité intellectuelle qui conduit chacun de ces acteurs à conférer un sens au texte de la constitution. Par ailleurs, Conseil constitutionnel et doctrine opèrent dans des

champs d'activités sociales et professionnelles proches qui font naître entre eux divers types d'interaction. C'est alors non pas vis-à-vis de la signification normative mais au regard, en amont, de l'activité de formulation d'énoncés interprétatifs sur le texte constitutionnel que la doctrine est susceptible d'apparaître comme un acteur concurrent pour le Conseil constitutionnel. La présence de « l'autre » doctrinal concurrence ce dernier du seul fait que les auteurs proposent des discours de format différencié du sien sur un même objet, y compris lorsque, sur le fond, les interprétations se rejoignent.

- 18 Le rapport de concurrence pourrait d'ailleurs être analysé comme d'autant plus fort que la doctrine constitutionnelle, considérée institutionnellement, *i.e.* indépendamment des individus qui la composent, a précédé le Conseil constitutionnel. Jusqu'à ce que celui-ci ne soit institué, la doctrine développait les discours les plus articulés sur le sens de la constitution, même si elle n'avait bien sûr pas le monopole de son interprétation, tout acteur pouvant y procéder. Chronologiquement, c'est donc le Conseil constitutionnel qui est venu progressivement concurrencer la compétence savante que s'était octroyée la doctrine sur le sens de constitution plutôt que l'inverse et est, plus largement, entré dans un espace concurrentiel d'interprétations officielles, légitimes et/ou savantes du texte constitutionnel qui lui préexistait.
- 19 Cette vision concurrentielle du champ juridique a particulièrement été poussée par Pierre Bourdieu⁸. Pour l'auteur, ce serait de la concurrence perpétuelle que les acteurs juridiques se livrent pour dire ce qu'est le droit que chacun d'entre eux tirerait sa légitimité et contribuerait dans le même temps à construire la légitimation du champ juridique tout entier. L'interprétation, nous dit Bourdieu, n'est en effet jamais un « acte solitaire ». Plus précisément, elle n'est pas l'« acte solitaire d'un magistrat occupé à fonder en raison juridique une décision »⁹. Le champ juridique serait ainsi habité par une « lutte symbolique permanente dans laquelle s'affrontent des définitions différentes du travail juridique comme interprétation autorisée des textes canoniques », en l'occurrence, pour ce qui nous occupe, du texte constitutionnel. Et si « théoriciens » (ici, la doctrine constitutionnaliste) et « praticiens » (ici le Conseil constitutionnel) constituent des catégories différentes « d'interprètes autorisés » tendant « toujours à se distribuer entre eux deux pôles extrêmes » d'activité professionnelle, - la systématisation pour les premiers, la casuistique pour les second -, il serait « difficile », selon Bourdieu, « de ne pas voir » « dans le conflit permanent entre les prétentions concurrentes au monopole de l'exercice légitime de la compétence juridique » la manifestation « d'une complémentarité fonctionnelle dynamique »¹⁰. Car finalement, on l'a évoqué, c'est le plus important, chacun tire parti de cette concurrence : « L'antagonisme entre les détenteurs d'espèces différentes de capital juridique, qui investissent des intérêts et des visions du monde très différentes dans leur travail spécifique d'interprétation, n'exclut pas la complémentarité des fonctions et sert en fait de base à une forme subtile de *division du travail du travail de domination symbolique* dans laquelle les adversaires, objectivement complices, se servent mutuellement »¹¹. En se distribuant des modes différents d'interprétation de la constitution, doctrine et Conseil constitutionnel entretiendraient une relation concurrentielle qui légitime et renforce leur positionnement respectif dans le champ juridique et dans l'environnement institutionnel dans lequel ils opèrent. La situation concurrentielle entretenue serait dès lors structurelle, indépassable, en ce qu'elle s'impose comme une condition de l'existence des acteurs dans leur champ.

- 20 Alors qu'une approche analytique de la signification des discours au regard de la production des normes exclut, en l'état du droit positif, tout rapport de concurrence entre la doctrine et le Conseil constitutionnel, des approches d'ordre phénoménologique ou sociologique plus large portent en revanche à considérer qu'on se trouve face à un état de concurrence structurel. Dans les deux cas, le débat se clôt finalement vite. Si l'on veut par conséquent affiner l'enquête, il convient d'adopter des conceptions plus circonscrites du concept de concurrence.

II. Des hypothèses concurrentielles envisageables mais déséquilibrées

- 21 Il existe plusieurs voies pour penser et repérer dans l'intervalle des deux approches précédentes un rapport de concurrence entre la doctrine et le Conseil constitutionnel. On se concentrera ici sur deux principales d'entre elle. L'une, classique, reprend de l'intérieur, si l'on peut dire, l'approche bourdieusienne. Elle vise à rechercher, sans les présupposer nécessairement, les rapports spécifiques de concurrence symbolique qui peuvent se jouer entre le Conseil constitutionnel en tant qu'institution politico-juridique et la doctrine en tant qu'acteur académique (A). L'autre voie consiste à prêter attention à l'institutionnalisation de procédures qui permettent aux universitaires de prétendre concourir à la détermination normative, et non plus seulement savante, du sens de la constitution (B). Dans tous les cas, le rapport de concurrence s'avère aujourd'hui significativement déséquilibré.

A. Une concurrence symbolique faussée

- 22 L'identification d'un rapport de concurrence symbolique qui se jouerait entre le Conseil constitutionnel et les membres de la doctrine quant à la légitimité de dire le sens du texte constitutionnel, ne va pas de soi. Si l'on veut y procéder d'un point de vue externe, c'est-à-dire à l'aune d'une grille de lecture indépendante de ce qu'expriment les acteurs sur leurs propres relations avec les autres, il est nécessaire de fixer préalablement des critères d'identification d'un tel rapport ou, au moins, d'en avoir une préconception générale, qui permettent de vérifier sa matérialité. Si l'on veut procéder d'un point de vue interne, c'est-à-dire, au contraire, en prenant en compte la façon dont les acteurs conçoivent leurs rapports aux autres, pour qu'il y ait concurrence, il faut que ceux-ci évaluent la situation comme telle. Il s'agira alors dans cette hypothèse d'identifier et d'analyser ce qui fait concurrence pour les acteurs. Or, il est possible que ni la doctrine, ni le Conseil constitutionnel ne s'estiment être en situation de concurrence, soit par indifférence ou défaut de considération pour l'autre, soit par intériorisation d'une différence abyssale de leurs fonctions sociales, politiques ou juridiques respectives, soit encore parce que ces acteurs pensent leurs rapports mutuels sur d'autres bases que la concurrence, tels que l'écoute, la complémentarité, la collaboration ou encore l'entre-aide...
- 23 Sur ce point, une tendance dominante, surtout du côté de la doctrine de ces trente dernières années, a été de concevoir les relations avec le Conseil constitutionnel comme ressortant davantage de l'ordre du dialogue que de rapports concurrentiels, compris au sens de rivalité. Ce serait dès lors la dimension « con-courante » de la concurrence qui prévaudrait. Autrement dit, doctrine et Conseil constitutionnel

concourraient à déterminer et à trouver ensemble, conjointement, le sens du texte constitutionnel. Ils constitueraient une communauté d'interprètes décidés à déterminer dialogiquement le véritable ou le meilleur sens de la constitution. Ce concours interprétatif se manifesterait aussi bien sur un plan théorique en considérant de façon générale la production « du » Conseil constitutionnel et de « la » doctrine en tant qu'institution, que sur un plan empirique en empruntant des formes de rencontre interpersonnelles : déjeuners, groupes plus ou moins institués de réflexion, conseils spéciaux, relations individuelles entre certains professeurs de droit et membres ou secrétaires généraux du Conseil constitutionnel. Ces pratiques seraient le signe de relations d'échange et d'écoute, éventuellement de jeux d'influence réciproque et de connivence, plutôt que l'expression d'une concurrence rivale et compétitrice. Sans être les seuls concernés, François Luchaire¹², Georges Vedel (avant ou après leur nomination), Olivier Duhamel ou Guy Carcassonne sont fréquemment cités parmi les professeurs de droit ayant été les plus écoutés, chacun pour des raisons et avec des histoires très différentes¹³.

- 24 Il reste qu'il est difficile de considérer ces personnalités comme représentatives des relations interpersonnelles qui peuvent se nouer entre les membres du Conseil constitutionnel et les auteurs composant la doctrine. Lorsque ces relations existent, elles s'avèrent être à géométrie variable et évolutives. Pour reprendre le cas de Guy Carcassonne, il n'est pas certain que celui-ci ait entretenu des liens identiques avec les secrétaires généraux ou présidents successifs du Conseil constitutionnel.
- 25 De la même façon, l'état des relations générales entre le Conseil constitutionnel et la doctrine considérés en tant qu'institution est aussi sujet à diverses perceptions. On peut ici repartir du rapport de concurrence favorable à la doctrine qu'établissait Dominique Rousseau au début des années 1990. A cet époque, l'auteur estimait que la légitimité du Conseil constitutionnel tenait à « la reconnaissance de sa jurisprudence par la communauté des juristes » ou, plus précisément, par « la communauté des professionnels intéressés - universitaires, hommes politiques, journalistes spécialisés »¹⁴. Cette reconnaissance aurait reposé sur le fait que les membres de cette communauté aient eu « l'impression véritable de participer au processus d'interprétation en retrouvant - parfois - dans la motivation des décisions, tout ou partie de leur argumentation ». Dès lors, si Conseil constitutionnel avait pris le risque de persister dans une interprétation « minoritaire », il aurait pu mettre en péril son autorité, si ce n'est son existence¹⁵. Conséquemment, moins que le résultat « d'un choix de sens fait librement », l'interprétation du Conseil constitutionnel serait le produit d'un « rapport de force entre institutions concurrentes »¹⁶.
- 26 Dans un article paru un an plus tôt, Georges Vedel s'appuyait quant à lui sur la métaphore du spectateur - la doctrine - qui regarde passer, vue plongeante, « les véhicules » du Tour de France - les juges constitutionnels - pour conférer à la première un rôle d'avertisseur : « Attention, vous déviez de la direction que vous vous proposiez de prendre » ; « votre itinéraire paraît incohérent, votre conduite est cahotante »¹⁷. Georges Vedel confessait avoir « tiré un grand profit, en tant que juge, des commentaires critiquant par exemple les contradictions de la jurisprudence constitutionnelle ». Et il concluait : « Bref, tout effort critique de la doctrine engendre un effort d'autocritique du Conseil constitutionnel et donc est précieux pour celui-ci »¹⁸.
- 27 Deux observations méritent d'être formulées sur ces propos.

- 28 Tout d'abord, on ne peut écarter l'hypothèse que l'attention portée par George Vedel à la doctrine soit personnelle et qu'elle soit liée à son statut d'ancien professeur de droit. Même si des traces de réception d'analyses et de propositions doctrinales peuvent être supposées ou relevées dans les décisions du Conseil constitutionnel¹⁹, il n'est pas certain que l'ensemble de ses membres aient de mêmes considérations envers les avertissements doctrinaux que ne l'ont les anciens professeurs de droit. De surcroît, ces derniers restent minoritaires et épisodiquement nommés au sein de l'institution. Tout porte donc à penser que l'attention accordée à la doctrine varie selon le profil des membres –supposons qu'elle est plus importante de la part des membres anciens professeurs de droit que d'autres – et leurs habitudes de travail, mais aussi, on l'a évoqué, selon les auteurs considérés et les relations personnelles entretenues avec tel ou tel membre. Encore une fois, Guy Carcassonne a très certainement bénéficié d'une écoute plus attentive qu'un jeune chercheur, même s'il a pu être dit à l'occasion de la remise du prix de thèse du Conseil constitutionnel, que la lecture de certaines d'entre elles avait porté à revoir la cohérence de certaines séries de décision.
- 29 La seconde observation a trait au rapport de force mis en avant par Dominique Rousseau qui ne ressort pas dans les propos de Georges Vedel. Il y est en effet moins question d'un alignement sur la doctrine à des fins de légitimité que de correctifs d'une direction préalablement définie et suivie par le Conseil constitutionnel. Ce dernier semble par conséquent, pour Georges Vedel, se doter d'une autonomie plus prononcée à l'égard de la doctrine que ce qu'envisage Dominique Rousseau, et ce alors même que l'article du professeur-juge est consacré à l'attention que le Conseil porte à celle-ci.
- 30 Plus avant, on émettra l'hypothèse qu'aujourd'hui les termes du rapport concurrentiel établis au tournant des années 1980-1990 par Dominique Rousseau, à supposer qu'ils aient été aussi nets et unidirectionnels que présentés, se sont quelque peu inversés. Sans qu'il soit possible d'établir aisément un rapport de cause à conséquence précis, on peut y voir un lien avec une tendance devenue dominante de la doctrine constitutionnelle française à davantage faire œuvre de justification, de rationalisation et de mise en cohérence des décisions du Conseil constitutionnel que d'argumentation critique. En resserrant les réflexions sur un travail de commentaire des décisions et s'attellant à développer une dogmatique d'un contentieux constitutionnel orchestré par le Conseil constitutionnel, la doctrine constitutionnaliste s'est installée dans une position de suivisme, délaissant corrélativement le rôle d'inspiratrice ou d'initiatrice qu'elle a pu et pourrait avoir. Cela donne tout son sens – au passage – à la fonction correctrice que Georges Vedel, fort de son expérience au Conseil constitutionnel, assigne à la doctrine. Et ce mouvement n'est pas sans desservir les constitutionnalistes, non plus tant vis-à-vis du Conseil constitutionnel que d'autres disciplines juridiques, en particulier celle du droit administratif. La tournure dogmatique et contentieuse que prennent les travaux des constitutionnalistes, en s'inspirant, précisément, des catégories du droit administratif, procède en effet d'une re-légitimation du droit constitutionnel, à la fois comme droit et comme discipline juridique, alors même que ces qualités avaient pu être mises en débat. A cet égard donc, le développement de l'activité du Conseil constitutionnel a servi autant la doctrine spécialisée en droit constitutionnel que cette dernière a servi ce premier en établissant la juridicité de ses décisions par leur analyse sous un prisme contentieux.
- 31 L'inversement des rapports concurrentiels qui se seraient dessinés entre le Conseil constitutionnel et la doctrine peut aussi être relié à la position institutionnelle

progressivement acquise, voire conquise par ce dernier. Après l'accentuation d'un processus de juridictionnalisation qui avait commencé à la fin des années 1980, le Conseil a vu sa légitimité et ses moyens en expertise juridique consolidés avec la création de la QPC à mesure qu'à l'inverse le corps des enseignants-chercheurs qui composent la doctrine s'est renouvelé et a subi, notamment au fil des réformes universitaires, diverses formes de dévalorisation symbolique. Il en ressort que tandis que le Conseil constitutionnel s'est imposé en tant qu'autorité normative et acteur institutionnel, une nouvelle génération de constitutionnaliste œuvre pour sa reconnaissance. De ce point de vue, on peut comprendre l'attrait suscité par l'appel à projet QPC 2020 ou la volonté de trouver tribune dans les revues successives dont s'est doté le Conseil constitutionnel.

- 32 Le déséquilibre pourrait même être jugé tel qu'il n'est pas déplacé de se demander dans quelle mesure la doctrine peut bien encore être considérée comme une institution concurrente – dans tous les sens du terme – pour le Conseil constitutionnel. On l'a évoqué, contrairement à la pratique d'autres Cours constitutionnelles, que ce soit aux Etats-Unis, au Canada²⁰, en Allemagne, en Colombie ou dans les Etats de l'Est de l'Europe²¹, la doctrine française n'est pas citée dans les décisions du Conseil constitutionnel. Tout au plus certains travaux sont-ils évoqués dans les documents à l'appui de ses décisions, ce qui laisse présumer que les services et les rapporteurs qui les préparent n'ignorent pas leur existence, et en lisent quelques morceaux choisis. Mais il est difficile d'en savoir précisément davantage sur ce qu'il se passe dans la boîte noire des préparatifs de chacune des délibérations. On semble en tout cas loin de l'idéal d'un développement dialogique du droit constitutionnel français, où des échanges « ami-ennemi », à la fois collaboratifs et rivaux, concourraient à la détermination du sens du texte constitutionnel et configureraient « une société ouverte des interprètes constitutionnels »²².

B. Les voies nouvelles d'expression des prétentions à la détermination du sens de la constitution : un concours à armes inégales

- 33 La publication de commentaires de décision et articles de fond n'est plus la seule forme d'expression pour l'universitaire qui veut concourir à l'interprétation du texte constitutionnel. Avec l'institutionnalisation de nouvelles procédures (la QPC et la possibilité d'y adjoindre des mémoires en intervention) et l'officialisation d'anciennes pratiques (les « portes étroites » devenues « contributions extérieures » adressées à l'occasion de décisions rendues dans le cadre d'un recours *a priori*²³), d'autres voies se sont progressivement ouvertes qui adoptent des formats susceptibles de susciter une attention plus spécifique de la part du Conseil constitutionnel.
- 34 Rappelons, à ce titre, que plusieurs professeurs de droit se sont saisis de la QPC dès les premiers mois de son entrée en vigueur pour contester certaines dispositions de la loi relative aux libertés et responsabilités des universités promulguée le 10 août 2007²⁴. Mentionnons aussi la constitution de l'Association de Défense des Libertés Constitutionnelles (ADELICO) réunissant essentiellement des enseignants-chercheurs juristes s'étant entre autres donné pour mission d'adresser des mémoires et contributions extérieures au Conseil constitutionnel²⁵. Relevons également des interventions plus ponctuelles, sous forme individuelle ou collective, à l'occasion de

décisions entrant dans le champ de spécialité des uns ou des autres (voir en ce sens la contribution extérieure de Wanda Mastor relative à loi relative à la protection patrimoniale des langues régionales et à leur promotion adressée le 3 mai 2021)²⁶ ou ayant trait au fonctionnement de l'université. Tel fut notamment le cas à l'occasion de la décision n° 2015-465 QPC du 24 avril 2015 sur les règles de parité hommes/femmes applicables à la composition de la formation restreinte du conseil académique des universités. Si l'intervention n'a pas été suivie au fond, elle a néanmoins conduit le Conseil constitutionnel à prendre position sur quelques points soulevés dans le mémoire, en particulier celui de l'exclusion contestée de l'application des mesures de représentation paritaire pour le corps des professeurs et celui de la qualité, rejetée, de « droits et libertés que la constitution garantit » de l'article 1^{er} de la constitution. Ajoutons le cas, plus éclatant encore, de la décision sur la loi de programmation de la recherche rendue le 21 décembre 2020. Plusieurs contributions extérieures, certaines très volumineuses et argumentées réunissant les efforts de nombreux collègues, ont été déposées... en vain, même si, là encore, le Conseil a indirectement répondu à des arguments qui avaient été repris par les parlementaires qui l'avaient saisi²⁷.

- 35 On ne saurait évidemment oublier dans ce tableau les contributions extérieures et mémoires en intervention auxquels les uns participent depuis longtemps sous forme de consultations rétribuées²⁸ – la constitution d'un « marché de la QPC » est à ce sujet souvent évoquée²⁹ –, ou que d'autres effectuent à titre gracieux ou militant au soutien de causes en général portées par des acteurs associatifs ou syndicaux³⁰. Certains peuvent aussi mêler les genres en intervenant parfois à titre personnel et parfois pour le compte d'acteurs économiques ou associatifs³¹.
- 36 Il reste, chacun le sait, que les membres du Conseil constitutionnel n'ont aucune obligation de lire les contributions extérieures, ni *a fortiori* d'en consacrer le contenu³². Certains ont même pu s'irriter d'une pratique jugée corporative, s'apparentant à de « fausses saisines »³³. Dès lors, si participer sous une modalité ou une autre à un recours devant le Conseil constitutionnel peut être analysée comme le rétablissement d'une forme de concurrence interprétative, une question s'impose : former des recours, écrire des mémoires, y compris gracieusement ou de façon désintéressée en tant qu'« ami(e) de la Cour », pour peser sur l'interprétation que le Conseil constitutionnel est appelé à conférer à la constitution, est-ce encore faire œuvre doctrinale ? Tout dépend de ce que l'on considère relever de cette activité. Le débat sur les frontières et les formes d'expression du travail universitaire reste ouvert.

NOTES

1. Hans KELSEN, *La théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1962, pp. 453-463.

2. Michel TROPER, « Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle », in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris, 1975, pp. 133 et s. : « Fonction juridictionnelle ou pouvoir judiciaire ? », *Pouvoirs*, 16, 1981, p. 9.

3. Riccardo GUASTINI, « Réalisme et antiréalisme dans la théorie de l'interprétation », in *Mélanges Paul Amselek*, Bruylant, Bruxelles, 2005, pp. 432 et s. ; Riccardo GUASTINI, « Michel Troper. Sur la fonction juridictionnelle », *Droits*, 2003, n° 37, pp. 111 et s.
4. Voir par exemple François LUCHAIRE, « De la méthode en droit constitutionnel » *Revue de droit public*, 1981, p. 293 ; pour une analyse critique de l'usage de ces méthodes, voir Michel TROPER, « La signature des ordonnances. Fonction d'une controverse », *Pouvoirs*, n° 41, 1987, p. 85.
5. Décision n° 2018-717/718 QPC, 6 juillet 2018.
6. Michel BORGETTO, *La notion de fraternité en droit public français*, Paris, LGDJ, 1993.
7. Georges VEDEL, « Mandat parlementaire et enseignement supérieur », *Le Monde*, 2 décembre 1970.
8. Pierre BOURDIEU, « La force du droit. Eléments pour une sociologie du champ juridique », *Actes de la recherche en sciences sociales*, vol. 64, septembre 1986, p. 6.
9. *Ibid.*, p. 9.
10. *Ibid.*, pp. 6-7.
11. *Ibid.*, p. 7.
12. Voir notamment, Allocution de Jean-Claude COLLIARD, in, *In memoriam*, *Revue française de droit constitutionnel*, 2010/1, n° 81, pp. 215 et s.
13. Voir Marc GUILLAUME, « Guy Carcassonne et le Conseil constitutionnel », Colloque Hommage à Guy Carcassonne, Conseil constitutionnel, 10 avril 2014 ; Thomas PERROUD, « La neutralité procédurale du Conseil constitutionnel », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 15 | 2019, URL : <http://journals.openedition.org/revdh/5618>. Voir par exemple le poids qu'a joué la consultation envoyée par Guy Carcassonne et Georges Vedel à la demande de l'Union nationale des services publics industriels et commerciaux qui a structuré une partie des débats de la séance des 1^{er} et 2 février 1995 (https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/2021-01/pv_1995-02-01_02.pdf).
14. Dominique ROUSSEAU, « Une résurrection : la notion de Constitution », *RDP*, 1990, p. 17.
15. Dominique ROUSSEAU, *op. cit.*, pp. 17-18
16. Dominique ROUSSEAU, *op. cit.*, pp. 17-18
17. Georges VEDEL, « Doctrine et jurisprudence constitutionnelles », *RDP*, 1989, p. 14.
18. *Ibid.*
19. Caterina SEVERINO, « L'influence de la doctrine sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Revue française de droit constitutionnel*, 2016/, n° 105 p.77-100.
20. Yann AGUILA, « Le rôle des collaborateurs d'avocats à propos de l'accès au barreau. Conclusions sur Conseil d'Etat, 25 juillet 2007, *Syndicat des avocats de France* », *RFDA*, 2007, p. 1191 ; voir Thomas ACAR, *La réception de Ronald Dworkin en France*, Thèse, Université Paris Nanterre, soutenue le 11 décembre 2018, pp. 328 et s.
21. Voir Guillaume TUSSEAU, *Contentieux constitutionnel comparé*, Paris, LGDJ, 2021, p. 1148.
22. Voir Peter HÄBERLE, cité par Guillaume TUSSEAU, *op. cit.*, p. 303 ; p. 1167.
23. Pour de plus amples développements sur l'usage de ces procédures, voir les contributions suivantes dans ce dossier.
24. Décision n° 2010-20/21 QPC, 6 août 2010, M. Jean C. et autres.
25. Voir par exemple, décision n° 2020-800 DC, 11 mai 2020, loi prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions - Liste des contributions extérieures.
26. Décision n° 2021-818 DC du 21 mai 2021, loi relative à la protection patrimoniale des langues régionales et à leur promotion - liste des contributions extérieures.
27. Décision n° 2020-810 DC, 21 décembre 2020, Loi de programmation de la recherche pour les années 2021 à 2030 et portant diverses dispositions relatives à la recherche et à l'enseignement supérieur - Liste des contributions extérieures.

28. Voir entre maints exemples, la consultation précitée de Georges VEDEL et Guy CARCASSONNE faite à la demande de l'Union nationale des services publics industriels et commerciaux, mentionnée dans le procès-verbal de la séance des 1^{er} et 2 février 1995 (https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/2021-01/pv_1995-02-01_02.pdf) ou, plus récemment, la contribution extérieure adressée à l'occasion de la décision n° 2021-826 DC du 21 octobre 2021, *Loi relative à la régulation et à la protection de l'accès aux œuvres culturelles à l'ère numérique* - Liste des contributions extérieures.

29. Mathilde MATHIEU, « Enquête sur les coulisses du Conseil constitutionnel, cible des lobbies », *Médiapart*, 12 Octobre 2015.

30. Décision n° 2021-823 DC du 13 août 2021 Loi confortant le respect des principes de la République, - Liste des contributions extérieures.

31. Voir Marc GUILLAUME, « Guy Carcassonne et le Conseil constitutionnel », Colloque Hommage à Guy Carcassonne, Conseil constitutionnel, 10 avril 2014.

32. Pierre JANUEL, « Conseil constitutionnel : derrière les recours et les portes étroites », *Dalloz Actualités*, 18 juillet 2019 ; Thomas PERROUD, « La neutralité procédurale du Conseil constitutionnel », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 15 | 2019, URL : <http://journals.openedition.org/revdh/5618>.

33. Voir le procès-verbal de la séance du vendredi 30 décembre 1977, https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mn/decisions/PV/pv1977-12-30.pdf, p. 9 ; Voir aussi Dominique ROUSSEAU, Pierre -Yves GAHDOUN, Julien BONET, *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 2009, p. 236.

RÉSUMÉS

La doctrine constitutionnelle française ne peut être considérée comme un interprète concurrent du Conseil constitutionnel que dans des sens spécifiques du concept de concurrence. La pensée même d'un rapport de concurrence interprétative entre la doctrine française et le Conseil constitutionnel se heurte en effet à quelques impasses. Dans les hypothèses où ce rapport peut néanmoins être envisagé, il présente aujourd'hui un déséquilibre certain au détriment de la doctrine.

The French constitutional doctrine can only be considered as a competing interpreter of the Constitutional Council in specific senses of the concept of competition. The idea itself of interpretative competition between French constitutional doctrine and the Constitutional Council comes up against several gridlocks. In the cases where such a relationship can nevertheless be envisaged, it is today clearly unbalanced to the detriment of the Academics.

INDEX

Mots-clés : interprétation, concurrence, concurrence symbolique, légitimité, dialogue, Conseil constitutionnel, doctrine, contentieux constitutionnel, Question prioritaire de constitutionnalité, contributions extérieures

Keywords : interpretation, competition, symbolic competition, legitimacy, dialogue, Constitutional Council, French Academics, amicus curiae