

La présence de l'argument conséquentialiste dans les délibérations du Conseil constitutionnel

Sylvie SALLES
(Université Montpellier 1, CERCOP)

I- La présence incontestable de l'argument conséquentialiste dans les délibérations

A- La preuve de l'existence de l'argument conséquentialiste

- 1- La détermination de la nature de l'argument
 - a- Une détermination textuelle incertaine
 - b- Une détermination matérielle ambiguë
- 2- L'élaboration de catégories de conséquences
 - a- Le premier niveau : les conséquences matérielles
 - b- Le second niveau : les conséquences fonctionnelles

B- La preuve de l'influence de l'argument conséquentialiste

- 1- La concurrence avec les autres arguments
- 2- La prévalence sur les autres arguments

II- La présence problématique de l'argument conséquentialiste dans les délibérations

A- Une révélation controversée : l'écart entre délibération et rédaction de la décision

- 1- Un écart caché par la tradition du syllogisme d'exposition
- 2- Un écart réduit par la banalisation de l'argument conséquentialiste
 - a- La transparence des mots
 - b- La transparence de la motivation

B- Une révélation complexe : l'écart entre délibération et interprétation de la décision

- 1- L'hostilité théorique à l'égard des considérations de fait
- 2- La nécessité juridique de l'argument conséquentialiste
 - a- Une réponse à la complexification du droit
 - b- Une réponse aux nouveaux besoins du droit

« J'ai beau me représenter le détail de ce qui va m'arriver : combien ma représentation est pauvre, abstraite, schématique, en comparaison de l'événement qui se produit ! La réalisation apporte avec elle un imprévisible rien qui change tout ».

H. Bergson, « Le Possible et le réel », 1930¹.

« La portée politique des décisions impose que soient évaluées leurs conséquences. On envisage toujours leurs effets ; éventuellement, on s'interroge même sur la date de la publication, en fonction des échéances politiques ou électorales. Il peut aussi arriver que l'on renonce à déclarer une inconstitutionnalité, qui aurait empêché de remédier à une violation jugée plus grave de la Constitution ou aurait entraîné des conséquences plus lourdes² ».

Cette affirmation de Dominique Schnapper pourrait passer pour étonnante en ce qu'elle suppose la présence de l'argument³ conséquentialiste dans les délibérations du Conseil constitutionnel, et au-delà dans la décision. Car, traditionnellement, il est entendu que le juge, et en particulier le juge constitutionnel, ne prend pas en considération les conséquences de ses décisions puisqu'il juge en droit. Sous l'égide du positivisme, le contrôle de constitutionnalité est uniquement un rapport « pur » de conformité de la loi par rapport à la Constitution. En ce sens, la décision du juge constitutionnel est le produit d'un syllogisme dont les prémisses sont juridiques. Or, le conséquentialisme, c'est à dire l'évaluation de ce qui est bon ou mauvais en fonction des conséquences induites par un choix, semble aux antipodes d'une telle culture positiviste.

Cependant, l'analyse de certaines décisions du Conseil constitutionnel a attiré l'attention sur le conséquentialisme. Ce soupçon de l'argument conséquentialiste apparaît, par exemple, dans la décision du 16 août 2007 relative à la loi dite « TEPA », dans laquelle le Conseil érige les conséquences d'un avantage fiscal en véritable critère de constitutionnalité ; ou encore, dans la décision « OGM » du 19 juin 2008, où le juge utilise la technique de l'inconstitutionnalité différée afin de prévenir des « conséquences manifestement excessives » pour l'Etat français. Ainsi, les décisions récentes montrent que le juge constitutionnel intègre dans sa réflexion juridictionnelle d'autres éléments tels que les conséquences politiques, économiques ou institutionnelles d'une décision de validation, de censure ou de confirmation partielle. Le juge s'appuierait donc sur des considérations extra-juridiques pour fonder sa solution.

Cette hypothèse de l'argument conséquentialiste a été confirmée lorsqu'ont été dépouillées les archives du Conseil constitutionnel en 2009. Les commentaires des délibérations soulignent d'ailleurs, à plusieurs reprises, « la prise en compte de l'impact des

¹ H. Bergson, « Le possible et le réel », *La pensée et le mouvement*, PUF, 8^e éd., 1998, p. 99.

² D. Schnapper, *Une sociologue au Conseil constitutionnel*, Gallimard, 2010, pp. 244-245.

³ « Le domaine de l'argumentation est celui du vraisemblable, du plausible, du probable, dans la mesure où celui-ci échappe aux certitudes du calcul³ ». Ch. Perelman, L. Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation*, Editions de l'Université de Bruxelles, 2008, p. 1.

décisions⁴ », ou encore « le jeu des prédictions⁵ ». Il en ressort que « les débats au Conseil se sont tenus bien au-delà des seules considérations juridiques⁶ ». Partant, « les délibérations témoignent de cette volonté des juges constitutionnels de ne pas ignorer le contexte du moment et d'insérer leur solution dans un débat plus vaste⁷ ». Cela confirme cette idée, affirmée jadis contre les excès du positivisme, que « c'est la délibération qui distingue l'homme de l'automate⁸ ».

L'objectif est ici d'éprouver la présence de considérations extra-juridiques dans la délibération, et par extension dans la décision, remettant ainsi en cause une longue tradition de juge « bouche de la loi », selon la célèbre formule de Montesquieu. L'étude sera centrée sur les délibérations du Conseil constitutionnel, dont les 31 délibérations sélectionnées, issues de l'ouvrage qui leur est dédié, forment un échantillon réputé représentatif. Les résultats trouvés ici sont donc transposables à l'ensemble des délibérations du Conseil constitutionnel, qu'elles se situent dans la période bénéficiant de l'ouverture des archives, ou qu'elles soient encore dans l'ombre du secret. Parce que les délibérations sont étroitement connectées à la décision, bien que « la façon par laquelle on trouve n'est pas celle par laquelle on prouve⁹ », il est particulièrement intéressant d'en déduire une grille d'analyse applicable aux décisions, même récentes. Cela suppose de reconnaître le lien étroit entre délibérations et décisions, même si seulement ces dernières entrent dans le champ du droit positif. Il faut donc accepter d'élargir l'objet de l'analyse du droit en y incluant un nouvel élément de compréhension de la cohérence des décisions du Conseil constitutionnel.

Ainsi, le contrôle de constitutionnalité n'est pas réductible à un rapport de droit « pur » : « oui, le contrôle de constitutionnalité repose pour partie sur des considérations extra-juridiques¹⁰ » puisque le juge prend en compte autant sinon plus les conséquences pratiques de sa décision. A bien observer la présence de l'argument conséquentialiste dans les délibérations, celle-ci apparaît *incontestable* au regard des preuves fournies par l'échantillon (I). Elle n'en est pas moins soumise à la critique, ce qui confirme que la présence de l'argument conséquentialiste est *problématique* (II).

I- La présence incontestable de l'argument conséquentialiste dans les délibérations

La question de la détermination de l'argument conséquentialiste, dans les délibérations du Conseil constitutionnel, renvoie à une problématique contemporaine plus vaste concernant les décisions de justice. Autrefois, la question était seulement de savoir si le juge motivait sa solution. Mais, l'enjeu s'est déplacé. Constaté la motivation ne suffit plus, encore faut-il que

⁴ B. Mathieu, J.-P. Machelon, F. Mélin-Soucramanien, D. Dominique, X. Philippe, *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel, 1958-1983*, Dalloz, 2010, pp. 49-51 et pp. 162-163.

⁵ *Les grandes délibérations, op. cit.*, pp. 247-249.

⁶ *Ibidem*, p. 248.

⁷ *Ibidem*, p. 249.

⁸ Ch. Perelman, L. Olbrechts-Tyteca, *Rhétorique et philosophie. Pour une théorie de l'argumentation en philosophie*, PUF, 1952, p. 42.

⁹ P. Draï, « Le délibéré et l'imagination du juge », in Mélanges R. Perrot, Dalloz, 1996, p. 114.

¹⁰ P. Mazeaud, « La place des considérations extra-juridiques dans l'exercice du contrôle de constitutionnalité », Communication d'Erevan, 29 septembre - 2 octobre 2005, p. 1. Disponible sur le site du Conseil constitutionnel : http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/20051001erevan.pdf

celle-ci réponde aux canons de la méthode juridictionnelle, c'est à dire, en France, à un enchaînement d'arguments exclusivement *juridiques*.

L'analyse des délibérations du Conseil constitutionnel bouscule cette perspective traditionnelle en montrant que l'argument juridique n'est pas exclusif. En effet, l'argument conséquentialiste participe aussi à la construction de la solution dans le délibéré. Or, ce type d'argument a pour spécificité d'embrasser des considérations qui, dans une large mesure, ne sont pas juridiques. En effet, parce que « la portée politique des décisions impose que soient évaluées leurs conséquences¹¹ », le juge analyse systématiquement les conséquences politiques, économiques, institutionnelles lors de la délibération. Les délibérations fournissent tout à la fois la preuve de *l'existence* de l'argument conséquentialiste (A), et la preuve de son *influence* parmi tous les arguments de pur droit (B).

A- La preuve de l'existence de l'argument conséquentialiste

Pour prouver l'existence de l'argument conséquentialiste, il faut trouver des indices, des marqueurs de sa présence dans les délibérations du Conseil constitutionnel. Une première solution consiste à déterminer la nature de l'argument conséquentialiste afin de savoir comment le reconnaître dans le discours des membres de la Haute institution. Afin de préciser ce premier résultat, une deuxième solution réside dans l'élaboration de catégories de conséquences.

1- La détermination de la nature de l'argument

La détermination de l'argument conséquentialiste se heurte à un écueil : son polymorphisme. En véritable caméléon des instruments du discours, cet objet d'étude semble se fondre dans la masse des arguments juridiques, de sorte qu'il passe souvent inaperçu. Son caractère incertain et évanescent fait de l'argument conséquentialiste un élément difficile à relever et systématiser. C'est pourquoi, une première zone d'incertitude concerne la forme de l'argument conséquentialiste et, plus particulièrement, son apparence textuelle dans les délibérations. Une seconde zone d'incertitude ouvre, ensuite, une réflexion sur sa détermination matérielle, afin de savoir s'il s'agit d'un argument juridique ou extra-juridique.

a- Une détermination textuelle incertaine

Une première réponse à la question de la détermination de l'argument conséquentialiste serait de relever toutes les fois où le terme « conséquence(s) » est employé par les membres du Conseil constitutionnel au cours des délibérations. Cela fournirait une réponse objective et quantifiée du conséquentialisme. Évidemment, une telle approche, pour séduisante qu'elle puisse paraître, ne peut en aucun cas suffire ici. D'une part, parce que le terme « conséquence(s) » n'a pas le même sens lorsqu'il est employé au singulier ou au pluriel. Et, d'autre part, parce que le champ lexical du conséquentialisme, en particulier dans les délibérations, dépasse largement la seule utilisation de ce terme. Il faut donc se pencher

¹¹ D. Schnapper, *Une sociologue au Conseil constitutionnel*, Gallimard, 2010, p. 244.

sur ces deux difficultés afin de résoudre le problème de la détermination formelle de l'argument conséquentialiste.

La première difficulté se rencontre lors du relevé du terme « conséquence(s) » car la signification diffère selon son nombre (singulier ou pluriel). Un décompte statistique opéré sur les 31 délibérations, servant ici d'échantillon représentatif, informe que ce terme apparaît 82 fois, dont 47 fois au singulier et 35 fois au pluriel. Au singulier, ce terme est le plus souvent le support d'une tournure linguistique courante : « en conséquence ». Cela exclu donc toute signification conséquentialiste pour un singulier, sauf exception (en l'espèce seulement 3 cas de singulier sur 47, soit 6%, s'apparentent à un argument conséquentialiste¹²). En revanche, le pluriel est une marque du conséquentialisme dans 28 cas sur 35¹³, soit 80%. Ainsi, lorsque le terme « conséquences » est constaté dans les délibérations, cela instaure une forte présomption en faveur du conséquentialisme. Cela concerne 15 délibérations sur 31, soit 48% des délibérations. Ce premier constat permet de conclure temporairement sur la présence de l'argument conséquentialiste dans la moitié des délibérations. A titre d'illustration, lors de la séance du 27 novembre 1959, relative au respect de la répartition entre le pouvoir législatif et réglementaire, le Président René Coty demande aux autres membres de « réfléchir aux conséquences¹⁴ » si le Conseil décidait de la nécessité d'une loi pour fixer les prix, alors que la pratique en a fait une prérogative du gouvernement. Les conséquences d'une reconnaissance du pouvoir du législateur seraient néfastes. Ici, l'utilisation du mot « conséquences » indique clairement la présence de l'argument conséquentialiste.

En reprenant ce premier constat, si 15 délibérations portent la marque des « conséquences », alors que le relevé initial comptait 28 apparitions, cela signifie que dans certaines délibérations l'argument conséquentialiste apparaît plusieurs fois. Il faut donc déterminer si la multiplication des apparitions du terme « conséquences » dans la délibération est la preuve d'un plus fort conséquentialisme. Une réponse affirmative reviendrait à reconnaître que certaines délibérations sont davantage conséquentialistes, simplement parce que le terme « conséquences » apparaît plusieurs fois dans la séance. Le meilleur exemple, pour résoudre le problème de la quantité de l'argument conséquentialiste, est sans doute la séance sur le vote de la loi de finances pour 1980. En effet, cette délibération du 24 décembre 1979 constitue un véritable record, pour le décompte du terme « conséquences », avec sept apparitions. Dès le départ de la discussion, le ton est donné par le rapporteur de la décision, M. Ségalat, qui achève ainsi sa présentation : les membres du Conseil ne peuvent pas ne pas s'« interroger sur les *conséquences* qu'aurait une annulation¹⁵ ». La formule est alors reprise par le Président Frey : « Quant aux *conséquences* de la décision, c'est au Gouvernement qu'il convient de prendre ses responsabilités en choisissant la meilleure procédure à suivre ultérieurement si le Conseil annule la loi de finances. (...) La mission du Conseil est de sauvegarder les institutions. Elle ne peut être remplie que par un Conseil debout, dont le crédit doit rester intact, même si les *conséquences* pratiques d'une décision peuvent entraîner

¹² En effet, il semble qu'une réserve puisse être émise pour trois cas : voir pp. 189, 223, 298.

¹³ Il faut noter l'exception de la délibération relative aux « conséquences de l'autodétermination des îles des Comores ». Là, l'emploi du terme conséquences est dans quatre cas une reprise de l'intitulé de la loi.

¹⁴ Séance du 27 novembre 1959, RATP, FNR, Baux à ferme, *Les grandes délibérations*, op. cit., p. 58.

¹⁵ Séance du 24 décembre 1979, Vote du budget pour 1980, *Les grandes délibérations*, op. cit., p. 317.

quelque gêne¹⁶ ». La suite de la délibération conserve cette tonalité conséquentialiste par des piqures de rappel sur la « gravité des conséquences¹⁷ » ou sur les conséquences de l'interprétation du juge. En ce sens, selon M. Ségalat, « l'application du droit ne peut pas ne pas prendre en compte les nécessités des situations qu'elles régissent¹⁸ ». Pour autant, il ne faut pas en conclure que cette délibération, pour laquelle le terme « conséquences » apparaît 7 fois, est davantage conséquentialiste que les autres ; ou encore, en déduire qu'une délibération, pour laquelle le terme « conséquences » est absent, n'est pas conséquentialiste. Ici, une *intuition*, au sens de Bergson¹⁹, guide le sens de la réponse : il est *impossible* que le conséquentialisme se réduise à un seul terme car les délibérations semblent toutes conséquentialistes. L'analyse formelle des « conséquences » est, certes, nécessaire pour révéler la présence du conséquentialisme. Mais elle ne peut suffire à déterminer la nature de l'argument conséquentialiste.

La deuxième difficulté, à laquelle se heurte la détermination de l'argument conséquentialiste, découle de ce premier constat. Puisque les « conséquences » ne sont pas les marqueurs exclusifs de l'argument conséquentialiste, il faut découvrir quels sont les autres mots qui indiquent la présence d'un tel type d'argument. Or, le champ lexical du conséquentialisme n'est pas réductible à un seul mot. Donc, cela revient à douter de tous les mots. Une lecture attentive des délibérations révèle que la prise en compte des conséquences apparaît sous des formes langagières diverses et variées, qu'elles soient clairement exprimées ou davantage fondues dans le discours constitutionnel. En effet, les membres de la Haute institution adoptent un raisonnement conséquentialiste auréolé de l'innocence du langage juridique, ou encore de la banalité du langage ordinaire. Ici, l'argument conséquentialiste n'est plus saisissable d'un point de vue formel : il faut le deviner à partir du contexte, ou encore de ce qui fait débat dans la délibération. Ainsi, le conséquentialisme est moins apparent : il faut voir au-delà des mots, relevés séparément, et envisager désormais le sens subsumé. Deux remarques s'imposent. Tout d'abord, si le conséquentialisme peut prendre toutes les formes, cela rend sa détermination plus délicate, voire incertaine. En effet, il est alors plus difficile de faire apparaître les marqueurs privilégiés de l'argument conséquentialiste. Ensuite, ce conséquentialisme n'est plus quantifiable avec fiabilité

¹⁶ *Ibidem*, p. 317.

¹⁷ *Ibidem*, p. 319 : M. Gros explique que « M. Ségalat a conclu que son inquiétude le poussait à la mansuétude en raison de la gravité des conséquences. C'est alors qu'il m'a convaincu : la gravité des conséquences me conduit à opiner d'une façon opposée à la sienne ».

¹⁸ *Ibidem*, p. 320 : « Comme M. Ségalat, M. Lecourt est préoccupé par les conséquences de la décision ». Ainsi, « le Conseil, comme d'ailleurs doit le faire tout juge, doit appliquer le droit en interprétant les normes en fonction de toutes les conséquences qu'elles entraînent. L'application du droit ne peut pas ne pas prendre en compte les nécessités des situations qu'elles régissent ».

¹⁹ Henri Bergson évoque l'intuition du philosophe : « Il me semble que l'intuition se comporte souvent en matière spéculative comme le démon de Socrate dans la vie pratique ; c'est du moins sous cette forme qu'elle en débute, sous cette forme aussi qu'elle continue à donner ses manifestations les plus nettes : elle défend. Devant les idées couramment acceptées, des thèses qui paraissent évidentes, des affirmations qui avaient passé jusque-là pour scientifiques, elle souffle à l'oreille du philosophe le mot : *Impossible* : Impossible, quand bien même les faits et les raisons sembleraient t'inviter à croire que cela est possible et réel et certain. Impossible parce qu'une certaine expérience, confuse peut-être mais décisive, te parle par ma voix, qu'elle est incompatible avec les faits qu'on allègue et les raisons qu'on donne, et que dès lors ces faits doivent être mal observés, ces raisonnements faux. Singulière force que cette puissance intuitive de négation ! ». H. Bergson, *La pensée et le mouvement*, op. cit., p. 120.

puisqu'il ne s'agit plus de relever un terme spécifique. Malgré tout, l'analyse systématique des 31 délibérations provoque l'étonnement : ce n'est plus la moitié mais bien *toutes* les délibérations qui sont marquées par la présence de l'argument conséquentialiste²⁰. Il n'y a donc pas de matière de prédilection du conséquentialisme (économique, institutionnelle, etc.) ni de type de décision propice à ce raisonnement (DC, L, AN, etc.). De plus, le spectre d'intérêt de l'argument conséquentialiste est large : il s'intéresse, tant à la gravité des effets politiques de la décision du Conseil, qu'à la prise en compte de la réaction que suscitera la décision auprès de l'opinion publique. Dès lors, seule une analyse qualitative, menée au cas par cas, permet de déterminer la nature formelle de l'argument conséquentialiste.

La recherche d'une nature formelle unique a conduit, contre toute attente, à la découverte des formes multiples de l'argument conséquentialiste. La détermination matérielle - l'argument conséquentialiste est-il un argument juridique ? - s'accompagne elle aussi de surprise, voire d'obstacles.

b- Une détermination matérielle ambiguë

Les « décisions ne sont pas des confessions ; elles n'ont pas pour objet de révéler les états d'âmes successifs du juge, mais bien de trancher un litige et de convaincre du bien-fondé de la solution adoptée²¹ ». Ces propos d'Yves Gaudemet, énoncés à propos de sa réflexion sur le raisonnement du juge administratif, pourraient résonner aujourd'hui avec un nouvel écho. En effet, avec l'ouverture des délibérations du Conseil constitutionnel, l'occasion est enfin offerte de découvrir ces états d'âmes successifs du juge. Ici, la question est de savoir si ces confessions permettent de déterminer la valeur juridique ou extra-juridique de l'argument conséquentialiste.

Il est généralement considéré que l'argument conséquentialiste est par nature extra-juridique. Le témoignage de Dominique Schnapper vient conforter cette représentation car, selon cette auteure, les conséquences sont envisagées principalement au regard de leur dimension politique et économique²². Cependant, l'analyse de certaines délibérations vient semer le doute quant au caractère exclusivement extra-juridique de l'argument conséquentialiste. En effet, il semblerait que l'argument conséquentialiste soit le siège d'une instabilité identitaire, révélant le difficile départ entre sa nature juridique et non juridique. Ce caractère mixte s'explique aisément car l'argument conséquentialiste correspond, d'une part, à la prise en compte restreinte des conséquences juridiques de la loi et/ou de la décision du Conseil ; et, d'autre part, à la prise en compte étendue des conséquences institutionnelles, sociales, politiques et économiques. Or, souvent, les membres du Conseil constitutionnel n'opèrent pas une telle distinction, et l'argument conséquentialiste englobe en son sein toutes les catégories de conséquences.

²⁰ A l'exception de la séance du 6 juillet 1976, Refus de la présentation d'avocat dans le cadre des saisines parlementaires, *Les grandes délibérations*, *op.cit.*, p. 300.

²¹ Y. Gaudemet, *Les méthodes du juge administratif*, LGDJ, 1972, p. 51.

²² D. Schnapper, *Une sociologue au Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, pp. 244 et s.

La nature non juridique du conséquentialisme s'exprime dès les premières délibérations de la Haute institution. L'affaire relative à la redevance radio-télévision en est une illustration tangible. Dans cette séance, théâtre de vives discussions, est débattue la faculté pour le Conseil de soulever d'office une question de constitutionnalité. Si le sujet de la compétence devrait classiquement être rangé avec l'ensemble des considérations juridiques, dans le cas présent, il s'agit bien d'un débat politique. En effet, une telle ouverture bousculerait le jeu du Conseil au sein des institutions : les autorités de saisine ne seraient plus maîtresses de leurs questions et pourraient voir la loi contrôlée au-delà de leur requête. De fait, l'équilibre institutionnel et politique, instauré seulement deux ans plus tôt, par le Constituant de 1958, serait remis en cause. Quelque soit l'issue de la discussion, en l'espèce, tous s'accordent à dire que les conséquences politiques sont graves. Pour le Président René Coty, hostile à la solution du rapporteur, M. Gilbert-Jules - qui prône la faculté d'un contrôle dépassant le vœu de la saisine -, il faut considérer comme séparables les dispositions qui n'ont pas fait l'objet de contestation. Ensuite, cet ancien Président de la République « insiste sur la gravité des conséquences s'il en était décidé autrement²³ ». Les conséquences politiques d'une telle décision apparaissent très clairement lors de la discussion, justifiant alors « l'attention des conseillers sur la gravité des conséquences pour le fonctionnement des institutions de la thèse défendue par M. le rapporteur²⁴ ». L'importance des conséquences politiques est telle que la prudence traditionnelle, se manifestant par une autolimitation de l'institution, conduit ici les membres du Conseil à envisager l'octroi d'une nouvelle compétence de contrôle²⁵. Ainsi, les arguments conséquentialistes extra-juridiques alimentent incontestablement la discussion, au point de constituer le cœur du débat. En ce sens, la crainte des répercussions pour l'institution, un Conseil constitutionnel à « la merci du Gouvernement²⁶ », témoigne d'une prise en compte des conséquences hautement politiques de la décision.

En se limitant à un tel angle de vue, il serait facile de méconnaître la porosité entre la nature juridique et non-juridique de l'argument conséquentialiste. L'essentiel réside dans la relation entre fait et droit, afin de déterminer la nature de l'argument conséquentialiste. Ainsi se dessine, dans le flou de la discussion des membres du Conseil, une opération de transformation de considérations juridiques en considérations extra-juridiques, et inversement. Par exemple, pour la séance *Vote du budget*²⁷ précitée, les membres du Conseil évoquent l'hypothèse d'une censure totale de la loi de finances pour 1980. En analysant les conséquences de la censure, ils mesurent tant les conséquences juridiques que politiques de cette sanction. L'argument conséquentialiste garde en son sein une dualité de nature, une instabilité identitaire. En ce sens, la nature de l'argument conséquentialiste a beaucoup à voir avec une opération de qualification, puisqu'il s'agit d'un passage du fait au droit. Par cet aller-retour entre droit et fait, l'argument conséquentialiste, tout comme la qualification, s'intéresse à la cohérence d'un ensemble plus vaste : la cohérence du système juridique. En effet, la qualification, cette opération par laquelle le juriste transforme le fait en droit,

²³ Séance du 11 août 1960, Redevance radio-télévision, *Les grandes délibérations*, *op.cit.*, p. 67.

²⁴ *Ibidem*, p. 69.

²⁵ En effet, selon le rapporteur, « il est en général préférable de limiter la portée des décisions du Conseil mais ici cela ne lui paraît pas possible », *Ibidem*, p. 70.

²⁶ *Ibidem*, p. 68.

²⁷ Séance du 24 décembre 1979, Vote du budget pour 1980, *Les grandes délibérations*, *op. cit.*

correspond aussi au « souci du juge de savoir dépasser le cadre du dossier qu'il examine pour tenir compte de la cohésion du système de référence qui est son œuvre » ; et, à sa volonté notamment de rester « attentif aux conséquences que pourrait avoir telle solution d'espèce sur celles qui prévaudraient à l'avenir²⁸ ». Cette envergure systémique de l'argument conséquentialiste se retrouve, en particulier, lors de la prise en compte des conséquences du *précédent*. La dualité de nature, entre les conséquences juridiques et politiques, apparaît clairement. De plus, la question des conséquences, au regard de la cohérence du système, reste au premier plan.

En effet, à un premier niveau, la discussion s'intéresse aux *effets juridiques* du précédent, comme par exemple pour la loi référendaire la question de savoir si le juge constitutionnel sera juridiquement lié par son précédent. Comme le résume M. Gilbert-Jules, dans l'avis de 1962, « le Conseil (...) sera dans une position inconfortable si, après avoir proclamé les résultats, il est saisi sur la base de l'article 61²⁹ ». Puis, dans la séance faisant suite au référendum, les conséquences juridiques sont problématiques. L'intervention de M. Pasteur Valléry-Radot, demandant comment le Conseil pourrait se « déjuger³⁰ », en est une preuve remarquable.

A un second niveau, la discussion se focalise sur les *effets politiques* d'une décision qui, en l'espèce, déclare l'incompétence du Conseil pour contrôler la loi référendaire. Selon le Président Vincent Auriol, si le Conseil « admettait qu'il n'est pas compétent, il serait possible demain à un Gouvernement d'abattre par pans successifs, la Constitution. Cela voudrait dire qu'une faction du peuple français peut s'approprier la souveraineté nationale³¹ ». Suite à cela, M. Cassin renchérit sur la gravité de la décision, et, s'adresse aux autres membres du Conseil de façon péremptoire : « Si vous dites que le Conseil est incompétent, vous ouvrez la porte à tous les abus. Il y aurait là un danger terrible pour notre pays. (...) décider que le vote du peuple couvre tout c'est grave³² ». Il apparaît donc clairement que l'argument conséquentialiste est employé par les membres du Conseil constitutionnel de façon spontanée, sans opérer de distinction nette quant à sa nature.

Toutefois, les délibérations ultérieures montrent un affermissement de la nature de l'argument conséquentialiste. Le cas de la séance du 24 décembre 1979, relative à la loi de finances pour 1980, illustre un tel constat. En effet, dans cet exemple, les membres du Conseil établissent une distinction remarquable entre les arguments conséquentialistes politiques (les effets pour l'institution d'une déclaration de censure totale) et les arguments conséquentialistes juridiques³³ (les effets juridiques de l'interprétation de l'article 40 de

²⁸ Y. Gaudemet, *Les méthodes du juge administratif*, *op. cit.*, p. 26.

²⁹ Séance du 2 octobre 1962, Avis sur le référendum, *Les grandes délibérations*, *op. cit.*, p. 112.

³⁰ Séance du 6 novembre 1962, Loi référendaire, *Les grandes délibérations*, *op. cit.*, p. 121.

³¹ *Ibidem*, p. 120.

³² *Ibidem*, pp. 120-121.

³³ L'illustration est fournie par la séance relative à la loi de finances pour 1980. Outre les conséquences politiques d'une déclaration de censure totale de la loi, les membres du Conseil examinent minutieusement les effets juridiques de la validation ou de la censure au titre de l'article 40 de l'ordonnance portant loi organique du 2 janvier 1959³³, c'est à dire au titre du non respect de la procédure parlementaire du vote de la loi de finances. La procédure suivie par l'Assemblée nationale en première délibération n'est pas régulière. Mais la question qui se pose aux membres du Conseil est celle de savoir si l'irrégularité a été effacée par l'engagement de la responsabilité du gouvernement en application de l'article 49 alinéa 3 de la Constitution. Une difficulté vient s'y ajouter car le Premier ministre ne demande qu'un seul vote, alors que l'article 40, impose l'adoption - et non la mise aux voix, selon la précision apportée par le rapporteur M. Ségalat³³ - de la première partie de la loi avant de

l'ordonnance portant loi organique). De plus, cela montre que l'ambivalence de la nature de l'argument conséquentialiste s'atténue lorsque la discussion porte sur un sujet très technique, comme ici la question du respect de la procédure parlementaire pour le vote de la loi de finances.

Enfin, il faut remarquer que cette ambiguïté de nature atteste d'une impossible séparation absolue entre fait et droit. Certes, l'argument conséquentialiste s'épanouit à travers des considérations extra-juridiques. Mais, la question des conséquences juridiques constitue généralement un point de départ. Toutefois, si la discussion conséquentialiste débute sur un ton juridique, l'analyse des effets politiques de la décision n'est jamais perdue de vue durant la délibération. Il en résulte une interdépendance entre l'argument conséquentialiste juridique et non juridique, le premier ouvrant logiquement la voie au second, et le second permettant de rendre le premier intelligible. En ce sens, l'argument conséquentialiste, qu'il soit juridique ou non, permet aux membres du Conseil constitutionnel de rendre les idées claires³⁴. Ainsi, classer les arguments conséquentialistes en catégories absolument « juridique » ou « non juridique » n'est pas pertinent. Une systématisation par matière semble préférable.

Au terme de cette étude, relative à la détermination de la nature de l'argument conséquentialiste, force est de constater que la balance penche en faveur des considérations extra-juridiques. Bien que ce résultat laisse encore des interrogations en suspend, il a constitué un préalable nécessaire, permettant à présent d'élaborer des catégories de conséquences.

procéder à l'examen de la seconde. C'est donc sous l'angle des conséquences juridiques que s'ouvre la discussion sur l'irrégularité de la loi. A ce propos, le président R. Frey se prononce clairement : « la violation de la procédure n'a pas été couverte (...) si l'engagement de la responsabilité du gouvernement permettait de battre en brèche des règles constitutionnelles ou des règles de lois organiques, la pratique s'engagerait vite dans une voie dangereuse conduisant à faire de l'utilisation de l'article 49, alinéa 3, un usage immodéré puisque cette procédure deviendrait une baguette magique entre les mains du Premier ministre lui permettant de faire disparaître tous les vices du débat parlementaire³³ ». Ainsi, une interprétation juridiquement souple conduirait à offrir au gouvernement une nouvelle compétence juridique dont la pratique ne manquerait pas de révéler la dangerosité.

³⁴ Cette méthode de clarification de la pensée et des idées fait référence au pragmatisme tel qu'il a été développé par des auteurs comme Charles Sanders Peirce ou William James (Voir notamment : William James, *Le pragmatisme*, Flammarion, Champs, 2007, pp. 111-114). En ce sens, l'argument conséquentialiste se démarque par sa vocation concrète dans le discours. Plus récemment, à propos de l'intérêt de ce type d'argument dans une perspective rhétorique, il a été remarqué que « selon que l'on conçoit la succession causale, sous l'aspect de la relation « fait-conséquence » ou « moyen-fin », l'accent est mis tantôt sur le premier, tantôt sur le second des deux termes : si l'on veut minimiser un effet, il suffit de le présenter comme une conséquence ; si l'on veut en grandir l'importance, il faut le présenter comme une fin ». Ces mêmes auteurs assimilent l'argument conséquentialiste à l'argument pragmatique, ce qui atteste de la nature hautement concrète de l'argument, transcendant alors la question de sa nature juridique ou extra-juridique. Ch. Perelman, L. Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation*, op. cit., p. 364.

2- L'élaboration de catégories de conséquences

Dans la quête des preuves de l'existence du conséquentialisme, le premier mouvement a été celui d'une détermination de la nature de l'*argument*. Désormais l'intérêt doit être porté sur la nature des *conséquences*.

L'irréductible pluralité des conséquences, discutées par les membres du Conseil dans les délibérations, indique que le spectre du conséquentialisme est large. La construction de « catégories³⁵ » de conséquences a donc pour ambition de révéler cette diversité tout en la rendant compréhensible. C'est pourquoi, le flou entourant l'argument conséquentialiste incite à conceptualiser. Cela permet alors de donner davantage de fermeté à des choses communes afin de les raisonner. Toutefois, il faut renoncer à une catégorisation spécialisée, ici les catégories ne sont que des tendances³⁶.

Les catégories s'appuient sur le champ lexical complet du conséquentialisme et non pas seulement sur le terme « conséquences ». Cette systématisation révèle alors l'existence de plusieurs niveaux de catégorisation : les conséquences matérielles (selon la matière) et les conséquences fonctionnelles (selon l'impact sur la solution et sur la motivation).

a- Le premier niveau : les conséquences matérielles

A ce niveau, se trouve la catégorie des *conséquences matérielles*, relative aux matières ou domaines. S'y trouvent réunies, outre les conséquences purement juridiques, tous les types de conséquences. Certains sont aisément quantifiables car les membres du Conseil y font de multiples références explicites³⁷ : les conséquences relatives au pouvoir du Conseil³⁸, qui sont les plus nombreuses, les conséquences institutionnelles³⁹, les conséquences relatives à

³⁵ Ces catégories ne peuvent pas s'entendre au sens de « catégorie juridique » puisque l'argument conséquentialiste a une nature mixte. De plus, toute catégorisation suscite des réserves, et doit être entendue avec critique, voire scepticisme. Cette question de l'intérêt de l'abstraction renvoie au débat tenu entre J. Rivero et B. Chenot. Si ce dernier était hostile aux catégories, J. Rivero a riposté par sa célèbre « apologie pour les faiseurs de systèmes », restée depuis une véritable source d'inspiration. En rappelant, une dizaine d'années plus tard, les termes de cette controverse, M. Waline synthétise une définition de « catégorie juridique », correspondant à « tout fait ou ensemble de faits, tout acte ou ensemble d'actes auxquels la loi ou toute autre règle de droit attache des conséquences juridiques, c'est à dire dont elle fait la condition nécessaire et généralement suffisante, pour que certaines solutions s'imposent au juge ». Cette définition, relative aux catégories juridiques, mérite d'être complétée pour les *catégories de conséquences*. En effet, M. Waline s'attache aux conséquences *juridiques*. Or, la nature mixte de l'argument conséquentialiste commande de prendre en compte aussi, sinon plus, les conséquences extra-juridiques. Il faut donc considérer, en paraphrasant M. Waline, que les catégories de conséquences s'intéressent à tout fait ou ensemble de faits, tout acte ou ensemble d'acte auxquels le juge constitutionnel attache des conséquences juridiques et extra-juridiques, c'est à dire qui sont la condition pour que certaines solutions s'imposent au juge.

Pour retrouver les termes du débat sur les catégorisations, voir notamment : B. Chenot, « La notion de service public dans la jurisprudence économique du Conseil d'Etat », *EDCE*, 1950, n° 4, p. 77 ; J. Rivero, « Apologie pour les faiseurs de systèmes », *Dalloz*, 1951, Chron., p. 99 ; M. Waline, « Empirisme et conceptualisme dans la méthode juridique : faut-il tuer les catégories juridiques ? », in *Mélanges J. Dabin, Bruylant*, 1963, p. 365.

³⁶ Ce qui rejoint la conception d'Henri Bergson.

³⁷ Il s'agit de donner ici un ordre d'idées.

³⁸ *Les conséquences relatives au pouvoir du Conseil* : la prise en compte des conséquences pour le juge, au regard de son pouvoir, sa compétence, sa position, son rôle, est envisagée explicitement au moins 35 fois. Ces références sont réparties sur 20 délibérations (et 21 références apparaissent dans les 10 dernières délibérations).

³⁹ *Les conséquences par rapport aux institutions* : le Conseil mesure les effets de sa jurisprudence sur les relations entre les organes, ainsi que, d'un point de vue stratégique, ses relations avec les autres institutions

l'auditoire⁴⁰, à la rédaction de la décision⁴¹, les conséquences pour l'avenir⁴², les conséquences impliquant un danger⁴³, ou encore les conséquences relatives au peuple⁴⁴. D'autres, comme les conséquences politiques constituent de véritables directives pour l'élaboration des décisions, les rendant alors plus difficile à systématiser. En effet, les conséquences politiques recoupent les conséquences institutionnelles ou encore les conséquences pour le Conseil constitutionnel lui-même. Les membres du Conseil n'hésitent pas à exprimer leur position quant au rôle de l'institution, quitte à dépasser la mesure des conséquences d'espèce et embrasser une vision conséquentialiste plus générale. Cela apparaît clairement lors de l'intervention de Georges Vedel, à propos de la séance Sécurité et liberté, où le rôle et la philosophie générale de l'institution sont rappelés : « nous entendons exercer notre fonction de la manière la plus rigoureuse et la plus complète, mais que nous nous refusons à nous substituer au législateur dans tous les domaines où, sous couleur de principes constitutionnels, les opposants à une telle loi entendent en réalité hausser au rang de règle de droit positif et, qui plus est, du plus haut niveau, leurs théories et leurs sentiments en usant au besoin d'affirmations tranchantes frisant le terrorisme intellectuel pour soutenir que la dissidence par rapport à leur point de vue est une trahison envers la liberté et envers la démocratie⁴⁵ ». Sortir de cette ligne de conduite reviendrait à provoquer des conséquences néfastes pour l'institution.

Les *conséquences matérielles* mettent en valeur les centres d'intérêt du conséquentialisme. Toutes les délibérations font référence à ce type de conséquences. Toutefois, tout en étant la plus concrète, cette catégorie des conséquences matérielles est aussi la plus descriptive.

Au-delà de ce classement par matière, il est possible de rendre intelligible les conséquences selon leur fonction au regard du choix de la solution. Cela conduit à un second niveau de catégorisation : les *conséquences fonctionnelles*.

b- Le second niveau : les conséquences fonctionnelles

A ce second niveau, se situe la catégorie des *conséquences fonctionnelles* : certaines conséquences ont pour fonction de déterminer la solution (conséquences déterminantes), alors

(Parlement, Gouvernement, Conseil d'Etat, etc.). Ces références apparaissent explicitement 7 fois sur 5 délibérations.

⁴⁰ *Les conséquences relatives à l'auditoire* : ces conséquences représentent une part importante des préoccupations conséquentialistes des membres du Conseil, avec 29 références sur 18 délibérations. Le souci de plaire à son auditoire dépasse parfois la question du choix de la sanction de constitutionnalité. C'est le cas par exemple lorsque le Président Palewski demande, pour la question des ressources propres, à « chacun des membres, quelle que soit la décision qui sera prise, d'y réfléchir avec toutes les possibilités constructives de façon que la solution retenue puisse être approuvée par l'ensemble de l'opinion », Séance du 19 juin 1970, Ressources propres des Communautés européennes, *Les grandes délibérations*, *op. cit.*, p. 202.

⁴¹ *Les conséquences de la rédaction* : 11 références aux conséquences de la « rédaction » dans 6 délibérations.

⁴² *Les conséquences pour l'avenir* : le Conseil recherche la cohérence de sa jurisprudence en prenant en considération les conséquences tant immédiates que lointaines. Ainsi, plus de 20 références aux conséquences pour l'avenir apparaissent, réparties sur 13 délibérations qui recouvrent l'ensemble de la période analysée.

⁴³ *Les conséquences impliquant un « danger », une situation « grave »* : 10 références, réparties sur 8 décisions.

⁴⁴ *Les conséquences relatives au peuple, au citoyen* : Ces références apparaissent à 12 reprises, dans 7 délibérations.

⁴⁵ Séance des 19 et 20 janvier 1981, Sécurité et liberté, *Les grandes délibérations*, *op. cit.*, p. 380.

que d'autres ne font que l'éclairer (conséquences réfléchissantes). Cette systématisation permet de classer les conséquences matérielles en fonction de leur impact sur la solution, ce qui rend cette catégorisation moins descriptive que la précédente.

En fournissant des preuves de l'existence du conséquentialisme, les délibérations indiquent dans quelle mesure les conséquences apparaissent, et, si elles sont constitutives de la solution. Les *conséquences déterminantes* sont celles qui constituent le fondement même de la décision. Ce sont principalement les conséquences relatives au pouvoir du Conseil, apparaissant tout au long de la période analysée. La crainte du « gouvernement des juges », témoigne de ce souci omniprésent de ne pas mettre en danger l'institution. Cela explique que les membres du Conseil rappellent souvent les limites des attributions du Conseil. Ainsi, le Président Frey, en 1975, « précise qu'au moment où le Conseil vient de recevoir de nouvelles attributions une décision par laquelle il semblerait sortir de ses compétences donnerait à penser qu'il veut à tout prix élargir celles-ci⁴⁶ ».

Ce second niveau renferme également des *conséquences réfléchissantes*. En premier lieu, ces conséquences, qui réfléchissent sur la solution, sont relatives à l'auditoire. Cette catégorie de conséquences est connectée à celle relative aux conséquences pour le Conseil. En effet, l'impact des décisions fait l'objet de vives discussions. Il est nécessaire que la solution soit acceptée et qu'elle ne soit pas la cible de critiques. Cela montre combien le souci d'une réception favorable de la décision est une part importante du raisonnement conséquentialiste. La recherche, de la part du Conseil, de l'adhésion, de la compréhension de la décision pour celui qui la lit, conduit ses membres à rédiger la décision de façon « pédagogique ». Selon Georges Vedel, il ne faut pas « sacrifier à une brièveté qui eut été le plus souvent obscurité ou désinvolture le souci de nous expliquer en termes non équivoques sur les raisons de notre décision qui sera l'objet à la fois des jugements les plus sommaires et des gloses les plus exégétiques⁴⁷ ». En deuxième lieu, il est logiquement question des conséquences de la rédaction. A partir de l'affaire des ressources propres, en 1970, cette nouvelle catégorie de conséquences suscite l'attention et le débat au sein des délibérations⁴⁸. Effectivement, les membres du Conseil prennent en considération les effets sur l'auditoire du vocabulaire employé, de la formulation choisie, ou encore, de la place de tel ou tel considérant dans la décision. Il s'agit alors de proposer une rédaction claire, qui limite au maximum les mauvaises interprétations. Enfin, il s'agit des conséquences pour l'avenir ; des conséquences relatives aux rapports avec les autres institutions ; mais aussi, des conséquences relatives au peuple, au citoyen ; et, des conséquences impliquant un danger. Toutes ces conséquences comptent car elles influencent la solution.

Enfin, un autre niveau de classification, plus abstrait que les précédents, permet de rendre compte des *conséquences hétéronomies* et des *conséquences autonomes*. Cette distinction fait écho à celle opérée par Paul Ricœur, à propos de la différence entre la morale

⁴⁶ Séance des 14 et 15 janvier 1975, IVG, *Les grandes délibérations*, op. cit., p. 277.

⁴⁷ Séances des 19 et 20 janvier 1981, Sécurité et liberté, *Les grandes délibérations*, op. cit., p. 365.

⁴⁸ Séance du 19 juin 1970, Ressources propres des communautés européennes, *Les grandes délibérations*, op. cit., p. 199.

et l'éthique. Selon cet auteur, lorsqu'une personne se trouve face à un cas de conscience, elle convoque des règles. Ce faisant, soit la règle vient de l'extérieur, parce qu'elle a été enseignée, inculquée (hétéronomie) ; soit, la règle vient de l'intérieur, parce que chacun se la donne à lui-même (autonomie⁴⁹). Mais, ces deux règles n'ont pas le même impact : la première est infantilisante là où la seconde est émancipatrice. Paul Ricœur réserve alors « le terme d'éthique pour la *visée* d'une vie accomplie [autonomie] et celui de morale pour l'articulation de cette visée dans des *normes* caractérisées (...) par un effet de contrainte [hétéronomie]⁵⁰ ».

En ramenant ces travaux à la compréhension des conséquences visées par l'argument conséquentialiste, il est alors possible de faire apparaître une distinction entre la prise en compte des conséquences que le Conseil reçoit (hétéronomie), et, celles qu'il se donne (autonomie). A titre d'illustration, cela apparaît clairement lorsque les membres du Conseil constitutionnel délibèrent sur la compétence de l'institution. En effet, les premières années sont marquées par une valorisation de conséquences hétéronomes. Cela s'explique notamment par le poids du contexte politique exercé sur une institution jeune, qui doit gagner les galons de sa légitimité juridictionnelle. En atteste la séance de 1962 relative à l'avis sur le référendum. En effet, à plusieurs reprises est rappelé l'importance du général de Gaulle dans la rédaction de la Constitution, ce qui s'apparente à l'énoncé d'une règle extérieure sur laquelle les membres du Conseil n'ont pas de prise. L'intervention de M. Chenot illustre clairement l'existence d'une contrainte politique extérieure : « N'oublions pas le rôle du général de Gaulle dans l'élaboration de la Constitution. Il n'est pas douteux que si le problème qui nous occupe s'était posé à ce moment-là il eut été résolu de façon favorable au projet⁵¹ ». Les membres du Conseil ne pouvaient donc pas ignorer les arguments politiques du Président, même si « la majorité des conseillers était, comme le plus grand nombre des juristes, convaincue de l'inconstitutionnalité de l'invocation de l'article 11⁵² ». En effet, « au cours de cette période politiquement difficile », celle de la genèse du Conseil, il a même été rapporté que « le directeur de cabinet du Président de la République avait fait part à Léon Noël du « souhait » du Général » que les élections de 1959 en Algérie « ne fussent pas annulées⁵³ ». Dans ce type de situation, le Conseil a donc privilégié la solution qui emportait les meilleures conséquences politiques. Lorsque le Conseil constitutionnel est contraint par une source extérieure, celui-ci risque de perdre sa compétence juridique, donc sa liberté. Ainsi, comme le souligne Dominique Schnapper, « marqué par ses origines, le Conseil a longtemps pris des décisions en se demandant si elles n'auraient pas pour effet de remettre en question sa propre existence ou de faire échouer un projet de révision visant à étendre son rôle⁵⁴ ».

Mais, le Conseil s'est aussi autolimité en se donnant ses propres règles. Dans cet esprit kantien, se contraindre pour être libre, les membres de la Haute institution ont évalué certaines conséquences possibles de leur décision (conséquences autonomie). En 1975, à

⁴⁹ Selon Paul Ricœur, en abordant le thème d'autonomie, ou d'autolégislation, « ce n'est plus seulement de volonté qu'il s'agit, mais de liberté », P. Ricœur, *Soi-même comme un autre*, Seuil, Essais, 1990, p. 245.

⁵⁰ P. Ricœur, *Soi-même comme un autre*, *op. cit.*, p. 200.

⁵¹ Séance du 2 octobre 1962, Avis sur le référendum, *Les grandes délibérations*, *op. cit.*, p. 104.

⁵² D. Schnapper, *Une sociologue au Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 64.

⁵³ *Ibidem*, p. 66.

⁵⁴ *Ibidem*, pp. 100-101.

propos de l'examen de la loi IVG, les conséquences de la démonstration par le Conseil de son pouvoir sont mises au premier plan. La crainte de telles conséquences politiques est patente lorsque le Président Frey « précise qu'au moment où le Conseil vient de recevoir de nouvelles attributions une décision par laquelle il semblerait sortir de ses compétences donnerait à penser qu'il veut à tout prix élargir celles-ci⁵⁵ ». Mais, la différence avec les *conséquences hétéronomie* est importante. Certes, le Conseil limite sa compétence pour éviter de mauvaises conséquences politiques. Mais là, rien ne s'impose à lui pour qu'il opère une telle limitation. Seule sa quête de liberté le pousse en 1975 à se contraindre lui-même. D'ailleurs, cette catégorie de *conséquences autonomie* ne semble pas s'effacer avec la croissance des pouvoirs de l'institution. En 1981, dans son rapport sur la loi *Sécurité et liberté*, le Doyen Vedel s'adresse sans détour aux autres conseillers en faveur de l'autolimitation de l'institution : « il faut donc prendre la solution que vous avez déjà utilisé à propos de la loi sur l'interruption de grossesse en rappelant que les pouvoirs du Conseil constitutionnel sont différents de ceux du Parlement⁵⁶ ». Une telle attitude conséquentialiste semble rester d'actualité. Si l'hétéronomie est un signe de la dépendance du Conseil, vis à vis de tutelles extérieures, la catégorie des *conséquences autonomie* révèle que le Conseil s'émancipe en s'autolimitant. Dès lors, il est possible d'y voir un signe de la « modernité » du Conseil constitutionnel.

A la lumière de ces premières observations, prouvant désormais l'existence du conséquentialisme dans les délibérations du Conseil, sans que ne subsiste le moindre doute, il reste encore des zones d'ombres. En effet, reste à envisager le poids des conséquences afin de déterminer la valeur de l'argument conséquentialiste.

B- La preuve de l'influence de l'argument conséquentialiste

Si la preuve de l'existence du conséquentialisme est une constatation nécessaire, elle n'est pas suffisante dans la perspective d'une nouvelle lecture des décisions du Conseil constitutionnel. Tout l'intérêt réside dans la question du poids de l'argument conséquentialiste. Il s'agit de savoir s'il a influencé ou déterminé la solution. Si tel est le cas, alors l'argument conséquentialiste n'est pas un simple accessoire dans le délibéré, mais bien un élément essentiel du discours pour fonder la solution. Deux niveaux de cette influence de l'argument conséquentialiste sont à envisager. Selon les délibérations, soit l'argument conséquentialiste s'inscrit en concurrent de l'argument de pur droit, soit il prévaut sur ce dernier.

1- La concurrence avec les autres arguments

Certaines délibérations conduisent à un étonnant constat : l'argument conséquentialiste se place en concurrent direct alors même que la solution ne fait aucun doute sur le plan du droit. Dans la délibération s'intéressant à la loi relative aux conséquences de l'autodétermination des îles des Comores, le rapporteur François Goguel livre, à l'issue d'un

⁵⁵ Séance des 14 et 15 janvier 1975, IVG, *Les grandes délibérations*, op. cit., p. 277.

⁵⁶ Séance des 19 et 20 janvier 1981, Sécurité et liberté, *Les grandes délibérations*, op. cit., p. 375.

rapport très clair, une réponse sans équivoque : la loi est conforme à la Constitution. Mais il termine sa présentation par des « observations personnelles⁵⁷ », ce qui lui permet de faire état des conséquences possibles d'une telle décision de conformité. Si, d'un point de vue strictement juridique, la déclaration de constitutionnalité est la réponse qui emporte les meilleures conséquences⁵⁸, tel n'est pas le cas au niveau politique⁵⁹. Les conséquences de la décision du Conseil pourraient se révéler hautement néfastes. Car, le rapporteur craint que « ses conséquences ne soient très fâcheuses⁶⁰ » pour les populations du fait de la cessation de l'aide financière de la France à l'Etat comorien. L'ampleur politique des conséquences pourrait s'avérer exceptionnelle : la France risque d'être mêlée « à un conflit beaucoup plus vaste tenant à la lutte pour la prépondérance dans l'océan Indien entre la Chine et l'URSS⁶¹ ». Cette crainte, focalisée sur les « répercussions internationales possibles de la décision⁶² », explique que l'argument conséquentialiste vienne largement concurrencer les arguments de droit dans la discussion. D'ailleurs, l'aspect juridique de la conformité de la loi par rapport à la constitution n'est pratiquement pas évoqué. Et, ce n'est qu'après un vote difficile que la décision de conformité est adoptée. Ainsi, cette délibération, loin d'être marginale, témoigne de la concurrence de l'argument conséquentialiste vis à vis des arguments purement formels.

Si F. Goguel aménage ici un espace réservé aux considérations politiques en fin de rapport, d'autres conseillers, à l'instar de G. Vedel, distillent ce type d'argumentation tout au long de la discussion. Ainsi, la présentation du rapporteur conditionne en partie la suite de la discussion. Dans la délibération relative à la loi renforçant la sécurité et la liberté des personnes, les arguments conséquentialistes ne sont pas mis en attente pour apparaître en conclusion, mais constituent des éléments nécessaires à la compréhension des différentes étapes du rapport. Par exemple, le rapporteur estime dangereux le nouveau régime selon lequel la loi n'établit « que des peines strictement et évidemment nécessaires ». En effet, il pourrait conduire le Conseil à se « faire législateur pénal⁶³ ». En définitive, G. Vedel considère le principe de proportionnalité comme « très peu juridique », et, « formulé comme

⁵⁷ François Goguel avait déjà opté pour cette pratique lors de la délibération des 14 et 15 janvier 1975 relative à la loi IVG. D'autres évoquent également les conséquences de la décision à la fin de leur rapport mais sans le formaliser sous le titre d'« observations personnelles ». Par exemple, M. Ségalat termine sa présentation relative à l'examen de la loi de finances pour 1980 en affirmant que les membres du Conseil ne peuvent pas ne pas s'« interroger sur les conséquences qu'aurait une annulation ». Séance du 24 décembre 1979, Vote du Budget pour 1980, *Les grandes délibérations, op. cit.*, p. 317.

⁵⁸ « C'est pour des raisons de droit, les seules, me semble-t-il, dont nous ayons à tenir compte en rendant une décision sur la conformité à la Constitution d'une loi votée par le Parlement de la République, que je suis parvenu aux conclusions que je viens de vous exposer : la loi qui nous est déférée est conforme à la Constitution », Séance du 30 décembre 1975, Conséquences de l'autodétermination des Comores, *Les grandes délibérations, op. cit.*, p. 294.

Après avoir exposé les conséquences politiques possibles de la décision, F. Goguel rappelle sa solution juridique : « si je vous propose de résoudre dans le sens que j'ai exposé tout à l'heure, ce n'est pas de gaieté de cœur, mais c'est parce que, compte tenu de ce qu'est la Constitution, et de ce qu'est la loi qui nous a été déférée, il m'a été impossible en conscience de faire autrement que de conclure que cette loi est conforme à la Constitution », Séance du 30 décembre 1975, Conséquences de l'autodétermination des Comores, *Les grandes délibérations, op. cit.*, p. 296.

⁵⁹ « Mais je ne saurais vous dissimuler que je suis très loin d'être convaincu qu'elle soit conforme à l'opportunité politique, et je crains beaucoup que ses conséquences ne soient très fâcheuses », *Ibidem*, p. 294.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 293.

⁶¹ *Ibidem*, p. 296.

⁶² *Ibidem*, p. 297.

⁶³ Séance des 19 et 20 janvier 1981, Sécurité et liberté, *Les grandes délibérations, op. cit.*, p. 374.

une directive de caractère moral ou philosophique⁶⁴ ». Par conséquent, « le Conseil ne peut pas le mettre en œuvre et ceci non par refus de l'appliquer mais parce que son contenu est trop vague⁶⁵ ». Une telle attitude, la prévention des mauvaises conséquences possibles de la décision, s'applique aussi pour la consolidation de la fonction juridictionnelle du Conseil⁶⁶, ou encore pour la rédaction de la décision⁶⁷. D'ailleurs, ce souci de la rédaction est explicite dans la délibération *Quota par sexe* de 1982. Dans son rapport, M. Gros conclut à l'inconstitutionnalité des quotas favorisant la participation des femmes à la vie politique. Mais M. Peretti « estime que le Conseil doit, cependant, tenir compte du contexte dans lequel sa décision sera accueillie. Il serait opportun d'en atténuer la force et le caractère abrupt en y insérant un considérant qui développerait l'idée que la participation des femmes à la vie politique est souhaitable⁶⁸ ». Cette anticipation du « choc psychologique⁶⁹ » provoqué par la décision invite, par la voix de M. Ségalat, à réfléchir sur la formulation d'« un considérant supplémentaire ou [d']une observation incidente dans l'un des considérants existants⁷⁰ ». Ainsi, les conséquences de la rédaction de la décision occupent un espace non négligeable dans la délibération. Cela prouve à quel point l'argument conséquentialiste est, à toutes les étapes de la discussion, un concurrent sérieux des motifs juridiques de la décision.

Il est vrai que cette façon d'amener le projet de décision à la connaissance des autres conseillers ancre encore davantage le poids de l'argument conséquentialiste. Celui-ci est alors un élément nécessaire de la démonstration. Ne pouvant le réduire à un élément exceptionnel⁷¹, force est de constater qu'il constitue un élément ordinaire de l'argumentation du rapporteur. En ce sens, l'argument conséquentialiste est un concurrent redoutable de l'argument de pur droit.

Dès lors, la tentation de reconnaître la prévalence de l'argument conséquentialiste doit être mise à l'épreuve.

2- La prévalence sur les autres arguments

La mise au jour de l'existence du conséquentialisme redouble d'intérêt avec la démonstration de la prévalence de l'argument conséquentialiste sur les autres types d'arguments. Généralement, les arguments conséquentialistes prédominent lorsqu'il s'agit d'éviter de mauvaises conséquences pour le Conseil constitutionnel lui-même. La loi relative à la redevance radio-télévision en offre une illustration : les membres du Conseil délibèrent longuement sur l'ampleur des conséquences s'ils venaient à soulever d'office des questions de constitutionnalité. Certes, le Conseil serait lié pour l'avenir, comme le souligne M. Pompidou,

⁶⁴ *Ibidem*, p. 375.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 375.

⁶⁶ *Ibidem*, pp. 379-380.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 377.

⁶⁸ Séance du 18 novembre 1982, *Quota par sexe I*, *Les grandes délibérations*, *op. cit.*, p. 450.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 451.

⁷⁰ *Ibidem*.

⁷¹ Comme l'exemple des conséquences politiques exceptionnelles dans la délibération relative aux îles des Comores, puisque la prise en compte de l'impact de la décision conduit à la crainte d'une troisième guerre mondiale.

« car la décision fera jurisprudence⁷² ». Mais cela éviterait aussi et surtout que le Conseil ne soit « à la merci du gouvernement⁷³ ». En fin de compte, la mesure des diverses conséquences possibles de la décision dicte aux membres du Conseil un axe médian. Le principe est celui de la compétence de l'institution pour soulever d'office des dispositions de la loi examinée. Mais, en l'espèce cela ne s'avère pas nécessaire⁷⁴.

Cependant, il est des cas où les membres de la Haute institution mettent en avant des conséquences plus *nobles*, comme la volonté de faire du Conseil constitutionnel un « protecteur des libertés ». En ce sens, la séance relative à la loi du 1^{er} juillet 1901 sur les contrats d'association est exemplaire. En plus d'avoir présidé à l'élaboration de la plus célèbre décision du Conseil constitutionnel⁷⁵, les conseillers ont ouvert la voie d'un raisonnement conséquentialiste favorable aux libertés. Au cours de son rapport, F. Goguel s'arrête sur trois problèmes de constitutionnalité : les article 4, 34 et le Préambule de la Constitution. Pour chacune des dispositions en cause, le rapporteur se dit convaincu de la conformité de la loi au regard de la Constitution. Néanmoins, le détour par le Préambule conduit F. Goguel à s'interroger : la liberté d'association peut-elle être considérée comme un principe fondamental reconnu par les lois de la République ? La réponse négative du rapporteur ouvre la voie à une discussion conséquentialiste fondamentale. Les membres du Conseil avancent les conséquences du passage d'un système répressif (le contrôle a posteriori des associations) à un système préventif (le contrôle a priori des associations). Dès lors, F. Luchaire redoute que « les associations à la limite de la légalité ne se déclarent plus⁷⁶ ». Mais surtout, ce dernier montre qu'une déclaration de conformité aura des conséquences néfastes pour le Conseil constitutionnel. En effet, le Conseil est considéré seulement comme un « régulateur des pouvoirs publics ». Or, selon ce conseiller, l'institution doit accéder au rang de protecteur des libertés⁷⁷. L'intervention du Président Palewski cristallise le débat autour non plus de la forme, mais du fond en déclarant qu'il « semble difficile de soutenir valablement que la liberté d'association, bien qu'elle ne soit pas spécifiée dans les droits de l'homme (...), ne figure pas parmi les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République⁷⁸ ». D'autant que le « contrôle revêt un caractère général » - ce qui est « grave » - et pourrait apporter « une novation profonde dans l'application des principes de la liberté d'association⁷⁹ ». Ainsi, sous le poids de l'argument conséquentialiste, toute la solution est revisitée. Afin d'échapper aux conséquences liberticides de la loi, les membres du Conseil rejettent le projet du rapporteur et votent pour une solution qui place l'argument conséquentialiste au premier rang. Il est clair que l'argument conséquentialiste a prévalu sur tous les autres arguments de droit : dans la délibération les membres du Conseil le placent visiblement comme fondement de la solution.

⁷² Séance du 11 août 1960, Redevance radio-télévision, *Les grandes délibérations*, *op. cit.*, p. 68.

⁷³ *Ibidem*, p. 68.

⁷⁴ CC n° 8-60 DC du 11 août 1960, Loi de finances rectificative pour 1960, *R.* 25, GDCC n° 7, §5.

⁷⁵ CC n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, *R.* 29, GDCC n° 18.

⁷⁶ Séance du 16 juillet 1971, Liberté d'association, *Les grandes délibérations*, *op. cit.*, p. 215.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 215.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 217.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 217.

Si l'argument conséquentialiste est élevé au rang de fondement de la solution, cela rend cette découverte du conséquentialisme problématique. Car, ni les décisions, ni les commentaires des décisions, ne semblent en donner confirmation.

II- La présence problématique de l'argument conséquentialiste dans les délibérations

Contrairement à ce qui est généralement énoncé, l'argument conséquentialiste n'est pas un privilège du juge de *common law*. Son existence dans les délibérations du Conseil constitutionnel en est une preuve. Ainsi, lors du délibéré, le juge peut avoir recours à des arguments de fait. Cependant, en ce qui concerne la décision, le juge est censé respecter un formalisme classique pour lequel les considérations extra-juridiques sont exclues.

Mais, la découverte de la présence de l'argument conséquentialiste dans les délibérations renforce le doute suscité par certaines décisions récentes. Dès lors, se pose la question de la correspondance avec les décisions. Il faut donc mesurer l'écart entre ce qui est dit dans la délibération et ce qui est écrit dans la décision. Cette révélation peut paraître controversée au regard de la tradition formaliste. D'une part, cela confirme le soupçon du conséquentialisme et, d'autre part, cela révèle que l'écart entre délibération (arguments extra-juridiques) et décision (arguments juridiques) tend à se réduire (A). Mais cette révélation est aussi complexe, car elle suscite mécaniquement la question de l'écart entre la délibération et l'interprétation de la décision par la doctrine. Si le Conseil constitutionnel respecte le cadre formaliste, alors la position de la doctrine, hostile aux arguments de fait, est amplement confortée. Toutefois, la découverte de l'argument conséquentialiste, tant dans les délibérations que dans les décisions, montre aussi un décalage entre ce que dit le juge et ce qui est commenté. Ainsi, l'existence d'un tel écart ouvre la question des instruments de l'analyse du droit (B).

A- Une révélation controversée : l'écart entre délibération et rédaction de la décision

La découverte de la présence de l'argument conséquentialiste dans les délibérations suscite la question de la filiation avec les décisions. Or, il est entendu que les décisions respectent un schéma rédactionnel classique, s'inscrivant ainsi dans la droite ligne de l'héritage contentieux, transmis notamment par le Conseil d'Etat⁸⁰. Cela conduit à constater l'existence d'un écart entre le raisonnement tenu par les membres du Conseil constitutionnel lors des délibérations, et, le raisonnement exposé dans la décision. De fait, ce raisonnement classique développé dans la décision, appelé « syllogisme », masque celui qui a permis de trouver la solution au cours de la délibération, c'est à dire le raisonnement conséquentialiste. Toutefois, une lecture attentive des décisions récentes de la Haute institution indique que cet écart tend à se résorber sous la montée d'une banalisation de l'argument conséquentialiste.

1- Un écart caché par la tradition du syllogisme d'exposition

⁸⁰ Voir en ce sens : Y. Gaudemet, *Les méthodes du juge administratif*, op. cit., p. 172 : « La recherche doit être dominée par la considération que le Conseil constitutionnel a, dès le début, largement calqué ses méthodes sur celles du Conseil d'Etat ».

Traditionnellement, il est entendu que le juge doit se livrer à *un* syllogisme. Ce faisant, le juge confronte à la prémisse majeure (la Constitution) une prémisse mineure (la loi), et en déduit la solution de constitutionnalité (conclusion du syllogisme). Un tel schéma décisionnel correspond au principe énoncé jadis par Beccaria, selon lequel « dans le jugement de tout délit, le juge doit agir d'après un raisonnement parfait ». Car, « si le juge est contraint de faire un raisonnement de plus, ou s'il le fait de son chef, tout devient incertitude et obscurité⁸¹ ». Ainsi, pour être un « bon » juge, celui-ci doit respecter la forme du syllogisme.

Toutefois, le syllogisme de la décision n'est pas forcément une retranscription exacte des motifs qui ont présidé lors de la délibération. En effet, « cette distinction est capitale, mais semble souvent perdue de vue, au point que certains reprochent au juge une certaine « hypocrisie »⁸² ». L'argument conséquentialiste présent dans la délibération n'apparaît pas explicitement dans la décision. Cependant, un tel écart n'est pas anormal. En effet, selon Yves Gaudemet, la construction logique de la *décision*, c'est à dire le *syllogisme de construction*, n'est pas obligatoirement le reflet du *raisonnement syllogistique* de la *délibération*. « Sans doute ceux-ci peuvent-ils parfois correspondre : la rédaction du jugement reproduit alors fidèlement la démarche de pensée du juge ; mais il n'y a là aucune nécessité ; car de toutes les façons, leur fonction respective est fondamentalement différente : le raisonnement syllogistique peut éventuellement guider le juge ; le syllogisme d'exposition est un moyen que celui-ci utilise parfois lors de la rédaction de la décision pour satisfaire à ce que nous avons appelé la fonction explicative de la décision⁸³ ». Ramenant ces propos à la question de l'écart, entre délibérations et décisions, il semblerait qu'en ne montrant pas les arguments conséquentialistes, le juge les considère inopérants au regard de la fonction explicative de la solution. A contrario, l'apparition contemporaine de préoccupations conséquentialistes, de faits concrets dans la décision, correspond à une transformation de cette fonction. Le conséquentialisme a toujours existé dans la logique interne du juge constitutionnel, mais, celui-ci ne l'exposait pas dans la formulation de sa décision.

Si le syllogisme est encore aujourd'hui le mode de raisonnement soutenant la décision de justice en France, il faut reconnaître que, « dans la logique moderne, le syllogisme a perdu son statut privilégié⁸⁴ ». En effet, « il n'est plus le paradigme du raisonnement correct mais seulement une application particulière de méthodes bien plus puissantes et générales⁸⁵ ». Ce type de construction logique ne permet pas, ou ne permet plus, de rendre la décision cohérente. Cela suppose un écart entre le raisonnement syllogistique du juge, qui intègre une grande part de conséquentialisme dans la délibération, et le syllogisme d'exposition, qui met un point d'honneur à exclure toute considération extra-juridique de la décision. Par cet écart, le lien entre la délibération et la décision demeure impalpable, creusant ainsi « un abîme

⁸¹ Beccaria, *Des délits et des peines*, Editions Guillaumin et Cie, 1956, p. 21.

⁸² Y. Gaudemet, *Les méthodes du juge administratif*, *op. cit.*, p. 90.

⁸³ *Ibidem*, pp. 89-90.

⁸⁴ J.-M. Denquin, « Réflexions sur le syllogisme judiciaire », *in* Mélanges M. Troper, *Economica*, 2006, p. 382.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 282.

infranchissable entre ces deux univers⁸⁶ » que sont l'être et le devoir être de la décision. Or, comme le souligne Didier Ribes, « le devoir-être contenu dans le principe est enrichi par des éléments issus de l'être pour se concrétiser en une règle secondaire. C'est à cette règle secondaire, souvent non formalisée dans les décisions du Conseil constitutionnel, que la loi est confrontée⁸⁷ ». Face au danger issu d'une retranscription plus réaliste de son raisonnement, le juge pourrait déterminer « par touches successives, les conséquences, les implications qui peuvent et doivent être raisonnablement tirées d'un principe constitutionnel dans un contexte économique, social, politique et juridique donné⁸⁸ ». Selon cet auteur, « la formalisation de cette interprétation conséquentialiste est une limite à la subjectivité du juge constitutionnel⁸⁹ ». Ainsi, l'écart entre la délibération et la rédaction pourrait tendre à se réduire, tout en préservant le Conseil constitutionnel de la critique du « gouvernement des juges ».

Dès lors, exposer au grand jour les motifs conséquentialistes ne signifierait pas l'abandon de toute logique. Il ne faut pas tomber sous le coup de la bipolarité des erreurs, au sens de Gaston Bachelard⁹⁰ : ce n'est pas parce qu'il n'y plus de logique classique, qu'il n'y a plus de logique du tout. Ici, se trouve en jeu la relation entre des éléments a priori contraires. L'argument conséquentialiste, qui semble davantage découler de la rhétorique que de la logique, peut renforcer la logique de la décision. Parce que l'argument conséquentialiste donne sa cohérence au raisonnement tenu par le juge dans la délibération, il constitue un argument logique. Or, il est aujourd'hui admis qu'une décision du Conseil constitutionnel empêchant des conséquences économiques excessives pour l'Etat français⁹¹, ou prévenant une procédure de manquement communautaire⁹², est une décision cohérente. Pourtant, cette cohérence n'est pas intelligible à partir du syllogisme judiciaire. Le conséquentialisme appuie donc la thèse d'un syllogisme régressif, ou secondaire, notamment développé par M. Troper⁹³.

⁸⁶ J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, PUF, 2^e éd., 2004, p. 286.

⁸⁷ D. Ribes, « Le réalisme du Conseil constitutionnel », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2007, n° 22, p. 196.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 196.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 196.

⁹⁰ Selon Gaston Bachelard, « les obstacles à la culture scientifique se présentent toujours par paires. C'est au point qu'on pourrait parler d'une loi psychologique de la bipolarité des erreurs », G. Bachelard, *La formation de l'esprit scientifique*, Vrin, 1989, p. 20.

⁹¹ CC n° 2007-555 DC du 16 août 2007, Loi en faveur du travail, de l'emploi et du pouvoir d'achat, R. 310, § 20 : l'« avantage fiscal fait supporter à l'État des charges manifestement hors de proportion avec l'effet incitatif attendu ».

⁹² CC n° 2008-564 DC du 19 juin 2008, Loi relative aux organismes génétiquement modifiés, R. p. 313, § 58 : « Considérant que la détermination des informations qui ne peuvent en aucun cas être considérées comme confidentielles est exigée, en matière d'utilisation confinée d'organismes génétiquement modifiés, par (...) la directive 90/219/CE susvisée et (...) la directive 2001/18/CE ; que, par suite, l'établissement des listes énumérant ces informations découle de l'exigence constitutionnelle de transposition en droit interne des directives communautaires ; que la déclaration immédiate d'inconstitutionnalité des dispositions contestées serait de nature à méconnaître une telle exigence et à entraîner des conséquences manifestement excessives ; que, dès lors, afin de permettre au législateur de procéder à la correction de l'incompétence négative constatée, il y a lieu de reporter au 1er janvier 2009 les effets de la déclaration d'inconstitutionnalité ».

⁹³ En effet, selon cet auteur, « le premier [syllogisme] a pour prémisse majeure une norme constitutionnelle, pour mineure la loi en litige et pour conclusion la décision d'annuler ou de valider cette loi⁹³ ». Jusque là il s'agit d'un syllogisme classique. Mais ensuite M. Troper révèle le moment du raisonnement qui reste traditionnellement occulté : « (...) la norme constitutionnelle qui sert de majeure a été, elle aussi, déterminée par le juge au terme d'une interprétation d'une disposition constitutionnelle. Celle-ci est elle-même, implicitement ou explicitement,

Finalement, il apparaît qu'une décision cohérente est peut-être celle qui emporte les moins mauvaises conséquences. Cette logique, le juge la suit depuis ses débuts dans les délibérations. Laissant ces considérations dans l'ombre du secret, le juge se limite à une logique juridique classique. Désormais, un vent de transparence commence à lever les anciennes habitudes, ce qui se manifeste dans les décisions récentes par une banalisation de l'argument conséquentialiste.

2- Un écart réduit par la banalisation de l'argument conséquentialiste

La mise au jour des considérations conséquentialistes répond à une nouvelle fonction explicative de la solution. La recherche de transparence entre le délibéré et la décision renforce l'autorité de la loi, et au-delà l'autorité de la décision. Puisqu'aujourd'hui chacun porte une appréciation sur le contenu de la loi - son caractère formel ne suffit plus à fonder son autorité - le juge la renforce en substance en la purgeant de ses effets négatifs. Ainsi, en faisant en sorte que la loi n'emporte pas de mauvaises conséquences pour les différents acteurs du système institutionnel, le Conseil peut renforcer sa propre légitimité.

Cette métamorphose conséquentialiste apparaît dans les décisions récentes. Les marqueurs de l'argument conséquentialiste se dessinent tant au niveau des mots que de la motivation de la décision. Tout porte à croire, même si les délibérations récentes ne sont pas accessibles, que l'écart entre la délibération et la décision se resserre.

a- La transparence des mots

Il a été démontré que le terme « conséquences » était un des marqueurs du conséquentialisme dans les délibérations du Conseil constitutionnel. Or, une analyse des décisions révèle une intensification de l'utilisation de ce même terme sous la plume du juge constitutionnel. En effet, pour la période 1959-1969 seulement 8% des décisions y font référence. Mais ce résultat augmente constamment au cours des 50 ans d'existence du Conseil constitutionnel, au point que, pour la période 1999-2009, 50% des décisions sont concernées⁹⁴.

Contrairement aux délibérations, ces « conséquences » ne sont pas exposées de façon générale. Il n'est pas question de mesurer les répercussions de la décision pour le Conseil constitutionnel, ou encore de prévoir les effets de la décision sur l'auditoire. Le juge constitutionnel emploie cette expression avec précision : les « conséquences » sont aussitôt

le produit d'un syllogisme, dont la majeure est soit une méthode d'interprétation, soit un principe supra constitutionnel. Dans ce cas, la cour choisit librement la majeure. C'est d'ailleurs dans ce choix que réside le caractère volontaire de l'interprétation ». M. Troper, « La théorie de l'interprétation et la supralégalité constitutionnelle », *in* Mélanges C. Eisenmann, Cujas, p. 147.

⁹⁴ Ce calcul est effectué en prenant en considération le nombre de décisions pour la période étudiée ainsi que le nombre de fois où le terme « conséquences » apparaît. Le quotient est donc obtenu en divisant les apparitions « conséquences » par le nombre de décisions. Toutefois, il faut émettre une réserve : par souci de simplification du résultat, celui-ci est donnée comme si le terme conséquences n'apparaissait qu'une seule fois par décision. Cela n'est pas toujours le cas. Cet instrument, qui n'est pas d'une absolue précision, a le mérite de mettre en valeur la multiplication contemporaine des « conséquences » dans les décisions du Conseil constitutionnel.

qualifiées de « juridique⁹⁵ », « économique⁹⁶ », « budgétaire⁹⁷ », ou plus récemment de « sociales⁹⁸ », « environnementales⁹⁹ ». L'argument conséquentialiste est donc précis et concerne une matière ou un domaine de compétence spécifiques. Loin d'une appréciation abstraite des conséquences, ce vocabulaire traduit l'attitude concrète d'un juge cherchant à démêler la complexité de chaque situation. Un tel constat est renforcé depuis le début des années 1980 : le juge évoque, de façon intuitive, des « conséquences dommageables¹⁰⁰ », des « conséquences néfastes¹⁰¹ » ou encore des « conséquences manifestement excessives¹⁰² ». Certes, il serait facile de se satisfaire de cette observation des « conséquences » pour acter du rapprochement entre délibération et décision. Pourtant, de nombreuses réserves appellent à un certain relativisme.

D'une part, les mots que le juge retranscrit dans la décision sont pour partie une reprise du texte de loi, ou des motifs exposés par les requérants. Cela fausse donc nécessairement le résultat : les mots « conséquences » ne préjugent pas avec certitude de la présence de l'argument conséquentialiste. A fortiori, ce n'est pas une preuve suffisante de la diminution de l'écart entre délibérations et décisions. Cependant, il n'est pas interdit de

⁹⁵ La véritable apparition des *conséquences juridiques* date du début des années 1980 pour les *conséquences de la décision* et les *conséquences de la modification*. Par une décision de 1989, relative à l'immunité parlementaire, le juge commence à évoquer les *conséquences de dispositions*, ce qui s'intensifiera par la suite. Cela concerne les conséquences de la loi, d'un article ou d'une disposition (de la loi ou de la Constitution). C'est donc à partir des années 1990 que les *conséquences juridiques* vont apparaître de façon fréquente dans les décisions du Conseil. A titre d'illustrations : CC n° 80-119 DC du 22 juillet 1980, Loi portant validation d'actes administratifs, R. 46, § 2 ; CC n° 82-154 DC du 29 décembre 1982, Loi de finances pour 1983, R. 80, § 9 ; CC n° 89-262 DC du 07 novembre 1989, Loi relative à l'immunité parlementaire, R. 90, § 3 ; CC n° 91-291 DC du 06 mai 1991, Loi instituant une dotation de solidarité urbaine et un fonds de solidarité des communes de la région d'Ile-de-France, réformant la dotation globale de fonctionnement des communes et des départements et modifiant le code des communes, R. 40, § 9 ; CC n° 2008-565 DC du 26 juin 2008, Résolution actualisant le règlement du Sénat afin d'intégrer les sénateurs de Saint-Barthélemy et de Saint-Martin dans les effectifs des commissions permanentes, R. 328, § 1.

⁹⁶ Le Conseil est conduit à diversifier ses compétences en matière financière. Dès 1975, sont évoquées les *conséquences relatives aux finances publiques*, catégorie qui sera vite délaissée. Viendront ensuite, à partir de 1983, des *conséquences financières*, des *conséquences pécuniaires*, les *conséquences budgétaires* (1999), et, les *conséquences fiscales* (2002).

⁹⁷ A titre d'illustrations pour les *conséquences budgétaires* : CC n° 99-424 DC du 29 décembre 1999, Loi de finances pour 2000, R. 156, § 15 ; CC n° 99-423 DC du 13 janvier 2000, Loi relative à la réduction négociée du temps de travail, R. 33, § 18 ; CC n° 2007-555 DC du 16 août 2007, Loi en faveur du travail, de l'emploi et du pouvoir d'achat, R. 310, § 39 (ainsi que le sous-titre précédent ce considérant) ; CC n° 2008-566 DC du 09 juillet 2008, Loi organique relative aux archives du Conseil constitutionnel, R. 338, § 8.

⁹⁸ Depuis 2009 : CC n° 2009-579 DC du 09 avril 2009, Loi organique relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution, R. 84, § 14.

⁹⁹ C'est la même décision qui fait apparaître les *conséquences environnementales* : CC n° 2009-579 DC du 09 avril 2009, Loi organique relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution, R. 84, § 14.

¹⁰⁰ CC n° 80-127 DC du 20 janvier 1981, Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes, R. 15, § 64 ; CC n° 86-211 DC du 26 août 1986, Loi relative aux contrôles et vérifications d'identité, R. 120, § 4 ; CC n° 88-244 DC du 20 juillet 1988, Loi portant amnistie, R. 119, § 23 ; CC n° 89-268 DC du 29 décembre 1989, Loi de finances pour 1990, R. 110, § 81 ; CC n° 90-285 DC du 28 décembre 1990, Loi de finances pour 1991, R. 95, § 63 ; CC n° 93-323 DC du 05 août 1993, Loi relative aux contrôles et vérifications d'identité, R. 213, § 10 ; CC n° 93-325 DC du 13 août 1993, Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France, R. 224, § 16 ; CC n° 2002-458 DC du 07 février 2002, Loi organique portant validation de l'impôt foncier sur les propriétés bâties en Polynésie française, R. 183, § 4 ; CC n° 2005-530 DC du 29 décembre 2005, Loi de finances pour 2006, R. 168, § 2.

¹⁰¹ CC n° 99-416 DC du 23 juillet 1999, Loi portant création d'une couverture maladie universelle, R. 100, § 3.

¹⁰² CC n° 2008-564 DC du 19 juin 2008, Loi relative aux organismes génétiquement modifiés, R. 313, § 58 ; CC n° 2009-595 DC du 03 décembre 2009, Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, R. 206, § 16.

penser que le juge constitutionnel choisit sciemment les mots et les éléments qu'il intègre dans son raisonnement d'exposition. Dans ce cas, la reprise d'un argument conséquentialiste, énoncé par les auteurs de la saisine, devient un argument conséquentialiste du juge constitutionnel lui-même. Ce procédé permet de garder une distance entre ce que répète le juge et ce qu'il dit réellement. Le juge semble alors se borner à un rôle de scribe là où il exerce toute sa compétence conséquentialiste.

D'autre part, la grille d'analyse fournie par les délibérations a montré que le terme « conséquences » n'est pas suffisant pour connaître l'ensemble des arguments conséquentialistes. En plus des « conséquences », il faudrait répertorier toutes les formulations qui relèvent du champ lexical du conséquentialisme.

Toutefois, un signe explicite semble marquer la présence de l'argument conséquentialiste dans les décisions. Cela permet donc de conforter le rapprochement entre délibération et décision. En effet, le découpage pédagogique de la décision révèle le siège du conséquentialisme. Ce sont les sous-titres qui trahissent, sans conteste, la présence de l'argument conséquentialiste. Trois décisions récentes méritent l'attention : la décision TEPA du 16 août 2007, la décision OGM du 19 juin 2008 et la décision loi de finances rectificative du 29 décembre 2009.

En effet, à l'occasion du contrôle de la loi en faveur du travail, de l'emploi et du pouvoir d'achat, le Conseil constitutionnel étend son contrôle de rationalité à des questions financières, ce qui est signalé par l'intitulé suivant : « Sur les conséquences budgétaires de la loi déferée »¹⁰³. La motivation développée en sus est d'ailleurs reconnue pour être hautement conséquentialiste¹⁰⁴. Dans la décision OGM, le Conseil délaisse les conséquences matérielles mais s'attache aux conséquences fonctionnelles. En effet, sont évaluées les conséquences de la sanction de constitutionnalité : « En ce qui concerne les conséquences de l'inconstitutionnalité des dispositions déferées »¹⁰⁵. Ainsi, en fin de décision, le juge constitutionnel revient sur sa conclusion. La solution n'est donc pas acquise. Les effets de la déclaration d'inconstitutionnalité sont mis au premier plan ; celle-ci aurait, selon le juge, de mauvaises conséquences. Les effets néfastes pour le législateur français sont évités grâce à la modulation des effets de la décision dans le temps. Enfin, la troisième décision dévoile un conséquentialisme jusqu'alors inédit. Le juge constitutionnel fait apparaître la prise en compte des conséquences d'un précédent : « Sur les conséquences de la décision du Conseil constitutionnel n° 2009-599 DC susvisée »¹⁰⁶. Par cette décision, relative à la loi de finances rectificative pour 2009, et produite dans un climat hautement polémique¹⁰⁷, le Conseil rend une solution qui éclaire la tension entre son passé (le précédent) et son futur (la prise en compte des conséquences).

¹⁰³ CC n° 2007-555 DC du 16 août 2007, Loi en faveur du travail, de l'emploi et du pouvoir d'achat, *R.* 310, sous-titre avant le considérant 34.

¹⁰⁴ D. Rousseau, « Chronique de jurisprudence constitutionnelle 2007 », *RDP*, n° 1, 2008, p. 315.

¹⁰⁵ CC n° 2008-564 DC du 19 juin 2008, Loi relative aux organismes génétiquement modifiés, *R.* 313, sous-titre avant le considérant 58.

¹⁰⁶ CC n° 2009-600 DC du 29 décembre 2009, Loi de finances rectificative pour 2009, *R.* 238, sous-titre avant le considérant 13.

¹⁰⁷ Le même jour le Conseil rendait la décision dite « Taxe carbone » (CC n° 2009-599 DC du 29 décembre 2009, Loi de finances pour 2010, *R.* 218).

Dans ces trois décisions, le sous-titre conséquentialiste se positionne plutôt en fin de motivation¹⁰⁸. Cet élément nouveau semble bousculer la solution. Le conséquentialisme apparaît comme un perturbateur de la logique initiale. La décision est bouleversée au dernier moment par un argument conséquentialiste. Toutefois, seule une analyse de la motivation permet de mesurer l'écart existant entre délibération et décision.

Ainsi, comme le montre l'étude des délibérations, une analyse qualitative reste indispensable pour appréhender la présence de l'argument conséquentialiste dans les décisions.

b- La transparence de la motivation

Dans les délibérations, l'argument conséquentialiste emprunte un vocabulaire concret, voire ordinaire. Cela vaut pour le terme « conséquences », mais aussi pour les autres formulations. Un tel constat se retrouve pour les décisions, ce qui renforce l'idée d'une plus grande communication entre délibération et décision.

Par exemple, dans la décision du 14 août 2003, relative à la loi portant réforme des retraites, pour laquelle la délibération est encore secrète, le juge opère un contrôle des circonstances de fait afin de limiter les conséquences néfastes de la loi. Cette loi instaure une inégalité entre les hommes et les femmes, en accordant à celles-ci un avantage pour leur retraite (une majoration d'un trimestre de l'assurance sociale pour toute année durant laquelle elles ont élevé un enfant). De fait, le texte voté par le législateur porte manifestement atteinte au principe d'égalité. Or, il est constant que le Conseil constitutionnel refuse une telle conception concrète de l'égalité mettant en place des discriminations positives. Pourtant, en l'espèce, le juge constitutionnel préfère laisser cette inégalité de droit entre les hommes et les femmes, instaurée par le législateur, parce qu'elle emporte de meilleures conséquences pour l'intérêt général que sa suppression. Pour justifier cet argument conséquentialiste, le juge énumère des faits concrets. Ainsi, le Conseil pointe les « inégalités de fait dont les femmes ont jusqu'à présent été l'objet » : « elles ont interrompu leur activité professionnelle bien davantage que les hommes afin d'assurer l'éducation de leurs enfants » ; « en 2001, leur durée moyenne d'assurance était inférieure de onze années à celle des hommes » ; « les pensions des femmes demeurent en moyenne inférieures de plus du tiers à celles des hommes¹⁰⁹ ». Le juge a donc recours à des données extérieures pour son contrôle de constitutionnalité, comme dans les délibérations. Ces raisons concrètes étant énoncées, le juge peut ensuite dévoiler son argument conséquentialiste : « en raison de l'intérêt général qui s'attache à la prise en compte de cette situation et à la *prévention des conséquences qu'aurait la suppression des dispositions* de l'article L. 351-4 du code de la sécurité sociale sur le niveau des pensions servies aux assurées dans les années à venir, le législateur pouvait maintenir, en les aménageant, des dispositions destinées à compenser des inégalités normalement appelées à

¹⁰⁸ Considérant 34 sur 40 pour la décision TEPA ; considérant 58 sur 62 pour la décision OGM ; considérant 13 sur 14 pour la décision loi de finances rectificative.

¹⁰⁹ CC n° 2003-483 DC du 14 août 2003, Loi portant réforme des retraites, R. 430, § 25.

disparaître¹¹⁰ ».

L'intérêt de cette décision dépasse largement la seule mention du terme « conséquences ». En effet, la lecture du raisonnement, tel qu'il est exposé dans la décision, met au jour l'argument conséquentialiste. La prise en compte de ces circonstances de fait témoigne d'un renouvellement de la logique d'exposition du juge. Certes, ce considérant 25 ne respecte pas le syllogisme classique, mais il n'en est pas moins logique. Ici le juge ne cache pas qu'il prend en compte les conséquences de sa décision. Ce faisant, le juge préfère laisser une inégalité dans l'arsenal législatif français plutôt que de censurer une disposition inconstitutionnelle. Une telle motivation peut paraître paradoxale au regard de la mission constitutionnelle dévolue au juge (le contrôle abstrait de la constitutionnalité de la loi). Mais cela rapproche indéniablement la décision de la délibération. Ainsi, cette mise au jour de l'argument conséquentialiste dans les décisions, atteste d'un écart réduit entre les deux temps du contrôle de constitutionnalité (délibération et décision).

D'ailleurs, ce constat est accentué par l'entrée en vigueur de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC) et, notamment, la prise en compte nécessaire des circonstances de fait pour opérer le contrôle de constitutionnalité a posteriori¹¹¹. L'exemple de la décision « Garde à vue » du 30 juillet 2010 en atteste. A la question transmise par la Cour de cassation, qui concernait plusieurs affaires portant sur la contestation des dispositions relatives à la garde à vue, le Conseil constitutionnel répond que le régime de droit commun est inconstitutionnel. Pour cela, le juge s'appuie sur des circonstances de fait, énoncées au moyen d'une énumération chiffrée et statistique, et constate que le régime de la garde à vue s'est banalisé¹¹². La QPC constitue donc un terrain privilégié de l'argument conséquentialiste puisque la prise en compte des données concrètes y est encouragée.

Enfin, il faut remarquer que le conséquentialisme a un impact sur le langage du juge, tant pour les décisions que les délibérations. En effet, au phénomène de la banalisation de l'argument conséquentialiste correspond celui de l'émergence d'un langage ordinaire. Pour développer un argument conséquentialiste, le juge emploie des mots courants, discute de données extra-juridiques, déploie une analyse des conséquences. Or, ce langage du

¹¹⁰ *Ibidem*, § 25.

¹¹¹ En effet, l'article 23-5 de la loi organique dispose que « le Conseil constitutionnel est saisi de la question prioritaire de constitutionnalité dès lors que les conditions prévues aux 1° et 2° de l'article 23-2 sont remplies et que la question est nouvelle ou présente un caractère sérieux ». Or, ces conditions sont : « 1° La disposition contestée est applicable au litige ou à la procédure, ou constitue le fondement des poursuites ; 2° Elle n'a pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement des circonstances ; 3° La question n'est pas dépourvue de caractère sérieux ». Le Conseil constitutionnel est donc invité à vérifier l'existence d'un changement de circonstances. Dans sa décision du 30 juillet 2010, il précise que son contrôle porte tant sur les circonstances de fait que les circonstances de droit (§ 18).

¹¹² CC n° 2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010, M. Daniel W. et autres [Garde à vue], JO p. 14198, § 16 : « Considérant qu'ainsi la proportion des procédures soumises à l'instruction préparatoire n'a cessé de diminuer et représente moins de 3 % des jugements et ordonnances rendus sur l'action publique en matière correctionnelle ; que, postérieurement à la loi du 24 août 1993, la pratique du traitement dit « en temps réel » des procédures pénales a été généralisée ; que cette pratique conduit à ce que la décision du ministère public sur l'action publique est prise sur le rapport de l'officier de police judiciaire avant qu'il soit mis fin à la garde à vue (...) ; que la garde à vue est ainsi souvent devenue la phase principale de constitution du dossier de la procédure en vue du jugement de la personne mise en cause ».

conséquentialisme est nécessairement un langage de tous les jours, ordinaire. Car le juge s'est fixé de rendre ses décisions intelligibles et pédagogiques. Donc pour rendre sa décision accessible, notamment pour le citoyen depuis la mise en route de la QPC, le juge évite de recourir dans la décision à un vocabulaire trop complexe (par exemple en matière fiscale ou budgétaire). Ce langage ordinaire de la décision est un signe supplémentaire de la perméabilité grandissante entre délibérations et décisions et de la transparence de l'argument conséquentialiste.

Mais, sous couvert d'un raisonnement simple, accessible à tous, le juge construit un conséquentialisme contraignant. Le langage ordinaire permet d'en minimiser les effets. Il peut sembler paradoxal que, plus le Conseil constitutionnel utilise un langage simple, plus ce langage s'impose. Et pourtant, sous la plume du juge, le langage ordinaire acquiert une force juridique nouvelle. Le conséquentialisme est alors cette méthode qui transforme le langage ordinaire en langage constitutionnel. Car la simple analyse des conséquences est au fondement de la sanction prononcée par le juge.

La révélation de la présence de l'argument conséquentialiste dans les délibérations a permis de remettre en question les décisions. Effectivement, même si les délibérations ne sont pas disponibles pour la période récente, la grille d'analyse du conséquentialisme, fournie par les délibérations plus anciennes, indique que l'écart délibération-décision diminue. Le juge rend de plus en plus transparents les motifs conséquentialistes de ses décisions. Mais la présence de l'argument conséquentialiste dans les délibérations conduit à une autre révélation : l'existence d'un écart entre les raisons conséquentialistes exprimées dans le délibéré, et les raisons telles qu'elles sont interprétées une fois que la décision est rendue.

B- Une révélation complexe : l'écart entre délibération et interprétation de la décision

Traditionnellement, la doctrine considère que le juge constitutionnel sort de son office s'il a recourt à des arguments de fait. Cette méfiance envers le juge, héritée de la Révolution française, trouve encore un écho, tant dans les délibérations, puisque le juge tente de se prémunir de l'accusation de « gouvernement des juges », que dans l'analyse des décisions, puisque la doctrine dit ne vouloir s'intéresser qu'au texte et non au contexte. Toutefois, contre toute attente, il faut remarquer la nécessité juridique de l'argument conséquentialiste. Ainsi, les décisions manifestent une reconnaissance contemporaine des considérations de fait.

1- L'hostilité théorique à l'égard des considérations de fait

En construisant une science du droit sur le modèle des sciences de la nature, le positivisme juridique s'est déclaré en faveur d'une « pureté » dans l'analyse du droit excluant toute considération subjective. Ainsi, « une véritable science sera « pure » de tout jugement de valeur et se limitera à la description de son objet¹¹³ » : l'ensemble des règles de droit. Il en découle que « le droit tout entier s'identifie à ces règles, et il n'a pas à aller au-delà pour

¹¹³ F. Hamon, M. Troper, *Droit constitutionnel*, LGDJ, 31^e éd., 2009, p. 20.

pénétrer le phénomène juridique¹¹⁴ ». Ce courant positiviste n'est donc pas favorable au conséquentialisme, et a fortiori aux considérations extra-juridiques, dans l'optique de rendre le droit intelligible.

Les arguments extra-juridiques, aux nombres desquels figure le conséquentialisme, ne constituent pas des motifs de décision pour la doctrine positiviste, puisque celle-ci s'intéresse seulement au droit positif. Cette hostilité à l'égard des considérations de fait est ancienne et a un impact certain sur les décisions du juge constitutionnel. En effet, si la doctrine affirme que le Conseil constitutionnel sort de son office, lorsqu'il s'intéresse à des considérations de fait pour trancher une question de constitutionnalité, alors le juge a tout intérêt à ne pas montrer une telle prise en compte des faits. En ce sens, la doctrine exerce une contrainte *scientifique* à l'égard du juge pour la rédaction de sa décision. Tout se passe comme si la sphère scientifique transposait au juge ses propres critères de neutralité. Ainsi, la rigueur que s'impose le droit savant doit trouver un écho dans le droit vivant. Mais cette hostilité, qui n'est pas objectivement mesurable, connaît des nuances. Généralement, il est admis que le juge doit rendre une décision raisonnable au regard de ses effets. Donc cela signifie que le juge doit éviter de produire par sa décision des conséquences qu'il était en mesure d'empêcher. Il s'agit là d'un paradoxe étonnant. Le juge doit être à la fois ouvertement formaliste et conséquentialiste en coulisses. Il est donc demandé au juge de prendre en compte les conséquences de façon raisonnable (afin de satisfaire des exigences de bonne administration de la justice), mais, en même temps, de ne pas montrer ce conséquentialisme (afin de satisfaire des exigences de neutralité juridictionnelle).

Une telle contrainte scientifique pourrait expliquer l'écart entre ce qui est délibéré au sein du Palais Royal et ce qui est analysé, après lecture de la décision, par les membres de la doctrine. Parce que la doctrine ne veut pas savoir quelles sont les considérations de fait qui ont présidé au choix de la solution, le juge ne les livre pas dans la décision. Ainsi, l'écart se creuse entre la délibération et l'interprétation doctrinale de la décision. Les considérations de fait sont longtemps restées confinées entre les murs de l'institution. Mais, les décisions récentes bousculent cette entente ancienne, entre juges et doctrine, en faisant s'évader les considérations conséquentialistes par la grande porte. L'écart entre délibération et interprétation pourrait alors se réduire sous l'effet de la transparence du conséquentialisme.

Toutefois, une appréciation des faits n'est pas sans difficulté. Cela est vrai tant pour le juge que la doctrine. D'une part, d'un point de vue théorique, le risque est grand de tomber dans une forme de prédication subjective, du type du positivisme sociologique, ou encore de certaines doctrines nord-américaines relevant d'un positivisme factueliste. En effet, l'insuccès de Léon Duguit pour aborder de façon scientifique les réalités sociales, par une forme d'ascendance des considérations de fait promues au rang de normes, demeure encore un modèle repoussoir. Reste donc ouverte la question d'une analyse des conséquences exempte de tout jugement de valeur. D'autre part, il faut prendre garde à l'attraction du « mythe de

¹¹⁴ B. Oppetit, *Philosophie du droit*, Dalloz, 1999, p. 58.

l'adaptation du droit au fait¹¹⁵ » qui s'exerce sur le juriste. Parce qu'un fait devient banal (comme la grève au milieu du XXe siècle) le juge serait obligé de le constater. Or, selon C. Atias et D. Linotte, « ce mythe doit être extirpé du discours juridique », car la simplification qu'il engendre « est dangereuse¹¹⁶ ». C'est donc avec précaution que le juge se doit de réfléchir aux changements de circonstances de fait, « comme le souligne le président Gaston Palewski au cours de la séance très animée du 27 juin 1973 : « ... nous sommes là pour rechercher à partir des règles (...) quelles sont les meilleures solutions possibles compte tenu des circonstances de fait »¹¹⁷ ». Toutefois, aujourd'hui la doctrine est invitée à revoir son discours. En effet, certains membres, ou anciens membres du Conseil constitutionnel, n'hésitent pas à mettre en avant la prise en compte des circonstances de fait. Certes, selon Pierre Mazeaud, « ces questions ne sont pas négligeables et il est parfois jugé plus séant de les esquiver ». Mais celui-ci poursuit, affirmant que « oui, le contrôle de constitutionnalité repose pour partie sur des considérations extra-juridiques¹¹⁸ ». Ainsi, d'une part, ces témoignages attestent d'une prise en compte de l'argument conséquentialiste dans les décisions. Et, d'autre part, la motivation externe de la décision, produite par le Conseil constitutionnel, met en lumière les considérations extra-juridiques que le juge ne pouvait pas ignorer dans sa décision. Cette « motivation » hors de la décision, révèle en partie les arguments discutés lors de la délibération. En atteste, par exemple, le commentaire aux cahiers du Conseil concernant la QPC du 1^{er} avril 2011, relative à la motivation des arrêts de Cour d'assises¹¹⁹.

Si l'argument conséquentialiste est un nouveau paradigme dans la logique de justification, il semble qu'il ouvre aussi un nouveau paradigme dans la conduite de l'interprétation.

Le lien entre le juge et la doctrine est revisité à travers la question des considérations de fait, car l'attitude du juge est en partie soumise à la connaissance qu'il a des données brutes. Or, face à la nécessité contemporaine de l'argument conséquentialiste, la doctrine peut contribuer à rendre accessible cette connaissance.

2- La nécessité juridique de l'argument conséquentialiste

L'argument conséquentialiste est présent dans les délibérations du Conseil constitutionnel parce qu'il est nécessaire pour le Conseil constitutionnel. Longtemps les membres de la Haute institution ont mesuré les conséquences de leur décision à l'aune de la

¹¹⁵ C. Atias, D. Linotte, « Le mythe de l'adaptation du droit au fait », *Dalloz*, n° 1, 1997, p. 251.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 258.

¹¹⁷ *Les grandes délibérations*, p. 146.

¹¹⁸ P. Mazeaud, « La place des considérations extra-juridiques dans l'exercice du contrôle de constitutionnalité », *op. cit.*, p. 1.

¹¹⁹ Commentaire aux Cahiers de la décision CC n° 2011-113/115 QPC du 01 avril 2011, M. Xavier P. et autre [Motivation des arrêts d'assises], *JO* du 2 avril 2011, p. 5893. En effet, ce document replace la question de la motivation des arrêts de Cour d'Assises dans son contexte historique et juridictionnel. D'une part, il y est rappelé l'héritage historique car, « depuis la Révolution, la cour d'assises est donc un enjeu politique : c'est la place des citoyens dans le procès criminel. L'instauration d'une motivation littéraire des décisions ne mettrait pas à bas la cour d'assises ou le jury criminel, mais elle en modifierait l'équilibre ». D'autre part, est aussi développée la position des juges étrangers. Ainsi, tout le contour de la décision est expliqué. Une telle démarche ne va pas sans rappeler celle du rapporteur qui, dans la délibération, cherche à rendre sa présentation intelligible au regard du contexte.

survie du Conseil au sein de la scène politique et institutionnelle française. Mais le conséquentialisme n'est pas uniquement un instrument au service du juge constitutionnel. Ainsi, l'argument conséquentialiste est aussi, par la voix du juge, une réponse tant aux interrogations que suscite la complexification du droit, qu'aux nouveaux besoins du droit.

a- Une réponse à la complexification du droit

En 1939, Louis Josserand remarque que « la vie du droit est largement conditionnée par la vie économique » et que cette « vérité » s'affirme avec « une particulière insistance¹²⁰ ». Si « jadis le législateur construisait ou pensait construire pour l'éternité », désormais « le texte législatif poursuit la solution d'une équation économique dont les termes vont se modifiant d'une année ou d'une saison à l'autre¹²¹ ». L'intervention du législateur, « trop compliquée et trop lente¹²² » ne permet pas toujours d'opérer les transformations nécessaires. Ainsi, « la jurisprudence qui, soit de son propre mouvement, soit à la suggestion des auteurs, a réalisé l'adaptation de la loi écrite aux nécessités économiques de l'heure¹²³ ». Ces propos restent d'une actualité à laquelle le conséquentialisme est sensible. Pourtant, « si les conséquences financières de certaines décisions ont été parfois soulignées ou dénoncées, cette question a été peu évoquée par la doctrine française¹²⁴ ». Dès lors, tout porte à croire que les conséquences économiques des décisions ne doivent pas être occultées par la doctrine.

Parce qu'il permet de rendre les idées claires, à l'instar du pragmatisme, l'argument conséquentialiste est une réponse à la complexification du droit. Le juge constitutionnel, de par sa position, doit se prononcer sur un objet tant juridique que politique qui, de surcroît, se complexifie. La tâche est donc particulièrement difficile lorsque le texte soumis au Conseil est empreint d'une grande technicité, comme en matière économique. En 2004, le Premier Président Guy Canivet affirmait que « la Cour de cassation doit parvenir à une analyse économique pertinente¹²⁵ », ce qui sous-entendait que des évolutions étaient nécessaires au regard de la fonction de juger. Il semble que la même perspective soit envisagée pour le Conseil constitutionnel, tant pour le contrôle a priori qu'a posteriori. Si les mérites d'une telle initiative sont largement reconnus outre-Atlantique, cela reste encore peu exploré en France. Ainsi, selon Christophe Jamin, « étudier le droit sous l'angle de l'analyse économique ou mesurer empiriquement l'impact de certaines décisions de la Cour Suprême, en privilégiant toujours l'analyse des conséquences sur l'étude de droit *en soi*, ont permis d'améliorer la

¹²⁰ L. Josserand, « Comment les textes de loi changent de valeur au gré des phénomènes économiques », in *Mélanges H. Capitant*, Dalloz, 1939, p. 369.

¹²¹ *Ibidem*, p. 369.

¹²² *Ibidem*, p. 370.

¹²³ *Ibidem*, p. 370.

¹²⁴ D. Ribes, « L'incidence financière des décisions du juge constitutionnel », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 24, 2007, p. 104. L'article se propose d'évaluer si le pouvoir du juge reste légitime lorsque celui-ci « produit des charges supplémentaires pour les finances publiques ». Ainsi, l'auteur ajoute à la page suivante que « l'incidence des décisions de constitutionnalité sur les comptes de l'Etat est une donnée qui doit être prise en compte dans le jugement de constitutionnalité ».

¹²⁵ G. Canivet, « La Cour de cassation doit parvenir à une analyse économique pertinente », *Les Echos*, 1er mars 2004, p. 4.

qualité du débat juridique aux Etats-Unis¹²⁶ ». Sans oser suivre cet auteur, qui remet en cause « la pertinence du modèle, qui, près d'un siècle après son édification, sert encore aujourd'hui de *matrice disciplinaire* à la quasi-totalité des juristes français¹²⁷ », il faut cependant reconnaître que les décisions du Conseil ont tout à gagner à aménager une plus grande accessibilité et une meilleure compréhension des données.

Comme le soulignait déjà Yves Gaudemet, en 1972, « l'attitude du juge est entièrement subordonnée à la connaissance plus ou moins bonne qu'il a des données brutes¹²⁸ ». La qualité de l'argument conséquentialiste dépend donc en partie de la connaissance du juge. Or, la montée en puissance des questions économiques, bioéthiques, environnementales ou technologiques bouscule les « habitudes », « ce mal insidieux qui guette le juge¹²⁹ ». La place de l'argument conséquentialiste s'élargit sous l'impulsion constante de ces problématiques. Toutefois, entre ce qui est dit dans la délibération, et, l'interprétation de la décision émise par la doctrine, l'écart est difficile à évaluer. En effet, pour la période 1958-1983, ces questions étaient de moindre importance. Cependant, une délibération comme la séance IVG de 1975 en matière bioéthique est un signe avant-coureur de l'autorité de l'argument conséquentialiste quant à la question du corps humain et, plus généralement, aux questions de bioéthique. Lors de la discussion, M. Chatenet remarque avec inquiétude que « c'est la première fois qu'apparaît l'euthanasie dans un texte légal¹³⁰ » à propos de l'article autorisant une interruption volontaire de grossesse lorsque l'enfant à naître est porteur d'une maladie incurable. Outre la crainte d'eugénisme, les membres du Conseil sont conscients de connaître « une question qui a toujours été très grave et qui revêt des aspects religieux, moral, économique et politique »¹³¹, et dont les conséquences d'une censure ne peuvent pas être ignorées. Car, « si la loi n'est pas promulguée il y aura autant d'avortements à l'extérieur et à l'intérieur dans des conditions lamentables qui sont bien connues¹³² ». Ainsi, le « fond du problème » se résume à la question de savoir si le Conseil pourra « diminuer le nombre de ces drames humains en prenant une solution positive¹³³ ». La délibération est donc sans conteste hautement conséquentialiste. Pourtant, le rapporteur avait circonscrit ses remarques personnelles à la fin de sa présentation. Mais, les autres conseillers les mettent au cœur du débat. Il en résulte qu'en matière bioéthique le juge examine les dispositions au regard de « conséquences nobles », mettant l'« humain », les droits de l'homme, au premier plan. Ainsi, loin d'une froide exégèse des dispositions, la délibération met en lumière toutes les conséquences humaines et sociales de la loi IVG.

¹²⁶ C. Jamin, « La construction de la pensée juridique française : interrogation sur un modèle original à l'aune de son anti-modèle », in Mélanges M. Troper, Economica, 2006, p. 514.

¹²⁷ L'auteur affirme clairement que « nous ne pouvons pas éviter un débat » et que « ce modèle ne sera peut-être plus tenable très longtemps ». *Ibidem*, p. 515.

¹²⁸ *Ibidem*, p. 206. A la page suivante, M. Gaudemet ajoute qu'« en dépit de ces éléments positifs, il faut admettre que le juge administratif ne saurait posséder une connaissance détaillée de l'ensemble des données techniques ou économiques ». Une telle remarque semble pouvoir s'appliquer pour le cas du Conseil constitutionnel.

¹²⁹ P. Draï, « Le délibéré et l'imagination du juge », in Mélanges R. Perrot, Dalloz, 1996, p. 111.

¹³⁰ Séance des 14 et 15 janvier 1975, IVG, *Les grandes délibérations*, *op. cit.*, p. 279.

¹³¹ *Ibidem*, p. 280.

¹³² *Ibidem*, p. 280.

¹³³ *Ibidem*, p. 280.

Si les membres de l'institution ont cédé leur place au fil des renouvellements, la « transcendance du droit¹³⁴ » suppose que ces arguments conséquentialistes restent toujours d'actualité lorsque le Conseil examine une loi bioéthique. Ainsi, en prenant en compte cette grille de lecture, il est possible de renforcer la cohérence de la décision. Ce faisant l'écart entre délibération et interprétation de la décision pourrait se réduire.

L'intérêt d'une telle grille de lecture s'étend à la question de la sanction de constitutionnalité, et plus particulièrement au cas de censure totale. En effet, il est possible de lire la grille de lecture fournie par les délibérations anciennes pour mieux comprendre les décisions présentes. L'exemple de la délibération *Vote du budget*, tenue en 1979, en atteste largement. Dans cette séance, les membres du Conseil examinent les conséquences d'une censure totale de la loi de finances. L'ensemble de la discussion est focalisé sur les conséquences politiques possibles de la décision. Les membres du Conseil s'inquiètent notamment de la survie de leur institution, de l'incompréhension possible de l'opinion publique, en somme de l'extrême gravité de la décision qu'ils sont sur le point de rendre. Et pourtant, dans les sphères d'initiées, « personne ne pensait qu'il [le Conseil constitutionnel] était capable d'annuler brutalement près d'un an de préparation et de discussion budgétaire¹³⁵ ». L'analyse conséquentialiste des effets d'une décision de censure reste d'actualité, quelque soit la matière en cause. Certes, en 1979, il était question d'une censure sur la base d'une règle de procédure, épargnant toute considération de fond. Mais le fort degré d'intensité conséquentialiste, dégagé par cette délibération, témoigne de la grande prise de risque liée au vote d'une censure totale. A moindre mesure, les censures partielles sont aussi concernées. Cela est confirmé par l'anecdote selon laquelle « un président avançait parfois, avec humour, que le Conseil avait épuisé son « quota » de censure pour l'année ou pour la session parlementaire en cours, qu'il ne pouvait plus se permettre d'en imposer une nouvelle¹³⁶ ». D'ailleurs, seulement 15 décisions rendues dans le cadre du contrôle a priori ont subi cette ultime sanction¹³⁷. Ainsi, relire les décisions marquées par le sceau d'une censure totale à l'aune de ces considérations permet d'appréhender d'une façon nouvelle la cohérence de la décision. La prise de risque qu'entraîne une censure totale reste grande pour l'institution. Le Conseil constitutionnel cherche donc à éviter une telle sanction, les deux derniers exemples étant séparés de dix ans d'intervalle¹³⁸.

Là encore, l'argument conséquentialiste constitue à la fois un instrument de clarification de la complexité du droit, et, une clef de compréhension pour les décisions ultérieures. Si le juge a répondu à l'appel du conséquentialisme, il faut aussi y voir le souci de s'adapter aux nouveaux besoins du droit.

¹³⁴ D. Schnapper, *Une sociologue au Conseil constitutionnel*, op. cit., p. 203.

¹³⁵ L. Favoreu, L. Philip, *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel*, Dalloz, 14e éd., 2007, p. 373.

¹³⁶ D. Schnapper, *Une sociologue au Conseil constitutionnel*, op. cit., p. 256.

¹³⁷ Vu la gravité des conséquences d'une censure, il n'est pas étonnant de constater le développement d'instruments de souplesse dans le choix de la solution, dont les réserves d'interprétation font partie.

¹³⁸ CC n° 99-420 DC du 16 décembre 1999, Loi organique relative à l'inéligibilité du Médiateur des enfants, R. 134 ; CC n° 2010-614 DC du 4 novembre 2010, Loi autorisant l'approbation de l'accord entre la France et la Roumanie relatif à une coopération en vue de la protection des mineurs roumains isolés sur le territoire français, JO, p. 19825.

b- Une réponse aux nouveaux besoins du droit

La doctrine émet parfois des appels au conséquentialisme. Une telle invitation, souvent prononcée de façon incidente, apparaît notamment lors de réflexions sur l'office du juge. Dès lors, l'écart entre la réalité conséquentialiste de la délibération et l'interprétation de la décision tend à se résorber.

Souvent, il s'agit d'une exception, concédée afin d'assouplir la rigueur d'un juge dit « bouche de la loi ». En ce sens, selon Ch. Perelman, « quelque soit la technique de raisonnement utilisée en droit, celui-ci ne peut pas se désintéresser de la réaction des consciences devant l'iniquité du résultat auquel ce raisonnement aboutirait¹³⁹ ». Ainsi, la solution du juge ne peut pas aboutir à une solution intolérable¹⁴⁰. Le conséquentialisme est alors accepté s'il se cantonne au rôle d'exception au formalisme juridictionnel¹⁴¹.

De plus, en participant à une étude d'impact des conséquences, avant que le juge ne se prononce sur sa décision, la doctrine lance encore un appel au conséquentialisme. Par exemple, dans l'étude sur les revirements de jurisprudence, Horatia Muir Watt s'intéresse aux effets de la décision : des « implications : du syllogisme au conséquentialisme ». Selon cette auteure, « il semble difficile d'imaginer qu'une décision de la Cour de cassation *puisse continuer à emprunter une forme syllogistique dès lors qu'elle s'appuie non pas sur les textes mais sur des considérations à caractère utilitariste pour décider des effets de la décision dans le temps*. (...) il est difficile de voir comment il pourrait ne pas *concerner les modes d'élaboration et de formulation de l'ensemble des décisions innovantes*, indépendamment de la question de leurs effets dans le temps¹⁴² ». Ces propos soulignent la nécessité du conséquentialisme dans la décision. Ils trouvent donc un écho favorable dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, puisque l'argument conséquentialiste est de plus en plus apparent. Les locataires de l'aile Montpensier ont développé, ces dernières années, des techniques hautement conséquentialistes. En atteste l'exemple de la modulation des effets de la décision dans le temps¹⁴³. Si les délibérations (1958-1983) ne connaissent pas une telle technique, la

¹³⁹ Ch. Perelman, *Logique juridique. Nouvelles rhétoriques*, 2^e éd., 1979, rééd. Dalloz, 1999, p. 9. L'auteur poursuit en affirmant que : « Cette préoccupation suffit pour souligner l'insuffisance, en droit, d'un raisonnement purement formel qui se contenterait de contrôler la correction des inférences, sans porter de jugement sur la valeur de la conclusion ».

¹⁴⁰ C'est l'idée qu'il ne faut pas que la neutralité du juge conduise à une solution conforme en droit mais intolérable en pratique. Cette question a été notamment abordée par Danièle Lochak à propos de la recherche d'objectivité des scientifiques pendant la période du régime de Vichy. D. Lochak, « La doctrine sous Vichy ou les mésaventures du positivisme », in *Les usages sociaux du droit*, PUF, 1989, p. 252.

¹⁴¹ Michel Troper n'hésite pas à affirmer, dans le cadre de la théorie des contraintes juridiques, que « le juge ne considère pas simplement qu'une décision ou une interprétation serait inopportune parce qu'elle entraînerait des conséquences graves, mais bien que c'est le droit qui le conduit à décider comme il le fait ». Ainsi, le juge serait contraint de faire exception à la règle. M. Troper, « La liberté d'interprétation du juge constitutionnel », in P. Amselek (Dir.), *Interprétation et droit*, Bruylant, 1995, p. 243.

¹⁴² H. Muir Watt, « La gestion de la rétroactivité des revirements de jurisprudence : systèmes de *common law* », in N. Molfessis (Groupe de travail présidé par), *Les revirements de jurisprudence*, Litec, 2005, p. 70.

¹⁴³ Pour un exemple tiré du contrôle a priori et a posteriori, voir notamment : CC n° 2008-564 DC du 19 juin 2008, Loi relative aux organismes génétiquement modifiés, R. 313 ; CC ° 2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010, M. Daniel W. et autres [Garde à vue], JO, p. 14198. Cet appel à la modulation des effets dans le temps, technique dont la teneur conséquentialiste ne fait aucun doute, était déjà présent dans la thèse de Charles

grille d'analyse du conséquentialisme reste utile. Il suffit alors de se reporter aux discussions suscitées par la mise en œuvre d'une nouvelle technique de contrôle pour voir l'influence de l'argument conséquentialiste dans le délibéré.

* * *

« De l'étonnement jaillit la question, et de la question procède la recherche¹⁴⁴ ».

De l'observation de l'argument conséquentialiste dans les délibérations du Conseil constitutionnel jaillissent des questions nouvelles. Comme pour toute découverte, cette clef de compréhension de la jurisprudence emporte des conséquences. Etudier les décisions du Conseil constitutionnel à travers le prisme du conséquentialisme ouvre de nouvelles possibilités de recherche. Certes, les délibérations confirment le soupçon qui pesait sur certaines décisions. Mais, elles fournissent aussi une grille de lecture dont l'intérêt ne s'éteint pas au contact des décisions récentes.

Dès lors, la mise au jour du conséquentialisme conduit aussi à une déconstruction de ce qui était acquis. La cohérence de la décision semble se trouver au-delà des considérations de pur droit. Si le conséquentialisme appelle à repenser modestement l'analyse du droit, en accordant un espace aux considérations extra-juridiques, il ne faut pas pour autant céder le pas aux attraits de la nouveauté. Car « l'esprit humain est ainsi fait, il ne commence à comprendre le nouveau que lorsqu'il a tout tenté pour le ramener à l'ancien¹⁴⁵ ».

« Mon intention n'est pas de démontrer que j'ai eu raison jusqu'alors mais de chercher à savoir si j'ai eu raison. Je vous le dis : laissez toute espérance vous qui entrez dans l'observation. (...) Oui, une fois encore nous allons tout remettre en question. Et nous n'allons pas avancer avec des bottes de sept lieues mais à la vitesse d'un escargot ».

B. Brecht, *La vie de Galillé*, 1955, rééd. L'Arche, 1990 (Galillé, Scène 9).

Eisenmann : la cour constitutionnelle peut, grâce au pouvoir qui lui est conféré, « fixer pour la sortie de vigueur (...) de la loi ou des dispositions de la loi annulées un délai, qui ne peut toutefois excéder six mois (...) la Cour n'hésitera pas à annuler toute loi inconstitutionnelle qui lui sera déférée, puisqu'il lui est permis de parer elle-même aux conséquences fâcheuses que pourrait entraîner sa décision ». Ch. Eisenmann, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, 1928, rééd., Economica, 1986, p. 227.

¹⁴⁴ J. Rivero, « Fictions et présomptions en droit public français », in Ch. Perelman, P. Foiriers (Dir.), *Les présomptions et les fictions en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1974, p. 101.

¹⁴⁵ H. Bergson, « L'intuition philosophique », *op. cit.*, p. 119.