

# La légitimité du discours de motivation des cours constitutionnelles européennes : entre influence et contrôle démocratique

Par Antoine PLOUX, docteur en droit public (Université de Bordeaux), enseignant-chercheur en droit public à l'ICES, CRICES (La Roche-sur-Yon) – CRDEI (Bordeaux) – CRECO (Louvain-la-Neuve)

[ploux.antoine@gmail.com](mailto:ploux.antoine@gmail.com)

## **Sommaire :**

I. La nécessité de construire un discours d'autorité .....	3
A. La recherche d'un discours audacieux .....	4
B. L'impératif d'un discours prudent .....	6
II. L'exigence pratique d'un discours acceptable.....	9
A. Un discours devant être adapté.....	10
B. Un discours pouvant être contrôlé .....	12

En 1995 Robert Badinter, quittant la présidence du Conseil constitutionnel, affirmait dans un entretien que « *c'est par la jurisprudence que progresse le droit, qu'il s'agisse du droit constitutionnel ou des autres* »<sup>1</sup>. A l'heure du développement de la jurisprudence constitutionnelle, spécialement en France avec avec l'entrée en vigueur de la QPC voire plus récemment avec la très contestée décision du Conseil constitutionnel relative à la réforme des retraites<sup>2</sup>, nous sommes forcés d'admettre que les cours constitutionnelles font progresser le droit et qu'elles exercent une influence. Devant ce constat pratique, que certains peuvent déplorer mais que peu penseraient à remettre en cause, la question centrale se déplace. L'enjeu n'est plus de savoir si les cours constitutionnelles participent à la création du droit mais plutôt comment et dans quelles conditions elles font progresser le droit.

Il s'agit de concilier le fait que « *la constitution est ce que le juge dit qu'elle est* »<sup>3</sup> mais aussi que « *le droit doit être le miroir de la volonté générale, non celui de la volonté des juges* »<sup>4</sup>. C'est-à-dire que les juges, et notamment les juges constitutionnels, n'exercent leurs compétences que sur délégation du peuple souverain dans un régime démocratique. Il y a sans doute une « *longue marche* »<sup>5</sup> d'« *oligarchies illégitimes* »<sup>6</sup> à de véritables « *gardiennes de la Constitution* »<sup>7</sup>. La question est donc finalement de concilier la légitimité du discours des cours constitutionnelles et leur influence dans la perspective de leur contrôle démocratique et de la construction de l'acceptabilité de leurs décisions.

Pour exercer un contrôle sur leurs décisions les juges, y compris les juges suprêmes, doivent motiver leurs décisions<sup>8</sup>. Une définition seulement formelle de la motivation ne nous semble

---

<sup>1</sup> BADINTER Robert, « Un entretien avec Robert BADINTER », *Le Monde*, 6 mars 1995, p. 12

<sup>2</sup> Cons. const. n°2023-849 DC, 14 avr. 2023, *Loi de financement rectificative de la sécurité sociale pour 2023*]

<sup>3</sup> HUGHES Charles Evans cité in HART Herbert Lionel Adolphus, *Le concept de droit*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2005, p. 314.

<sup>4</sup> ZOLLER Elisabeth, « Procès équitable et *due process of law* », *Recueil Dalloz*, 2007, p. 523.

<sup>5</sup> BADINTER Robert, « Une longue marche "Du Conseil à la cour constitutionnelle" », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2008.

<sup>6</sup> MARTENS Paul, « Les cours constitutionnelles : des oligarchies illégitimes ? », in *La république des juges - Actes du colloque organisé par la conférence libre du jeune barreau de Liège*, Editions du Jeune Barreau de Liège, 1997.

<sup>7</sup> Ce qui rappelle la position de Hans Kelsen et sa célèbre controverse avec Carl Schmitt ; voy. KELSEN Hans, *Qui doit être le gardien de la Constitution ?*, Michel Houdiard Editeur, 2006. ; également PASQUINO Pasquale, « Gardien de la Constitution ou justice constitutionnelle ? Carl Schmitt et Hans Kelsen », in *1789 et l'invention de la Constitution*, LGDJ, 1994. ou bien BEAUD Olivier et PASQUINO Pasquale (dir.), *La controverse sur le gardien de la constitution et la justice constitutionnelle*, LGDJ-Éditions Panthéon Assas, 2007.

<sup>8</sup> Pour un historique de cet obligation voy. spéc. SAUVEL Tony, « Histoire du jugement motivé », *RDP*, 1955, p. 5 s.

pas suffisante pour prendre pleinement la mesure de l'influence et de la légitimité des cours constitutionnelles. Nous retiendrons plutôt une conception plus large de la motivation des décisions en allant notamment chercher la motivation « au-delà de la décision »<sup>9</sup>, c'est pourquoi nous parlerons de « discours de motivation ».

Au regard de ces exigences contradictoires pesant sur les cours constitutionnelles, nous tenterons donc d'identifier les paramètres de la juste influence des cours prises dans l'(en)jeu de la légitimité. A ce titre nous verrons que l'influence qu'elles exercent relève tout à la fois de leur discours (I) que de l'environnement dans lequel ce discours s'insère (II). Nous illustrerons nos propos en référence à quelques décisions récentes des cours constitutionnelles européennes et de leurs situations.

## **I. La nécessité de construire un discours d'autorité**

Les cours constitutionnelles exercent leur office, sur délégation du constituant qui les a créées dans la constitution et leur a délégué des compétences particulières. Elles exercent un pouvoir et détiennent une certaine autorité liée à leurs discours. Comme l'affirme le professeur Guillaume Drago, « *[l]e chemin du Conseil constitutionnel doit concilier audace de la défense des droits fondamentaux et prudence d'une autorité constituée et non constituante.* »<sup>10</sup>. Jean Rivero ne disait pas autre chose lorsqu'il énonçait en 1981 : « *[p]rudence et audace : toutes les décisions rendues par le Conseil dans l'exercice du contrôle de constitutionnalité des lois oscillent entre ces deux pôles* »<sup>11</sup>. Les cours constitutionnelles doivent donc tout à la fois proposer un discours audacieux (A) mais qui doit néanmoins rester un discours prudent (B).

---

<sup>9</sup> Nous estimons ainsi que la fonction de motivation est assurée, non seulement par la décision, mais également par d'autres « discours » qui peuvent être attribués à la juridiction, par exemple les interventions de membre de la juridiction à propos des décisions, les « commentaires autorisés » ou les communiqués de presse, ...

<sup>10</sup> DRAGO Guillaume, *Contentieux constitutionnel français*, Montchrestien, 2016, p. 14.

<sup>11</sup> RIVERO Jean, « Filtrer le moustique et laisser passer le chameau ? A propos de la décision du Conseil constitutionnel du 20 janvier 1981 », *AJDA*, 1981, p. 275.

## A. La recherche d'un discours audacieux

On peut définir l'audace comme une « *hardiesse extrême* »<sup>12</sup> ou plus précisément comme une « [*q*]ualité de l'âme, qui incite à accomplir des actions difficiles, à prendre des risques pour réussir une entreprise considérée comme impossible »<sup>13</sup>. L'audace incite à prendre des risques pour surmonter une difficulté particulière, cependant les excès de cette tendance sont compensés par la prudence qui incite à la mesure dans les risques pris<sup>14</sup>.

C'est bien de l'audace qui est attendue des cours constitutionnelles. Elles doivent rechercher une bonne décision, ce qui peut sembler à première vue comme une entreprise impossible. En pratique, elles doivent quitter le confort relatif du langage juridique pour s'engager sur le champ difficile des rapports entre le droit et la réalité. A ce titre le dramaturge Pierre Corneille écrit « *À vaincre sans péril, on triomphe sans gloire* »<sup>15</sup>, ce qui est probablement également vrai pour les cours constitutionnelles. Ce n'est qu'à ce prix que les cours constitutionnelles pourront exercer le rôle d'entraîneur que le professeur François Ost assigne aux juges de la société post-industrielle pour qu'ils s'efforcent de « *concourir à la victoire collective* »<sup>16</sup>.

D'une part, les cours constitutionnelles doivent peser leurs choix. L'audace doit les conduire à s'engager et à prendre des risques pour remplir leur office et trancher des questions de constitutionnalité. Mais l'audace ne doit pas conduire les cours constitutionnelles à la témérité et à prendre des risques inconsidérés. Comme en toutes choses, la mesure est de mise en ce qui concerne l'audace. Après avoir recherché les éléments du compromis et avoir pris connaissance des éléments de l'affaire, il convient que les cours constitutionnelles pèsent leur décision et posent un choix. En cela et par leurs décisions les cours constitutionnelles doivent

---

<sup>12</sup> « Audace – sens 1 » In *Dictionnaire de l'Académie française*, 9<sup>e</sup> édition, 1992-en cours, version informatisée [<https://academie.atilf.fr/>] [consulté le 31/05/2023]

<sup>13</sup> « Audace – Sens I-A » In *Trésor de la Langue Française informatisé*, version informatisée, ATILF et Université de Lorraine [<http://www.atilf.fr/tlfi>] [consulté le 31/05/2023]

<sup>14</sup> Cf. *infra*

<sup>15</sup> CORNEILLE Pierre, *Le Cid*, Acte II, scène 2 in CORNEILLE Pierre, *Œuvres complètes I*, Gallimard, 1980, p. 726.

<sup>16</sup> OST François, « Juge-pacificateur, juge-arbitre, juge-entraîneur. Trois modèles de justice », in *Fonction de juger et pouvoir judiciaire : transformation et déplacements*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1983, p. 45.

rechercher un juste milieu entre les éléments en présence, mais elles doivent ensuite arbitrer et trancher par leur décision.

Par exemple, dans une décision récente<sup>17</sup>, la Cour constitutionnelle de Belgique a eu à contrôler une interdiction temporaire des expulsions dans le contexte particulier de la pandémie du Covid-19. Il s'agissait de déterminer la proportionnalité de l'ingérence dans le droit au respect des biens du fait de cette mesure. En se fondant sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en la matière selon sa méthode traditionnelle d'interprétation des droits fondamentaux<sup>18</sup>, la Cour constitutionnelle prend bien soin de déterminer le champ de la mesure. Estimant que la situation est « *imprévue et très urgente* », que « *les contacts physiques rapprochés entre les personnes constituent le facteur de risque le plus élevé* », au regard de la « *nature temporaire* » de la mesure<sup>19</sup> et sachant qu'une indemnité d'occupation était prévue, elle est amenée à valider la mesure. La Cour a non seulement pesé ses choix mais a montré que ses choix ont été pesés.

D'autre part, les cours constitutionnelles après avoir posé des choix doivent les supporter. Il est de coutume de dire qu'un grand pouvoir implique ou devrait impliquer de grandes responsabilités. Si cela peut généralement se vérifier pour les autorités du pouvoir exécutif ou du pouvoir législatif par exemple, la vérification est plus difficile en ce qui concerne les cours constitutionnelles. Les cours constitutionnelles, et les juridictions de manière générale, sont souvent présentées exclusivement comme des censeurs qui n'interviennent dans une affaire que de manière très ponctuelle pour évaluer les choix du pouvoir normatif. Cependant, juger c'est poser une décision et les cours constitutionnelles doivent assumer publiquement les conséquences de leurs décisions. En effet, les décisions sont rendues publiquement et la cour constitutionnelle sera associée et devra répondre de ses décisions. D'autre part, comme dans un « roman à la chaîne », pour reprendre la métaphore proposée par le professeur Dworkin<sup>20</sup>, les décisions d'une cour constitutionnelle l'engageront pour l'avenir.

---

<sup>17</sup> C.C. (Belgique), arrêt n°97/2022 du 14 juillet 2022

<sup>18</sup> Il s'agit spécialement de la « méthode conciliatoire » ou méthode « du tout indissociable » par laquelle la Cour lors de l'interprétation d'une disposition constitutionnelle ayant une portée analogue à une disposition conventionnelle, elle va estimer que les deux dispositions forment un « ensemble indissociable ». Cela découle de l'arrêt de principe en la matière C.C., arrêt n°136/2004 du 22 juillet 2004, spéc. B.5.3 ; pour un exemple de cette méthode voy. la contribution du juge Pierre Nihoul relative au droit de propriété et au respect des biens garanti par l'article 16 de la Constitution belge et l'article 1<sup>er</sup> du premier protocole à la Convention européenne des droits de l'homme : NIHOUL Pierre, « La Cour constitutionnelle et le droit de propriété et au respect des biens », in *Libertés, (l)égalité, humanité : Mélanges offerts à Jean Spreutels*, Bruylant, 2018, spéc. p. 566-567.

<sup>19</sup> C.C. (Belgique), arrêt n°97/2022 précité, § B.28.1 et B.28.2

<sup>20</sup> Nota. DWORKIN Ronald, « La chaîne du droit », *Droit et société*, 1985, p. 51-53. ou DWORKIN Ronald, *L'empire du droit*, PUF, 1994, p. 250 s. ; voy. également les très intéressantes mises en gardes et observations qui

Par exemple dans deux décisions récentes, le Conseil constitutionnel français vient d'une part qualifier de principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France « l'interdiction de déléguer à des personnes privées des compétences de polices administratives générales inhérentes à l'exercice de la "force publique" nécessaire à la garantie des droits »<sup>21</sup>, et d'autre part qualifier d'intérêt fondamental de la Nation « l'indépendance de la Nation ainsi que les éléments essentiels de son potentiel économique »<sup>22</sup>. Le point commun dans les deux décisions est que le Conseil procède à ses affirmations sans justification et sans argumentation. Ces affirmations ont des conséquences importantes sur les décisions particulières mais auront probablement des conséquences importantes sur les décisions ultérieures du Conseil puisqu'elles s'intégreront à sa jurisprudence, il aurait été opportun que le Conseil prenne le temps de motiver ses positions.

Les cours constitutionnelles ne doivent pas négliger la motivation de leurs décisions, c'est un élément important qui leur permet de supporter leurs choix et de les présenter publiquement, preuve supplémentaire qu'elles les assument véritablement. Les cours ne doivent pas seulement faire preuve d'audace mais également de prudence.

## B. L'impératif d'un discours prudent

La « *phronèsis* » est une disposition philosophique que l'on retrouve notamment chez Aristote dans son *Éthique à Nicomaque*<sup>23</sup>. Elle peut se traduire par « prudence » ou « sagacité »<sup>24</sup>. Aristote la définit comme « un état vrai, accompagné de raison, qui porte à l'action quand sont en jeu les choses bonnes ou mauvaises pour l'homme »<sup>25</sup>. Si cette disposition est comprise de manière individuelle chez Aristote, il est possible, à la suite du professeur Wanda Mastor, de la concevoir comme s'imposant de manière collective à une

---

n'enlèvent rien, au demeurant, à la valeur heuristique de la métaphore : TIMSIT Gérard, « Le roman à la chaîne - Les limites d'une métaphore », *Revue internationale de philosophie*, 2005, p. 393 s.

<sup>21</sup> Cons. const. n°2021-940 QPC, 15 oct. 2021, *Société Air France [Obligation pour les transporteurs aériens de réacheminer les étrangers dont l'entrée en France est refusée]*, cons. 15

<sup>22</sup> Cons. const. n°2022-843 DC, 12 août 2022, *Loi portant mesures d'urgence pour la protection du pouvoir d'achat*, cons. 11

<sup>23</sup> ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, Flammarion, 2004. ; lorsque nous citerons cet ouvrage nous nous permettrons de ne pas renvoyer aux pages de la présente édition, mais nous nous conformerons à l'usage en vigueur consistant à renvoyer aux numéros de colonnes de l'édition de référence des œuvres d'Aristote par Bekker (Académie de Berlin - 1831), que mentionne d'ailleurs l'édition que nous utilisons.

<sup>24</sup> L'édition que nous utilisons préfère l'expression de « sagacité » ; nous utiliserons plutôt l'expression plus courante de « prudence ». Sur cette disposition voy. nota. AUBENQUE Pierre, *La prudence chez Aristote*, PUF, 2014.

<sup>25</sup> ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, *op. cit.*, 1140 b.

juridiction<sup>26</sup>. La « prudence » serait la disposition portant collectivement la juridiction à l'action selon ce qui est bien ou non. Il est possible de définir plus précisément la prudence comme la « [d]isposition morale qui fait connaître et pratiquer ce qui convient dans la conduite de la vie ; vertu intellectuelle qui, selon Aristote, consiste à savoir bien juger de ce qui reste contingent »<sup>27</sup>. La recherche d'un discours prudent entraîne plusieurs conséquences pour les cours constitutionnelles.

Tout d'abord à l'image de la prudence elle-même, le discours prudent est un discours équilibré, les cours constitutionnelles doivent rechercher un juste milieu entre les différentes contraintes qui s'imposent à elles. Elles doivent donc tout à la fois connaître l'affaire et se l'approprier mais également prendre conscience des contraintes qui s'imposent à elles et les cours doivent rendre compte de ces exigences parfois contradictoires.

Nous pouvons illustrer cette exigence avec un arrêt récent de la Cour constitutionnelle italienne dans lequel était en cause la reconnaissance des conséquences d'une gestation pour autrui réalisée à l'étranger<sup>28</sup>. La législation en cause ne permettait pas à un enfant né d'une GPA pratiquée à l'étranger par un couple de même sexe de se voir accorder le statut d'enfant de la mère d'intention. Pour répondre à ce problème, la Cour constitutionnelle examine l'évolution du droit italien sur la notion de « famille » qui accorde des conséquences juridiques à la notion sociale de parentalité même quand elle ne correspond pas à la parentalité biologique. La Cour identifie une lacune dans le droit au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme en ce qui concerne la protection des enfants et de leur intérêt supérieur. Elle conclut à l'irrecevabilité du recours car elle s'estime incompétente pour régler des situations au cas par cas ce qui créerait des incohérences, elle renvoie donc au législateur le soin de pallier cette situation dommageable.

C'est au regard des contraintes qui pesaient sur elle, la situation particulière de l'enfant, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme ou le poids de la notion de famille dans le droit italien, que la Cour constitutionnelle a rendu cette décision. Certes elle ne règle pas le problème qui se posait mais elle apporte des réponses éclairantes, ce qui démontre un vrai engagement de la Cour.

---

<sup>26</sup> Voy. spéc. MASTOR Wanda, « La part prudentielle dans l'oeuvre jurisprudentielle. Aristote au Palais Royal », in *Renouveau du droit constitutionnel - Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Dalloz, 2007, p. 255-275.

<sup>27</sup> « Prudence – sens 1 » In *Dictionnaire de l'Académie française*, 9<sup>e</sup> édition, 1992-en cours, version informatisée [<https://academie.atilf.fr/>] [consulté le 31/05/2023]

<sup>28</sup> C.C. (Italie), arrêt n°32/2021 du 9 mars 2021

Ensuite, la recherche d'un discours prudent doit se faire concrètement et conduit les cours à ne pas négliger la situation de l'espèce au profit d'une œuvre de législateur ou de doctrine. Même si leurs décisions les engagent en partie pour l'avenir dans un impératif de cohérence<sup>29</sup>, les cours constitutionnelles ne doivent pas pour autant rendre des arrêts de règlements. Les cours constitutionnelles sont des juges qui sont saisies de questions et qui doivent répondre aux questions qui leurs sont posées dans les cas dans lesquels ces questions leurs sont posées. Les cours doivent trouver le juste milieu entre la nécessité de répondre à la question posée et le fait de ménager la cohérence de leur jurisprudence. Cela ressemble à un travail d'Hercule pour reprendre une image bien connue concernant les juges<sup>30</sup>.

Enfin, la recherche d'un discours prudent découle de la manière dont le discours de la cour lui-même a été élaboré. Les cours constitutionnelles sont des juridictions collégiales qui rendent leurs décisions dans un cadre particulier et selon des procédures particulières. Si l'on peut définir la prudence comme le comportement de l'homme prudent, la difficulté vient du fait qu'une institution collégiale doit apparaître comme « un » « homme » « prudent », les trois mots ont leur importance. A ce sujet, on peut penser que s'il est peut-être plus difficile de prendre une décision à plusieurs<sup>31</sup>, la collégialité est probablement une voie privilégiée pour parvenir à un discours prudent<sup>32</sup>. Mais cela suppose que les cours constitutionnelles ne cherchent pas seulement à rendre une décision mais recherchent plus profondément à rendre

---

<sup>29</sup> Sur cet impératif voy. nota. la notion de « droit-intégrité » et la métaphore du roman à la chaîne de Ronald Dworkin : DWORKIN Ronald, *L'empire du droit*, op. cit., p. 250 s. ; sur ce point voy. nota. LEBEN Charles, « L'argumentation des juristes et ses contraintes chez Perelman et les auteurs du courant rhétorico-herméneutique », *Droits*, 2011, p. 72-73. ; spéc. sur la cohérence de la jurisprudence voy. nota. SILANCE Luc, « La motivation des jugements et la cohérence du droit », in *La motivation des décisions de justice : étude*, Bruylant, 1978, p. 219 s. ou bien MAUBLANC Jean-Pierre, « Le nouveaux mythes constitutionnels de la rationalité de la loi », in *La constitution et les valeurs - Mélanges en l'honneur de Dimitri Georges Lavroff*, Dalloz, 2005, p. 245-252.

<sup>30</sup> L'image a notamment été utilisée par Ronald Dworkin, par ex. DWORKIN Ronald, *Prendre les droits au sérieux*, PUF, 1995, p. 183. ; sur « Hercule » aussi DWORKIN Ronald, *L'empire du droit*, op. cit., p. 262 s. ; le professeur François Ost a repris cette image de manière critique nota. « Jupiter, Hercule, Hermès : trois modèles du juge » reproduit in OST François, *Dire le droit, faire justice*, Bruylant, 2012, p. 33 s.

<sup>31</sup> On peut se rappeler à ce sujet de la réflexion du sociologue Brunot Latour qui observait qu'« on dit qu'il ne faut jamais se lancer à plusieurs dans l'écriture d'un texte difficile et qu'un chameau est un cheval dessiné par un comité ... », LATOUR Bruno, *La fabrique du droit - Une ethnographie du Conseil d'État*, La Découverte, 2004, p. 69.

<sup>32</sup> Voy. nota. à ce sujet les écrit du président Paul Martens, nota. MARTENS Paul, « La pratique du délibéré collégial », in *Questions de droit judiciaire inspirées de l'"Affaire Fortis"*, Larcier, 2011., MARTENS Paul, « Le délibéré collégial, garant d'une bonne Justice », sur *Justice-en-ligne.be* [en ligne], publié le 4 mars 2010, [consulté le 25 avril 2023]. ou bien MARTENS Paul, « Aplanir les tentations du juge grâce à la collégialité », sur *Enm.justice.fr* [en ligne], publié le 28 septembre 2016, [consulté le 27 octobre 2020].



une décision par consensus<sup>33</sup>. La pratique des cours constitutionnelles à ce sujet est très intéressante. La Cour constitutionnelle de Belgique au regard des antagonismes linguistiques et communautaires n'hésite pas à multiplier les séances d' « échanges de vues » entre les juges et à reporter le rendu d'un arrêt au nom de la recherche d'un consensus dans les affaires qui pourraient révéler des tensions communautaires. L'unité de la Belgique est probablement à ce prix<sup>34</sup>.

## II. L'exigence pratique d'un discours acceptable

Le professeur Perleman affirmait que « *l'effort des juristes, à tous les niveaux et dans toute l'histoire du droit, a cherché à concilier les techniques du raisonnement juridique avec la justice, ou du moins l'acceptabilité sociale de la décision. 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.* »<sup>35</sup> Ainsi, une décision parfaitement rationnelle respectant des exigences formelles serait insuffisante car elle néglige les valeurs et la situation.

Rechercher l'acceptabilité d'une décision ce n'est pas rechercher l'assentiment de ceux qui sont jugés, c'est plus profondément rechercher l'assentiment de celui ou de ceux au nom de qui la justice est rendue. Directement ou indirectement, les cours constitutionnelles exercent leurs compétences au nom du souverain, c'est donc l'assentiment du souverain qu'elles doivent rechercher, du peuple dans un régime démocratique. Il ne s'agit pas d'une exigence théorique et vague mais d'une exigence concrète et pratique. Les cours constitutionnelles doivent rechercher pratiquement à construire un discours qui soit acceptable. Pour cela, les cours doivent s'inspirer des exigences pratiques en la matière et doivent faire en sorte que leur discours soit adapté (A) mais elles doivent également s'assurer que leur discours puisse être contrôlé (B).

---

<sup>33</sup> Voy. à ce sujet nota. URFALINO Philippe, « La décision par consensus apparent. Nature et propriétés », *Revue européenne des sciences sociales*, 2007. également PASQUINO Pasquale, « Voter et délibérer », *Revue européenne des sciences sociales*, 2007.

<sup>34</sup> Voy. nota. DELWIT Pascal, DE WAELE Jean-Michel et MAGNETTE Paul, « Gouverner la Belgique. Clivages et compromis dans une société composite », in *Gouverner la Belgique*, PUF, 1999. également WITTE Els, « La question linguistique en Belgique dans une perspective historique », *Pouvoirs*, 2011.

<sup>35</sup> PERELMAN Chaim, *Logique juridique*, Dalloz, 1999, p. 9.

## A. Un discours devant être adapté

Pour être acceptable, le discours des cours constitutionnelles doit être adapté et il s'agit tout d'abord de ne pas négliger la dimension rhétorique du discours des cours. Comme le rappelle le logicien belge Chaïm Perleman, « [l]a notion d'auditoire est centrale en rhétorique. Car, un discours ne peut être efficace que s'il est adapté à l'auditoire qu'il s'agit de persuader ou de convaincre. »<sup>36</sup>. Il définit celui-ci comme « l'ensemble de ceux sur lesquels l'orateur veut influencer par son argumentation »<sup>37</sup>. Pour construire une bonne décision, le juge doit donc adapter sa décision à l'auditoire à qui elle s'adresse. Pour cela, il doit le prendre en compte et le connaître concrètement.

Le discours des cours constitutionnelles se doit d'être adapté à leur auditoire car, comme l'affirme le professeur Marie-Claire Ponthoreau, « il est vain en matière de justice de rechercher la vérité absolue, car elle n'existe pas ; seule compte l'adhésion. »<sup>38</sup>. Les cours doivent rechercher l'adhésion de leur auditoire réel et de l'auditoire universel.

Nous pouvons prendre deux exemples édifiants en matière de prise en compte de l'auditoire. En 2021 et 2022 le Conseil constitutionnel français et la Cour constitutionnelle fédérale allemande ont chacun rendu des décisions intéressantes sur la notion d'identité constitutionnelle nationale au regard des compétences de l'Union européenne.

Dans sa décision, que nous avons déjà mentionnée, le Conseil constitutionnel français se contente d'affirmer purement et simplement que l'exigence mise en évidence « constitue un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France »<sup>39</sup>.

La Cour constitutionnelle fédérale allemande était saisie de la loi de ratification de la décision sur les ressources propres de l'Union Européenne « NextGenerationEU »<sup>40</sup>. A l'occasion de ce contrôle, la Cour va examiner si cette décision viole l'identité constitutionnelle déterminée par la Loi fondamentale. Elle procède à une analyse minutieuse de la mesure et de ses conséquences

---

<sup>36</sup> *Ibid.*, p. 107.

<sup>37</sup> PERELMAN Chaïm et OLBRECHTS-TYTECA Lucie, *Traité de l'argumentation*, Editions de l'Université de Bruxelles, 2008, p. 25.

<sup>38</sup> PONTTHOREAU Marie-Claire, « Réflexions sur la motivation des décisions juridictionnelles en droit administratif français », *RDP*, 1994, p. 765.

<sup>39</sup> Cons. const. n°2021-940 QPC, 15 oct. 2021, *Société Air France [Obligation pour les transporteurs aériens de réacheminer les étrangers dont l'entrée en France est refusée]* voy. spéc. cons. 15

<sup>40</sup> BVerfGE, 6 déc. 2022, 2 BvR 547/21 et 2 BvR 789/21

pour conclure qu'il n'y a pas de violation de l'identité constitutionnelle. Cela montre que la Cour manie la notion d' « identité constitutionnelle » avec la plus grande prudence compte-tenu des risques que cela pourrait impliquer. La Cour cherche donc manifestement à expliquer sa position et à adapter son discours à son auditoire, dans une matière sensible où elle sait que sa décision sera scrutée. Il faut sans doute déplorer le manque de pédagogie du Conseil constitutionnel qui n'adapte pas suffisamment son discours à son auditoire.

Le discours des cours constitutionnelles doit également être adapté à leur office. La légitimité des cours constitutionnelles tient tout à la fois à ce qu'elles sont et à ce qu'elles font, mais plus profondément le professeur Marc Verdussen estime que leur légitimité est liée au dialogue constitutionnel. Selon lui elles leur légitimité tient à ce qu'elles arbitrent, pratiquent et suscitent le dialogue constitutionnel<sup>41</sup>.

Dans cette perspective, le discours des cours constitutionnelles doit être adapté à cet office particulier car c'est par leur discours qu'elles pourront arbitrer, pratiquer et susciter le dialogue constitutionnel. Si les deux premières fonctions semblent naturelles pour des cours constitutionnelles, la troisième peut sembler plus surprenante, c'est pourquoi nous nous y attarderons spécialement dans le cadre contraint de cette étude.

La capacité des cours constitutionnelles à susciter le dialogue constitutionnel est, selon nous, liée à deux précédents mouvements. En effet, même s'il est revêtu d'une certaine autorité, le discours de la cour n'est finalement que l'expression d'un point de vue sur l'ordre juridique et sur la constitution. Comme il est sanctionné, ce point de vue pose un arbitrage mais il ne clôt pas pour autant la question de constitutionnalité. Les cours n'ont jamais et ne peuvent pas avoir le pouvoir du dernier mot. Elles ont seulement le « *pouvoir de l'avant-dernier mot* »<sup>42</sup>. On peut penser que les cours constitutionnelles sont justement jugées sur leur capacité à amener des éléments au débat sans pour autant régler définitivement la question, ce qui ne relève pas de leur compétence.

On peut illustrer nos propos avec la position de la Cour constitutionnelle fédérale allemande en ce qui concerne la protection des droits fondamentaux par les actes

---

<sup>41</sup> Voy. VERDUSSEN Marc, *Les douze juges - La légitimité de la Cour constitutionnelle*, Editions Labor, 2004, p. 88-89. ; dans le même sens voy. VERDUSSEN Marc, *Justice constitutionnelle*, Larcier, 2012, p. 392-406.

<sup>42</sup> Sur cette expression voy. VERDUSSEN Marc, *Les douze juges - La légitimité de la Cour constitutionnelle*, *op. cit.*, p. 81 s. ; voy. dans le même sens VEDEL Georges, « Schengen et Maastricht (A propos de la décision n°91-294 DC du Conseil constitutionnel du 25 juillet 1991) », *RFDA*, 1992, p. 179-180., FAVOREU Louis, « La légitimité du juge constitutionnel », *Revue internationale de droit comparé*, 1994, p. 578 s. ou bien SCOFFONI Guy, « La légitimité du juge constitutionnel en droit comparé : les enseignements de l'expérience américaine », *Revue internationale de droit comparé*, 1999, p. 259 s.

communautaires. Après avoir affirmé sa compétence pour contrôler le respect des droits fondamentaux par les actes communautaires<sup>43</sup>, la Cour a renoncé à sa compétence « aussi longtemps que » la protection des droits fondamentaux au niveau européen est suffisante<sup>44</sup>. On le voit, la Cour constitutionnelle ne clôture pas définitivement le débat constitutionnel mais elle le tranche dans l'affaire en cause. La Cour a d'ailleurs précisé sa position dans des arrêts relatifs aux traités européens de Maastricht et de Lisbonne en établissant le test de l'identité constitutionnelle<sup>45</sup>.

L'acceptabilité du discours des cours constitutionnelles tient à ce qu'il est adapté mais également à sa capacité à être contrôlé.

## **B. Un discours pouvant être contrôlé**

Si le discours des cours constitutionnelles est acceptable c'est parce que celui-ci est susceptible d'être contrôlé, en effet les cours constitutionnelles n'exercent pas leur pouvoir en leur propre nom mais elles n'exercent leurs compétences que sur délégation du peuple souverain dans un régime démocratique.

Le discours des cours constitutionnelles lui-même permet l'exercice d'un contrôle, il est donc d'autant plus crucial que ce discours soit réellement motivé. Tony Sauvel affirme que « *[m]otiver une décision, c'est en exprimer les raisons. C'est par là même obliger celui qui la prend à en avoir. C'est éloigner tout arbitraire.* »<sup>46</sup>. La motivation se comprend aisément dans un régime démocratique puisqu'il s'agit de la « *première dette du corps social* » selon le professeur Wanda Mastor<sup>47</sup>. Et précisément, selon elle, « *les juges ne font pas que "rendre" la justice, ils la "doivent"* »<sup>48</sup>. La motivation est ainsi la marque de l'absence de souveraineté du juge et la contrainte pour lui de rendre compte de l'exercice de ce pouvoir dont il n'est que le

---

<sup>43</sup> Dans son célèbre arrêt « Solange 1 » : BVerfGE, 29 mai 1974, 2 BvL 52/71

<sup>44</sup> Arrêt « Solange II » BVerfGE, 22 oct. 1986, 2 BvR 197/83

<sup>45</sup> Cela ressort de BVerfGE, 12 oct. 1993, 2 BvR 2134/92 et 2 BvR 2159/92 ainsi que BVerfGE, 14 janv. 2014, 2 BvR 2728/13 et a. ; sur ces arrêts voy. spéc. LANGENFELD Christine, « La jurisprudence récente de la Cour constitutionnelle allemande relative au droit de l'Union européenne », *Titre VII*, 2019.

<sup>46</sup> SAUVEL Tony, « Histoire du jugement motivé », *art. cit.*, p. 5.

<sup>47</sup> MASTOR Wanda, « La motivation des décisions des cours constitutionnelles - Introduction », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 2012, p. 12. ; l'expression, reprise, est attribuée à Camabacérés

<sup>48</sup> *Ibid.* ; dans le même sens MASTOR Wanda, *L'art de la motivation, substance du droit - Mieux motiver pour mieux juger*, Dalloz, 2020, p. 31.

dépositaire. La motivation des cours constitutionnelles, publiée avec leur décision en tant que telle va permettre de contrôler l'usage que les cours font du pouvoir qui leur est confié. Dans ce sens, le professeur Wanda Mastor affirme que « *le juge a l'obligation juridique de motiver mais également l'obligation morale de mieux motiver* »<sup>49</sup>.

Il serait possible de développer très longuement ce point, nous nous contenterons de déplorer la tradition française de l'*imperatoria brevitatis*, la motivation brève et formelle<sup>50</sup>. A ce titre il est éloquent de comparer les décisions du Conseil constitutionnel qui, même si leur mode de rédaction a évolué, restent brèves, aux décisions d'autres cours constitutionnelles. A ce titre le style de la Cour constitutionnelle de Belgique est à remarquer. Très inspirée par le mode de rédaction spécialement de la Cour européenne des droits de l'Homme, la Cour découpe son arrêt en deux parties ; elle distingue clairement ce qui relève des arguments des parties qu'elle identifie dans une partie « A », et son propre raisonnement, qu'elle identifie dans une partie « B ». Les justiciables et les parties peuvent en effet voir dans l'arrêt que les arguments qu'ils ont pu développer ont été entendus et pris en compte par la Cour constitutionnelle. Cela donne ainsi l'impression d'une Cour attentive aux parties et cela donne aux parties le sentiment que justice a été rendue en tenant compte de leurs positions.

Les cours constitutionnelles doivent également tenir compte du fait que leur discours peut être contrôlé. Leurs décisions sont en effet l'objet du contrôle démocratique qui s'exerce sur les cours. Même si ce contrôle est exercé par des autorités multiples et s'il peut prendre des formes diversifiées, il faut rappeler deux éléments liminaires indispensables pour l'envisager. D'une part, comme nous l'avons déjà dit, les cours constitutionnelles ne disposent pas d'une plénitude ou d'un pouvoir absolu d'interprétation de la Constitution. D'autre part, si les cours constitutionnelles peuvent bien être considérées dans certaines hypothèses comme des interprètes authentiques de la Constitution, il faut se rappeler qu'*« [i]l n'y a pas de numerus clausus des interprètes de la Constitution »*<sup>51</sup> selon la formule du professeur Peter Häberle. Ainsi, la coexistence et la concurrence des interprètes authentiques permettent de limiter le pouvoir relatif de chaque interprète.

---

<sup>49</sup> MASTOR Wanda, « La motivation des décisions des cours constitutionnelles - Introduction », *art. cit.*, p. 12.

<sup>50</sup> Voy. spéc. pour une lecture critique sur l'*imperatoria brevitatis* et la « brièveté » : MALHIÈRE Fanny, *La brièveté des décisions de justice*, Dalloz, 2013, p. 31 s.

<sup>51</sup> HÄBERLE Peter, *L'Etat constitutionnel*, Economica-PUAM, 2004, p. 126.

Le contrôle démocratique des cours constitutionnelles doit être lié au souverain, dans un régime démocratique il peut s'exercer aussi bien par les représentants que par les représentés, directement par le peuple souverain. Il est très difficile de mettre en évidence les formes de ce contrôle démocratique puisque dans leur ensemble, les Constitutions ne formalisent pas ce contrôle.

Un exemple très récent de contrôle démocratique peut être trouvé dans les réactions à la décision controversée rendue par le Conseil constitutionnel dans le cadre de la « réforme des retraites » portée par le gouvernement<sup>52</sup>. Les uns ont dénoncé une décision inféodée au pouvoir pointant le manque d'indépendance du Conseil constitutionnel, les autres se sont alarmés du manque d'indépendance et d'impartialité du Conseil.

Que l'auditoire soit satisfait d'une décisions rendue, ou qu'il ne le soit pas est malheureusement nécessaire. En effet la possibilité pour les cours de voir leur discours contrôlé est un gage de leur légitimité qui invite à se demander « *Quis custodes custodiet* » ou qui garde le gardien selon la célèbre maxime très connue en matière de légitimité<sup>53</sup>.

Dans une tribune, le président Badinter s'interrogeait en 1995 sur la question de savoir quel était le contre-pouvoir du Conseil constitutionnel. Il répondait alors qu' « *il est loisible à tout moment, de procéder à une révision de la Constitution. Le dernier mot n'est jamais au Conseil ; c'est un des fondements de sa légitimité.* »<sup>54</sup>. Pour lui, c'est la possibilité d'un lit de justice constitutionnelle qui fait office de contre-pouvoir<sup>55</sup>. C'est donc finalement le constituant qui garde le Conseil.

Le doyen Vedel soutenait une autre position en affirmant que « *la doctrine, en demandant compte au juge de ses silences ou de ses ambiguïtés, l'oblige à une salutaire autocritique. Sans doute, je l'ai dit, dans certains cas, sa prudence est légitime. [...]. D'autre part, c'est parfois à bon droit que l'observateur qui voit se déplacer le véhicule avertit le juge. [...]* »<sup>56</sup>. Le président Pierre Mazeaud le confirmait : « *Nous avons attaché beaucoup*

---

<sup>52</sup> Cons. const. n°2023-849 DC, 14 avr. 2023, *Loi de financement rectificative de la sécurité sociale pour 2023*

<sup>53</sup> Cette phrase est attribuée au poète latin Juvénal ainsi que le relève notamment CAPPELLETTI Mauro, « *Quis custodes custodiet ? Qui nous protégera de ceux qui nous protègent ? – Etude de droit comparé sur la responsabilité des autorités judiciaires* » in CAPPELLETTI Mauro, *Le pouvoir des juges*, Economica-PUAM, 1990, p. 115. ou bien VARAUT Jean-Marc, « *Le pouvoir des juges* », *Revue des sciences morales et politiques*, 1992, p. 278.

<sup>54</sup> « *Un entretien avec Robert BADINTER* », *Le Monde*, 6 mars 1995, p. 12 (extrait)

<sup>55</sup> Le président Vedel semblait d'ailleurs d'accord avec cette position : VEDEL Georges, « *Schengen et Maastricht (A propos de la décision n°91-294 DC du Conseil constitutionnel du 25 juillet 1991)* », *art. cit.*, p. 179-180.

<sup>56</sup> VEDEL Georges, « *Doctrine et jurisprudence constitutionnelles* », *RDP*, 1989, p. 13-14.

*d'importance et prêté grande attention à la doctrine, car elle seule peut utilement "garder le gardien de la loi" »<sup>57</sup>.*

En 2013, Pasquale Pasquino soutenait au contraire que c'était la transparence, donc l'opinion, qui gardait réellement le Conseil constitutionnel<sup>58</sup>. Le professeur Mauro Cappelletti se rattache également à cette position et a consacré son étude à la responsabilité des autorités judiciaires<sup>59</sup>.

On peut se rendre compte que les trois propositions doctrinales d'identification du gardien de la Constitution, la doctrine, le constituant ou la transparence, renvoient finalement à la même idée, l'idée de démocratie, appréhendée sous trois points de vue différents. La doctrine et la transparence participent à informer le souverain qui peut ainsi exercer ses prérogatives. C'est finalement la démocratie qui garde le gardien de la Constitution.

---

<sup>57</sup> MAZEAUD Pierre, « 2, rue de Montpensier : un bilan », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2008, p. 28.

<sup>58</sup> COHEN Mathilde et PASQUINO Pasquale, *La motivation des décisions de justice, entre épistémologie sociale et théorie du droit : le cas des cours souveraines et des cours constitutionnelles*, dactyl., CNRS, 2013, spéc. p. 156.

<sup>59</sup> CAPPELLETTI Mauro, *Le pouvoir des juges*, *op. cit.*, p. 115 s.