



HAL
open science

La puissance et la représentation, l'Etat et le citoyen : quel est le fondement de l'autorité de la norme constitutionnelle et de la jurisprudence du juge constitutionnel ?

Xavier Magnon

► To cite this version:

Xavier Magnon. La puissance et la représentation, l'Etat et le citoyen : quel est le fondement de l'autorité de la norme constitutionnelle et de la jurisprudence du juge constitutionnel ?. Le régime représentatif à l'épreuve de la justice constitutionnelle, 2016. hal-01725361

HAL Id: hal-01725361

<https://hal.science/hal-01725361v1>

Submitted on 7 Mar 2018

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

La puissance et la représentation, l'Etat et le citoyen : quel est le fondement de l'autorité de la norme constitutionnelle et de la jurisprudence du juge constitutionnel ?

Xavier MAGNON

Professeur à l'Université Toulouse 1 Capitole
Institut Maurice Hauriou

Lorsqu'il s'agit de s'interroger sur la question de savoir quel peut-être le fondement de l'autorité de la norme constitutionnelle et de la jurisprudence du juge constitutionnel, il n'est pas certain que le terme de « fondement » soit plus clair que celui de « source »¹. Dans un sens large, la question du fondement peut se déployer sur plusieurs plans, sans que ceux-ci ne se recoupent forcément. La question du fondement peut glisser vers celle de la légitimité, cette dernière se déclinant sous trois angles différents : juridique, sociologique et axiologique². Sous le premier, l'angle juridique, la légitimité s'entendrait du fondement juridique, et donc du fondement au sens strict ; sous les deux autres, le terme de légitimité apparaît plus approprié, qu'il s'agisse d'apprécier le rapport existant, pour ce qui nous intéresse ici, entre, d'une part, la Constitution et les décisions du juge constitutionnel et, d'autre part, la manière dont elles sont perçues et acceptées dans le milieu social dans lequel elles s'insèrent (légitimité sociologique) ou leur conformité à des valeurs déterminées (légitimité axiologique)³. Dans ces dernières situations, le terme de légitimité est plus adapté car il renvoie à une question d'ordre factuelle, à ce qui *est*, quand celui de fondement, au sens strict, renvoie à une question normative, à ce qui *doit être*. La légitimité pourrait alors être définie comme « une prétention à la validité de la part d'une autorité déterminée quant à l'orientation de son action, le critère de la validité étant celui de la reconnaissance *de facto* du bien-fondé de l'action par les acteurs concernés par cette autorité »⁴ (légitimité sociologique) ou celui de la conformité à des valeurs (légitimité axiologique).

¹ Sur les différentes significations susceptibles d'être accordées au terme « source » dans la doctrine juridique : P. Jestaz, « Source délicieuse... (Remarques en cascades sur les sources du droit) », *RTD Civ.*, 1993, p. 73.

² Voir pour une distinction de la légitimité sous ces trois angles : R. H. Fallon, « *Legitimacy and the Constitution* », *Harvard Law Review*, Vol. 118, 2005, n° 6, spécial. pp. 1794-1801.

³ Pour que légitimité sociologique et légitimité axiologique puissent se distinguer sans ambiguïté, il faut supposer que la seconde renvoie à des valeurs en elles-mêmes et non à des valeurs d'un groupe social déterminé sous peine de se dissoudre dans la première. Apprécier la conformité de la Constitution aux valeurs de la société française s'inscrirait dans une approche sociologique, le faire à partir des valeurs libérales, dans une approche axiologique.

Toutefois, une stricte séparation des deux dimensions apparaît relativement vaine car la dimension axiologique renvoie toujours, en dernière analyse, à une dimension sociologique. Les valeurs sont toujours celle d'un groupe ou d'un être social particuliers.

⁴ M. Coutu, « Légitimité et Constitution : les trois types purs de la jurisprudence constitutionnelle », *Droit et société*, 2004/1, p. 234.

Ainsi éclairée, l'interrogation formulée en ouvre une autre quant à l'étendue de l'objet étudié et, en définitive, à une question d'ordre méthodologique fondamentale : faut-il étudier *la* Constitution et *la* jurisprudence constitutionnelle ? *Les* Constitutions et *les* juridictions constitutionnelles ? *Une* Constitution et *une* juridiction constitutionnelle ? Autrement dit, faut-il adopter une approche théorique, s'inscrire dans une démarche comparatiste ou s'en tenir à l'étude d'un système particulier de droit positif. La question première posée, celle du fondement, constitue un élément décisif dans le choix de l'objet et des méthodes. L'angle d'approche qui sera retenu, celui de la légitimité axiologique, imposera d'écarter une démarche comparatiste pour se concentrer sur l'étude du seul cas français.

En tant que juriste, si l'on se propose de développer une *théorie du fondement* de la Constitution et de son juge, seule une *théorie juridique des fondements* pourra l'être. Selon une approche normativiste, la question sera brièvement résolue. La Constitution trouve son fondement, en fonction de la perspective que l'on retient, dans une norme fondamentale supposée, dans la première Constitution historique ou dans un évènement d'ordre factuel visant à poser la première ou une nouvelle Constitution ; la jurisprudence constitutionnelle, dans la Constitution.

S'il s'agissait de développer une *théorie sociologique des fondements*, le fondement ou légitimité sociologique, imposerait, à moins de renoncer à toute exigence d'ordre scientifique, de disposer d'outils statistiques permettant de mesurer la légitimité sociologique de la Constitution et de son juge. Faute de tels matériaux, comme d'ailleurs des compétences pour en produire, il semble raisonnable de renoncer à cette voie.

Reste la *légitimité axiologique* à interroger. Il semble que ce soit la seule qui mérite ici une réflexion, même si elle n'est pas sans poser des difficultés : quelles valeurs ? Quelle méthode ? Le thème du colloque semble commander la valeur première à partir de laquelle la Constitution et la justice constitutionnelle doivent être appréciées dans leur fondement, à savoir la représentation, et, plus largement, la démocratie, en tant que mode d'organisation sociale permettant aux destinataires des normes produites dans un système juridique donné de participer, directement ou indirectement, à leur production. La manière d'apprécier la légitimité de la Constitution et de son juge au regard de la valeur « démocratie » revient à s'interroger sur leur sens dans nos sociétés occidentales contemporaines, démocratiques et, également, libérales et respectueuses des exigences de l'Etat de droit. En suivant une telle démarche, et l'on retrouve les questions de méthode, il est possible d'identifier des fictions d'ordre politique utiles à la recherche de la légitimité de la Constitution et de son juge. Il s'agirait alors de développer une analyse d'ordre politique, non empirique, et reposant sur une démarche de type analytique. A être un juriste, l'on peut éprouver quelques difficultés à s'inscrire dans cette voie. Il semblerait pour le moins prétentieux de développer ici une théorie politique de la légitimité démocratique de la Constitution et de son juge et l'on trouverait, par ailleurs, une limite d'ordre scientifique à pouvoir y prétendre. Il est néanmoins possible de tenter, selon une démarche plus empirique, d'apprécier la pertinence de fictions politiques développées par d'autres, nous laissons la théorie politique à

ceux qui développent de telles analyses, au regard d'éléments de droit positif pertinents, nous réemparens alors du droit. La légitimité de la Constitution et de son juge appréhendée à partir d'un certain nombre de fictions politiques seront confrontées à des données de droit positif. Celles-ci serviront d'argument pour nourrir ou remettre en cause les fictions politiques. Encore faut-il déterminer quelles seront ces données et donc quel(s) droit(s) positif(s).

A emprunter une *démarche comparatiste*, il serait nécessaire de multiplier les objets et donc les expériences de droit positif. Cette multiplicité conduirait nécessairement, si l'on demeure objectif et de bonne foi, à identifier à la fois des éléments permettant de témoigner d'une légitimité démocratique et d'autres s'opposant à la reconnaissance de cette légitimité. Tout dépend des éléments qui seront mis en avant. Or, à être exhaustif, seule condition d'une objectivité véritable, il peut sembler vain, du moins seul et sur le temps d'une vie humaine, d'étudier de manière exhaustive l'ensemble des systèmes de justice constitutionnelle pour éprouver les fictions politiques évoquées.

Le choix d'*étudier le seul exemple français* paraît beaucoup moins (trop peu ?) ambitieux, sans résoudre forcément les questions de relativité des arguments. Il sera pourtant retenu pour éprouver les fictions politiques. L'examen de l'exemple français servira d'appui à l'appréciation de la pertinence des fictions politiques sur la Constitution et la justice constitutionnelle. Cette dimension singulière n'exclut cependant pas des interrogations susceptibles de déborder du seul exemple français, comme des éclairages tirés de droits étrangers. De plus, parce qu'il s'agit d'éprouver certaines fictions à l'aune de l'expérience française, il apparaît pertinent d'exposer les fictions qui sont utilisées par la doctrine française pour expliquer la justice constitutionnelle. Le choix de l'examen du droit positif français implique de s'intéresser aux fictions politiques utilisées par la doctrine constitutionnaliste française. Des fictions que l'on retrouve dans des doctrines d'autres Etats seront également évoquées, mais ce sont celles qui sont utilisées en France qui seront principalement exposées.

Ces présupposés fixés, il s'agira de s'interroger sur la légitimité démocratique de l'autorité de la Constitution et de la justice constitutionnelle telle qu'elle est construite à partir de fictions politiques et d'éprouver ces dernières au regard du droit positif français. Ainsi, après avoir exposé les fictions politiques visant à construire ou à déconstruire une légitimité démocratique à la Constitution et à son juge (§ I), l'on appréciera, en suivant un certain réalisme empirique, la légitimité de la Constitution du 4 octobre 1958 et de son juge (§ II).

§ I – Les fictions politiques : la construction/déconstruction d'une légitimité démocratique à l'autorité de la Constitution et de son juge

Il est nécessaire de préciser ici ce que nous désignons par le terme de fiction. Une fiction peut désigner une représentation de la réalité qui est devenue convention dans l'appréhension de celle-

ci et qui, n'étant plus réinterrogée, devient un acquis déformant de la représentation de la réalité. En d'autres termes, et pour reprendre une définition commune, elle n'est qu'une « réalité de convention »⁵. Les fictions présentées ici sont des acquis de la représentation de la justice constitutionnelle qui, si elles se sont appuyées sur des éléments du réel au moment où elles ont été construites, s'en sont ensuite éloignées pour acquérir une vie autonome et séparée de la réalité. Ajoutons qu'il ne s'agit pas ici de dresser un panorama exhaustif de l'ensemble des fictions développées en théorie politique ou par la doctrine constitutionnelle et utilisées par cette dernière pour expliquer et justifier d'un point de vue politique l'autorité de la Constitution et de son juge. L'ambition sera plus modeste. Elle consistera à mettre en évidence et à classer les différentes fictions utilisées par la doctrine française dans la réflexion d'ordre politique sur la légitimité démocratique de la Constitution et de son juge. Ces fictions font partie de l'acquis du constitutionnaliste français, et relève même du réflexe, voire du lieu commun, de tout enseignant-chercheur qui envisage en travaux dirigés ou en cours magistral de première année de licence de droit la justice constitutionnelle. Envisagées de cette manière, les fictions ont servi en France d'un point de vue historique une démarche de légitimation de la justice constitutionnelle et même de construction d'une justice constitutionnelle sans juge constitutionnel. D'un point de vue institutionnel, la doctrine constitutionnaliste française s'est construite un objet, à partir du modèle de justice constitutionnelle identifiable dans les démocraties européennes, qui n'existait pas d'un point de vue institutionnel en France. Elle a transformé, nous y reviendrons, le chien de garde du Parlement en un défenseur des droits et libertés du citoyen. Nul doute que le droit positif comme le comportement du juge constitutionnel en France ont participé à ce mouvement ; mais celui-ci a été rendu possible par l'existence d'une doctrine universitaire légimatrice d'une certaine orientation et d'une certaine vision de la justice constitutionnelle. Les fictions ont été ainsi d'abord légitimantes (A). Une fois l'institution légitimée, une fois le Conseil constitutionnel devenu cour constitutionnelle, du moins du point de vue juridique, le temps de l'interrogation des fictions fondatrices est venu et a conduit au développement d'autres fictions, critiques celles-là (B). Dans une discipline qui s'est juridicisée de manière récente, le passage de la première catégorie de fictions à la seconde s'est réalisée de manière rapide, en 20 ans environ⁶, et rencontre un écho favorable au moment même où le droit constitutionnel jurisprudentiel apparaît comme triomphant. La victoire de cette dimension avec la question prioritaire de constitutionnalité (QPC) n'est cependant que de façade. La mise en œuvre de la QPC aura d'autant plus été décevante qu'elle avait suscité d'enthousiasme. Non sans un certain paradoxe, elle a offert un contexte favorable à de nouvelles fictions critiques.

A – Les fictions légitimantes

⁵ Voir le dictionnaire Larousse en ligne, <http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/fiction/33587>.

⁶ L'on retiendra la période de 1990, année de création de la *Revue française de droit constitutionnel* aux Presses Universitaires de France, à 2010, date de mise en œuvre de la question prioritaire de constitutionnalité.

La légitimation de la justice constitutionnelle présuppose celle de la Constitution. En conséquence, toutes les fictions légitimantes s'appuient, sans le justifier, sur le fait que la Constitution doit être respectée et sanctionnée. L'autorité de la Constitution et sa justification n'est plus aujourd'hui discutée et semble acquise autour de deux fictions : l'encadrement de l'exercice du pouvoir, ce qui participe de la soumission de l'Etat au droit, et la Constitution comme acte de résistance du citoyen contre l'Etat. Sur la justice constitutionnelle proprement dite, certaines fictions reposent principalement sur des valeurs, d'autres sur une dimension technique.

La première fiction-valeur légitimante est celle du « *passage de la démocratie à l'Etat de droit* »⁷, concrétisé par la mise en place d'une justice constitutionnelle. Cette dernière présenterait une avancée qualitative dans les ordres normatifs dans la mesure où l'Etat de droit se substituerait à l'Etat légal⁸. A la toute-puissance du pouvoir législatif, succéderait la soumission de la loi au droit sous le contrôle du juge. Les expériences historiques des régimes absolutistes durant la seconde guerre mondiale et plus largement au cours du XX^{ème} siècle ont renforcé la force de la fiction en mettant en évidence les risques d'une démocratie législative absolutiste. Le constat que le législateur pouvait mal faire a contribué à l'ancrage de cette fiction. La difficulté du contrôle de constitutionnalité au regard du principe démocratique majoritaire est dissoute au nom de l'exigence de réalisation de l'Etat de droit. Ce dernier justifie un renoncement ou du moins une éclipse du principe démocratique. Le Conseil constitutionnel a lui-même récupéré ces fictions en soutenant, dans un *obiter dictum* de l'une de ses décisions que la loi « n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution »⁹. La démocratie représentative ne vaut que dans le respect du texte qui l'institue. Le principe politique est subordonné au respect du droit.

La *démocratie constitutionnelle*, telle qu'elle est lue d'un point de vue national par Dominique Rousseau, s'inscrit dans le même mouvement. L'Etat de droit n'est cependant pas opposé à la démocratie, il la prolonge et la renforce. La justice constitutionnelle renforce la démocratie tout en la transformant. L'opposition Etat de droit/démocratie est évacuée. Dominique Rousseau considère en effet que l'existence d'une « Constitution-charte des droits » produit une « nouvelle « géographie » constitutionnelle » (...) [qui] ne se contente pas d'établir la différenciation entre gouvernés et gouvernants, [mais] implique surtout que soient données à chacune des « parties », les institutions propres à faire vivre cette différence : aux gouvernants, les organes exécutifs et parlementaires ; aux citoyens le Conseil constitutionnel »¹⁰. La démocratie constitutionnelle légitime le rôle du Conseil constitutionnel en ce qu'il est producteur d'une forme démocratique qui le légitime et en tant qu'acteur d'un régime d'énonciation concurrentiel de la volonté générale.

⁷ L. Favoreu, « De la démocratie à l'Etat de droit », *Débats*, n° 64, mars-avril 1991, p. 158, reproduit in *La Constitution et son juge*, L. Favoreu, Economica, 2014, pp. 7-11.

⁸ Voir en particulier sur cette question : M.-J. Redor, *De l'Etat légal à l'Etat de droit. L'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française (1879-1914)*, PUAM-Economica, 1992, 389 p.

⁹ C.C., n° 85-197 DC, 23 août 1985, *Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie*, *Rec.*, p. 70, cons. 27.

¹⁰ D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, 2008, 8^{ème} édition, Montchrestien, Domat droit public, p. 502.

L'approche du juge constitutionnel est bienveillante : il est le défenseur du citoyen contre ses représentants. Le régime représentatif cède face à une institution de défense du peuple. Pour reprendre les termes de Jacques Chevallier, la « démocratie juridique » rend caduque « la dogmatique de la représentation »¹¹. La protection des droits fondamentaux, et donc des droits et libertés des citoyens, fait du juge constitutionnel le défenseur du peuple contre l'Etat.

Cette fiction du juge constitutionnel défenseur du peuple, sans doute plus adaptée à la Cour suprême américaine qu'au juge constitutionnel français, se décline en France, avec la saisine du Conseil constitutionnel ouvert à l'opposition politique, par celle du juge constitutionnel *défenseur de la minorité politique*. La fiction est ici avant tout française du moins pour la défense de la minorité politique. Elle est beaucoup plus étendue géographiquement lorsque la justice constitutionnelle est vue comme un moyen de défense des minorités en général.

Dans son ouvrage *La Révolution des pouvoirs*, Marcel Gauchet propose une autre analyse, d'ordre historique, visant à justifier la mise en place d'un contrôle de constitutionnalité à partir de la lecture historique qu'il développe de la souveraineté, du peuple et de la représentation durant la période 1789-1799. Il constate en effet que « c'est parce qu'il y a une substitution virtuelle des représentants à la Nation que le problème de leur surveillance en vient à se poser »¹². Le régime représentatif imposerait ainsi une *surveillance des représentants*. D'où la nécessité d'un troisième pouvoir « pour que s'établisse une relation réfléchissante entre la sphère du pouvoir et la société » et « d'autoriser une mesure de l'écart ou de la proximité entre la volonté dégageante et l'action déléguée »¹³. Ce troisième pouvoir doit être « d'une nature spéciale, qu'on pourrait appeler un méta-pouvoir », c'est-à-dire « un pouvoir au second degré, d'un pouvoir sur les pouvoirs, d'un pouvoir de contrôle ou d'appel à l'égard des autres pouvoirs »¹⁴. Ce pouvoir serait ainsi chargé « de relayer et de concrétiser cette indispensable surveillance collective et de rappeler que les délégués procèdent de la délégation ». Le « contrôle constitutionnel » doit être ce pouvoir ; un « pouvoir d'arrêt » et non pas un « pouvoir d'action »¹⁵. L'on pourrait voir ici un lointain écho à la thèse du législateur négatif de Kelsen¹⁶ et la fiction qu'elle véhicule d'une neutralité en termes de pouvoir du juge constitutionnel. Ce pouvoir de contrôle constitutionnel est décisif dans le régime représentatif : « c'est parce qu'il y a ce troisième et dernier terme que le peuple souverain peut se représenter sa supériorité principielle sur ce qui émane de lui »¹⁷. Marcel Gauchet poursuit et voit dans ce pouvoir un « hybride complexe » : « il fait forcément partie de la sphère des pouvoirs délégués, puisqu'il a une fonction doublement représentative : il prononce au nom du peuple, et il

¹¹ J. Chevallier, *L'Etat postmoderne*, LGDJ, Droit et société, 3^{ème} édition, 2008, p. 180.

¹² M. Gauchet, *La Révolution des pouvoirs. La souveraineté, le peuple et la représentation 1789-1799*, Gallimard, Bibliothèque des histoires, 1995, p. 267.

¹³ *Loc. cit.*, p. 269.

¹⁴ *Loc. cit.*, respectivement p. 272 et p. 273.

¹⁵ *Loc. cit.*, respectivement p. 275 et p. 274.

¹⁶ H. Kelsen, « La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle) », *RDP*, 1928, p. 226.

¹⁷ M. Gauchet, *La Révolution des pouvoirs. La souveraineté, le peuple et la représentation 1789-1799*, *op. cit.*, p. 275.

rend sensible, il donne à voir une puissance dont la collectivité a besoin de se former l'idée. Mais ce qu'il a charge de représenter c'est précisément un au-delà de la délégation »¹⁸.

Dans le prolongement de ces réflexions, il n'est pas anodin de constater que l'étude que propose Pierre Rosanvallon de la légitimité démocratique inscrit la justice constitutionnelle dans l'une des trois formes que revêt cette légitimité dans nos sociétés modernes : la *légitimité de réflexivité*. Celle-ci s'inscrit dans un mouvement visant à reformuler les « termes dans lesquels l'impératif démocratique d'expression de la généralité sociale est appréhendé »¹⁹. Elle consiste à réaliser « la généralité par le biais d'un travail de pluralisation des expressions de la souveraineté sociale. Le but est là de compliquer les sujets et les formes de la démocratie pour en réaliser les objectifs. Il s'agit notamment de corriger les inaccomplissements résultat de l'assimilation d'une majorité électorale à la volonté du corps social appréhendé dans sa globalité. C'est une *généralité de démultiplication* »²⁰. Le juge constitutionnel constitue pour lui une institution de la réflexivité²¹. Cette lecture est en l'occurrence proche de celle développée dans la démocratie continue de Dominique Rousseau dans l'approche complexe qui est défendue de la démocratie²². La rationalisation de la justice constitutionnelle dans le cadre d'une légitimité de réflexivité conduit Pierre Rosanvallon à mettre en évidence plusieurs qualités de cette institution : elle corrige les dérives du système représentatif, en développe la fonctionnalité démocratique et permet d'enrichir la qualité de la délibération politique²³. L'enthousiasme autour de cette institution réflexive rappelle celui qu'a pu avoir Louis Favoreu pour le Conseil constitutionnel alors qu'il était le premier à en défendre une appréhension sous l'angle de la justice constitutionnelle, il y a plus de trente ans. La célébration de Pierre Rosanvallon apparaît quelque peu anachronique malgré la « modernité » apparente des occurrences à partir desquelles la justice constitutionnelle est étudiée.

Des fictions d'ordre technique contribuent également à légitimer la justice constitutionnelle. La première renvoie à l'effectivité de la Constitution, le raisonnement est proche du truisme : si la Constitution est la norme suprême de l'ordre juridique, le respect de celle-ci impose un mécanisme de sanction du respect des prescriptions qu'elle contient. Pour être une norme pleinement efficace, elle doit être sanctionnée par un juge. Le syllogisme fondateur du contrôle de constitutionnalité aux Etats-Unis, proposé par la Cour suprême sous la plume du juge Marshall

¹⁸ *Loc. cit.*, p. 276.

¹⁹ P. Rosanvallon, *La légitimité démocratique. Impartialité, réflexivité, proximité*, Points, Essai, 2008, p. 16.

²⁰ *Loc. cit.*, p. 17.

²¹ *Loc. cit.*, p. 218 et s.

²² Dans la formulation que D. Rousseau en fait dans l'ouvrage *La démocratie continue*, où il voit la « démocratie continue » comme « une démocratie de délibération » dans laquelle on assiste à une multiplication des entrepreneurs législatifs (« De la démocratie continue », in *La démocratie continue*, D. Rousseau (dir.), Bruylant-LGDJ, La pensée juridique moderne, 1995, p. 17 et s.)

Voir également et par ailleurs : D. Rousseau, « La démocratie continue. Espace public et juge constitutionnel », *Le Débat*, 1997/4, n° 96, pp. 73-88, spécial. la dernière partie « Démocratie continue et juge constitutionnel ».

²³ P. Rosanvallon, *La légitimité démocratique. Impartialité, réflexivité, proximité*, *op. cit.*, p. 230.

dans l'arrêt *Marbury v. Madison*, doit être ici rappelé en substance : la Constitution est la norme supérieure de l'ordre juridique ; une loi est contraire à la Constitution ; elle doit être déclarée inconstitutionnelle²⁴. L'effectivité de la norme impose la mise en œuvre d'une sanction. La valeur « effectivité de la Constitution » justifie le contrôle.

La dernière fiction qui paraît devoir être mise en évidence est celle du « lit de justice » du Doyen Vedel²⁵ ou du « pouvoir du dernier mot » mis en évidence par le Doyen Favoreu²⁶. Le juge constitutionnel est légitime car il n'a pas le dernier mot. Le pouvoir de révision constitutionnelle est toujours en mesure de faire échec à la parole du juge constitutionnel en procédant à une révision de la Constitution. En France, le peuple, directement ou par ses représentants, garde le dernier mot à condition de s'exprimer dans le cadre de la procédure de révision constitutionnelle. Cette fiction permet d'évacuer la question de savoir *quis custodiet ipsos custodes*.

B – Les fictions critiques

Les fictions critiques demeurent aujourd'hui encore peu nombreuses au regard de celles légitimantes. La dimension politique positive de la justice constitutionnelle l'emporterait sur sa dimension négative. Ces fictions critiques peuvent être analysées comme des fictions réaction par rapport à celles légitimantes. Il en existe deux principales²⁷. L'une entend maintenir la réflexion dans le cadre démocratique et majoritaire, sans s'attarder sur la question de l'Etat de droit ; l'autre prend le contre-pied du juge constitutionnel comme défenseur du citoyen, pour soutenir le juge constitutionnel comme défenseur du pouvoir.

La dimension critique de la justice constitutionnelle au regard de l'exigence démocratique majoritaire existe aux Etats-Unis et est désignée par les termes de « *countermajoritarian difficulty* ».

²⁴ *Marbury v. Madison*, 5 US (1 cranch) 137 (1803). Voir : E. Zoller, *Les grandes décisions de la Cour suprême américaine*, Dalloz, Coll. Grands arrêts, 2010, 1^{ère} édition, pp. 11-12.

²⁵ G. Vedel, « Schengen et Maastricht », *RFDA*, 1992, p. 180.

²⁶ L. Favoreu, « La légitimité du juge constitutionnel », *RIDC*, 1994, pp. 578-579

²⁷ La critique tirée du « gouvernement des juges » ne sera pas intégrée à la réflexion. S'il existe différents concepts de « gouvernement des juges », la dimension critique de certains d'entre eux porte sur l'étendue du pouvoir du juge. Cette dimension semble devoir être écartée de l'étude proposée. En France, « le gouvernement des juges » paraît agité comme un étendard politique générique, sans constituer un véritable argument critique d'ordre scientifique à l'encontre de la justice constitutionnelle en général et du Conseil constitutionnel en particulier. De plus, cette critique n'est pas propre et limitée au juge constitutionnel. Enfin, elle ne semble pas devoir concerner de manière spécifique le rapport entre la représentation et la justice constitutionnelle qui fait l'objet de cette contribution. En résumé, la critique du « gouvernement des juges » est trop indéterminée et trop générale pour être exposée ici. En tout état de cause, on retrouve dans d'autres fictions critiques la nécessité pour le juge de limiter l'étendue de son pouvoir pour demeurer légitime.

Voir en particulier sur le « gouvernement des juges » : *Gouvernement des juges et démocratie* sous la direction de S. Brondel, N. Foulquier et L. Heuschling, Publication de la Sorbonne, Science politique, 2001, 373 p. et, en particulier, l'introduction des directeurs de l'ouvrage, « D'un non sujet vers un concept scientifique ? » (pp. 11-18), les interventions de M. Troper et O. Pfersmann, « Existe-t-il un concept de gouvernement des juges ? » (pp. 21-52) et celle de L. Pech, « Le remède au gouvernement des juges : le *judicial self-restraint* » (pp. 63-113).

Cette tendance est ancienne²⁸, mais se maintient aujourd'hui en particulier avec les travaux d'Alexander M. Bickel²⁹ souvent cités par la doctrine à cet égard. On ne la retrouve pas sous cette forme en France où, on l'a vu, a été développée une nouvelle lecture de la démocratie intégrant la justice constitutionnelle. La fiction *countermajoritarian* s'inscrit dans une lecture classique de la démocratie majoritaire pour dénoncer l'obstacle que constitue le juge constitutionnel à l'expression de la volonté majoritaire du peuple. Une telle analyse conduit à défendre, au minimum, une autolimitation du juge constitutionnel dans l'exercice de son contrôle pour ne faire obstacle à l'expression de la volonté générale que de manière limitée dans des cas indiscutables de contrariété à la Constitution, du moins si l'on suppose que de tels cas sont susceptibles d'être déterminés ou déterminables *a priori*.

La fiction contraire à celle du juge constitutionnel défenseur du citoyen se dédouble et prend deux formes, une forme substantielle et une forme plus structurelle. L'on parle ici de fictions mais il semble plus juste de parler de fictions en devenir. Parce qu'elles sont critiques, elles se sont développées à partir de l'observation de données de droit positif pour renverser les fictions légitimantes premières. Elles tendent à devenir de nouvelles fictions par la force symbolique qu'elles ont vocation à avoir et en ce qu'elles tendent à se substituer aux fictions légitimantes. La première de ces fictions critiques consiste à remettre en cause la figure du juge constitutionnel gardien des libertés ; la seconde à voir dans le juge constitutionnel un défenseur de l'Etat. A partir d'une lecture de la jurisprudence du juge constitutionnel, la fiction substantielle entend s'interroger sur les techniques contentieuses et les lectures des droits fondamentaux du juge constitutionnel pour vérifier la proposition d'un juge défenseur des libertés³⁰. La formule est cependant faussement interrogative car il s'agit précisément de remettre en cause ce principe considéré comme un acquis. La fiction structurelle renverse l'équilibre représentants/représentés : le juge constitutionnel est serviteur du pouvoir non du peuple. Ainsi, pour Stéphane Mouton, « l'objectivisation et le caractère abstrait [du contrôle de constitutionnalité] dans lequel il inscrit ses finalités font que le justiciable, loin de bénéficier d'une procédure qui protège ses droits contre le pouvoir, participerait au contraire au renforcement de l'autorité des organes représentatifs contre lui au nom de l'intérêt général »³¹. Dans le prolongement, pour être un véritable protecteur du peuple, il faudrait que le juge constitutionnel se fasse, dans l'exercice de sa fonction, défenseur des intérêts subjectifs du justiciable ou de minorités contre l'Etat et, surtout,

²⁸ G. Scoffoni évoque un article de James Bradley Thayer dénonçant le caractère antidémocratique du contrôle de constitutionnalité dans un article publié à la *Harvard Law Review* en 1893 (« *The origin and scope of the American doctrine of constitutional law* », *Harvard Law Review*, vol. 7, 1893, p. 129, cité par G. Scoffoni, « La légitimité du juge constitutionnel en droit comparé : les enseignements de l'expérience américaine », *RIDC*, 2-1999, pp. 246-247).

²⁹ A. M. Bickel, *The least dangerous branch : the Supreme Court at the abroaf politics*, Yale University Press, 1986, pp. 16-23.
Voir également : D. Lacorne, « La Cour suprême américaine. Une institution antimajoritaire », *Commentaire*, 1993, n° 62, pp. 297-302.

³⁰ Voir en particulier le colloque *Le Conseil constitutionnel, protecteur des libertés ?* dont les contributions sont publiées dans *jus politicum*, n° 7, mars 2012 (<http://juspolicum.com/-No7-.html>).

³¹ S. Mouton, « La QPC et la représentation démocratique : esquisse d'une nouvelle relation entre gouvernants et gouvernés ? », in *Question sur la Question 3 De nouveaux équilibres institutionnels ?*, X. Magnon, P. Esplugas, W. Mastor et S. Mouton (dir.), LGDJ-Lextenso, Grands Colloques, 2014, pp. 49-50.

contre l'intérêt général. Seule une dimension subjective de défense des intérêts particuliers pourrait témoigner d'une autonomie de la justice constitutionnelle vis-à-vis de l'Etat.

Il convient sans doute d'ajouter une troisième fiction, d'ordre technique, liée à la représentativité de l'institution qui exerce le contrôle de constitutionnalité. Elle est relativement récurrente en France, en raison de quelques tares originelles du système français, sans être pour autant théorisée ou systématisée. Elle se traduit par une critique de l'absence de représentativité des membres de la juridiction constitutionnelle au regard des autorités de nominations, des personnes nommées ou des conditions de nomination. Sur le plan politique, on en trouve les traces dans *De la démocratie en Amérique* : « en refusant aux juges le droit de déclarer les lois inconstitutionnelles, nous donnons indirectement au corps législatif le pouvoir de changer la constitution, puisqu'il ne rencontre plus de barrière légale qui l'arrête. Mais mieux vaut encore accorder le pouvoir de changer la constitution du peuple à des hommes qui représentent imparfaitement les volontés du peuple, qu'à d'autres qui ne représentent qu'eux-mêmes »³². En vertu de la fiction critique technique, les membres du Conseil constitutionnel ne représenteraient rien de bon, mal nommés, non représentatifs et incompetents qu'ils seraient.

Les fictions présentées relèvent du domaine des idées, fussent-elles juridiques, il semble pertinent d'en éprouver la réalité à partir de données objectives de droit positif.

§ II – Un réalisme normatif : quelle légitimité démocratique à l'autorité de la Constitution du 4 octobre 1958 et de son juge ?

Eprouver les fictions politiques à partir de l'observation du droit positif ne s'inscrit pas dans une démarche visant à invalider ces fictions. Elles ne sont en effet pas falsifiables en tant que fiction. Il s'agit de s'appuyer sur l'observation du droit positif, et donc des techniques juridiques, pour appuyer ou remettre en cause ses fictions en s'appuyant sur des éléments objectifs observables. Selon une telle démarche, il paraît vain de s'attacher à des éléments d'ordre substantiel, ce qui impliquerait que nous nous interrogeons sur la question de savoir si l'interprétation et la défense des droits fondamentaux par le Conseil constitutionnel, telle qu'elle résulte de sa jurisprudence est satisfaisante et ce à partir d'éléments subjectifs. Il faut préférer une approche formelle et procédurale pour pouvoir juger du fondement de l'autorité de la Constitution et du juge constitutionnel et de leur légitimité démocratique. Il semble également nécessaire de s'interroger en ce sens à partir des énoncés constitutionnels dispositionnels interprétés selon la volonté de leurs auteurs. Sur la question de l'autorité de la Constitution et du juge constitutionnel, si l'on peut difficilement contester que le peuple s'est prononcé par la voie d'un référendum constituant sur le texte de la Constitution du 4 octobre 1958, il est tout aussi difficile de remettre en cause le fait que le développement de la justice constitutionnelle en France, depuis la décision du 16 juillet

³² A. de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, Le Monde de la Philosophie, Flammarion, 2008, p. 145.

1971 dite *Liberté d'association* jusqu'à la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 instituant une question préjudicielle de constitutionnalité, s'est faite sans le peuple. La métamorphose du chien de garde du Parlement en une cour constitutionnelle ne repose sur aucune légitimité populaire directe. La nouvelle Constitution et son juge s'inscrivent dans une légitimité sans le peuple (A). De manière positive, les éléments formels et procéduraux relatifs au Conseil constitutionnel confortent cette analyse et témoignent d'une institution fonctionnant pour l'Etat et trouvant en conséquence sa légitimité dans celui-ci (B).

A – Une légitimité sans le peuple

Le 28 septembre 1958, le peuple se français se prononce sur une Constitution sans catalogue de droits fondamentaux et sans justice constitutionnelle, avec un Conseil constitutionnel institué pour préserver le domaine de compétence du pouvoir réglementaire et pour accueillir les anciens Président de la République. Aujourd'hui, le Conseil constitutionnel peut être saisi par le justiciable de la constitutionnalité de dispositions législatives contraires aux droits et liberté que la Constitution garantit, celle-ci intégrant trois catalogues de droits et libertés : la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 et la Charte de l'environnement de 2004. Entre ces deux dates, jamais le peuple ne se sera prononcé sur l'une quelconque des étapes de la construction d'une justice constitutionnelle.

La fiction juridique d'un peuple qui aurait accepté en 1958 la procédure de révision constitutionnelle faisant appel au congrès et qui aurait donc admis que les révisions constitutionnelles lui échappent ne tient pas. Déjà, les différentes étapes et surtout la plus essentielle, la décision du Conseil constitutionnel 16 juillet 1971, n'ont pas donné lieu à une procédure de révision constitutionnelle, même si l'on peut penser que la solution de 1971 a été implicitement admise par le pouvoir de révision constitutionnelle avec la révision du 1^{er} mars 2005, intégrant la Charte de l'environnement dans le préambule de la Constitution de 1958. Plus largement, le peuple, en tant que pouvoir de révision constitutionnelle, n'aura été consulté qu'à deux reprises sous la V^{ème} République, toujours pour des questions liées au Président de la République et dont une fois de manière constitutionnellement irrégulière. Pourtant, la pratique de la révision par le congrès est une pratique exceptionnelle au regard de l'article 89 qui pose le référendum comme procédure de principe pour réviser la Constitution. Enfin, la question qui nous préoccupe n'est pas une question de régularité juridique mais de légitimité et, de ce point de vue, l'onction populaire n'a jamais été requise par les pouvoirs publics à propos de la justice constitutionnelle. La justice constitutionnelle s'est construite sans le peuple. Seule la représentation nationale, stimulée parfois par le Conseil constitutionnel lui-même, a participé à la mise en place d'une justice constitutionnelle en France.

L'introduction dans la Constitution positive de son préambule et des textes auxquels celui-ci se réfère par le Conseil constitutionnel dans la décision de 1971 est doublement irrégulière. Elle

marque une rupture avec la volonté des constituants, même si les éléments qui permettent de l'identifier de manière objective sont discutables³³, d'écarter de la Constitution les droits fondamentaux. En outre, et c'est la conséquence de ce premier constat, par son choix, le Conseil constitutionnel a produit du droit constitutionnel formel en dehors de la procédure de révision constitutionnelle prescrite par l'article 89 de la Constitution. Cette révolution juridique s'est faite sans le peuple, quand bien même c'est en son nom, pour la protection des droits et libertés qui lui sont reconnus, qu'elle a pu être justifiée.

Les quelques grammes de démocratie, qui pèseront finalement plus, de la révision constitutionnelle du 29 octobre 1974 n'auront pas non plus été soumis au peuple. C'est peut-être, une fois encore, pour son bien et pour celui de la démocratie, que la minorité politique accède au Conseil constitutionnel, mais ce n'est pas en s'appuyant sur l'expression directe de sa volonté.

La révision constitutionnelle du 1^{er} mars 2005 qui introduit dans le Préambule de la Constitution de 1958 la Charte de l'environnement, validant ainsi *a posteriori* la valeur constitutionnelle de celui-ci et des textes qu'il mentionne, aurait été une formidable occasion de faire valider par le peuple les différents catalogues de droits fondamentaux en vigueur en général et la Charte de l'environnement symbole d'une modernisation de ceux-ci en particulier. Il n'en a rien été. Le peuple n'a pas sa place dans le choix des catalogues de droits fondamentaux qui lui sont reconnus. Les droits et libertés sont choisis en haut, par ceux qui exercent le pouvoir, sans validation par le bas, par la source du pouvoir.

L'entrée du justiciable, du *citoyen situé* dans le procès, dans l'office du juge constitutionnel n'a pas requis l'intervention peuple. La mise en place tardive d'une question préjudicielle de constitutionnalité se fera sans le peuple avec la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008. Il est permis au citoyen au nom de ses intérêt subjectifs, les droits et libertés que la Constitution lui garantit, de contester l'expression de la volonté générale et d'user ainsi de la Constitution comme un instrument de résistance contre l'Etat ; or, seule la représentation nationale se prononce pour le lui permettre.

Au-delà de ces révisions et de la révolution constitutives d'une justice constitutionnelle, le peuple n'a pas non plus été saisi et ne l'a jamais été lorsque, par la voie du lit de justice, le pouvoir de révision constitutionnelle est venu mettre en échec la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Ne pouvait-on pas, par exemple, consulter le peuple en matière de parité ? S'il est incontestable que le dernier mot a été repris à plusieurs reprises par le pouvoir de révision constitutionnelle

³³ Sur ce point, la difficulté porte non seulement sur la possibilité de reconnaître en général l'existence de véritables travaux préparatoires à l'adoption de la Constitution du 4 octobre 1958 pertinents et susceptibles de révéler l'intention des constituant mais également sur le fait qu'il n'existe qu'une seule référence pertinente en leur sein susceptible d'appuyer un refus de voir reconnaître au préambule de ce qui deviendra la Constitution du 4 octobre 1958 une valeur constitutionnelle. Voir en l'occurrence l'intervention du commissaire du gouvernement Raymond Janot, in *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution, Volume 2 : Le Comité consultatif constitutionnel de l'avant-projet du 29 juillet 1958 au projet du 21 août 1958*, Comité national chargé de la publication des travaux préparatoires des institutions de la V^{ème} République, La Documentation française, 1988, p. 254).

face au juge constitutionnel, témoignant de la vigueur de l'argument de la légitimité du juge par ce biais, jamais le peuple n'a été associé. La révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, dans laquelle la jurisprudence du Conseil constitutionnel a occupé une place déterminante témoignant de celle considérable qu'occupe le Conseil constitutionnel au sein de nos institutions³⁴, et qui marque la révision la plus importante en termes qualitatif et quantitatif de la V^{ème} République, en instituant notamment une question préjudicielle de constitutionnalité, n'aura pas été une révision constitutionnelle soumise à référendum.

Seule la représentation nationale, et donc celle-là même qui est affectée par la justice constitutionnelle, a décidé de sa mise en place et de son développement. L'on pourra voir là la culture juridique française étatiste et bonapartiste capable, par ailleurs, de confier à un même organe ou à ses membres le soin de rédiger des normes, d'émettre un avis sur leur conformité au droit et leur opportunité et de leur confier au contentieux le soin d'en apprécier la régularité. Pour ce qui nous intéresse plus immédiatement, ce n'est pas celui qui bénéficie de la justice constitutionnelle qui décide de ses modalités d'organisation, c'est celui qui risque d'en souffrir dans l'étendue de son pouvoir. Il semble en conséquence logique que ces modalités d'organisations révèlent la mise en place d'une justice constitutionnelle pour l'Etat et non pour le peuple.

B – Une légitimité pour l'Etat

La mainmise et la présence de l'Etat dans la justice constitutionnelle en France sont significatives à plusieurs égards.

Concernant le statut de l'institution, la pratique de la nomination de personnalités politiques, quelles que soient par ailleurs leurs compétences universitaires formelles, le maintien des anciens présidents de la République en tant que membre de droit³⁵, l'absence d'exigence juridique de compétences³⁶ et le défaut de protection personnelle et fonctionnelle des membres du Conseil constitutionnel³⁷ témoignent d'une vision archaïque de la justice constitutionnelle. Le Conseil constitutionnel est plus une chambre législative qu'une juridiction. Quelle juridiction tient un compte rendu de ses délibérations accessibles au public passé une certaine période ? La question

³⁴ Voir sur cette question : « Une lecture du juge constitutionnel français en tant que « pouvoir juridictionnel » : la jurisprudence du Conseil constitutionnel au cours de la procédure de révision constitutionnelle de 2008 », *Politeia (Revue semestrielle de droit constitutionnel comparé)*, *La réforme des institutions françaises (2)*, n° 16, 2009, pp. 217-261.

³⁵ Il existe cependant un projet de révision constitutionnelle relatif aux incompatibilités applicables à l'exercice de fonctions gouvernementales et à la composition du Conseil constitutionnel, n° 814, déposé le 14 mars 2013 sur le bureau de l'Assemblée nationale, qui vise en particulier à supprimer, pour l'avenir, les membres de droit au sein du Conseil constitutionnel.

³⁶ La seule exigence posée par l'article 10 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 sur le Conseil constitutionnel réside dans l'obligation pour ses membres de jouir des droits civils et politiques.

³⁷ Voir sur cette question : « La protection des juges constitutionnels », in *La protection des pouvoirs constitués. Chefs de l'Etat, Ministres, Parlementaires, Juges*, sous la direction de Philippe Ségur, Bruylant, 2007, spécial. pp. 175-181.

prioritaire de constitutionnalité n'a rien changé sur les différents points évoqués alors que, d'un point de vue procédural, le juge constitutionnel n'intervient plus seulement dans le cadre de la procédure d'adoption de la loi.

La question prioritaire de constitutionnalité est-elle d'ailleurs une procédure offerte au peuple, pour défendre ses droits et libertés, ou un instrument aux mains de l'Etat ? Les traces de cette dernière orientation sont nombreuses et connues : le filtre des juridictions suprêmes, la limitation des normes invocables aux droits et libertés, aucun élément du procès principal n'apparaît dans les décisions QPC, la motivation des décisions QPC est la même que celle des décisions « DC », la pauvreté de la motivation témoigne d'une volonté de s'adresser à un auditoire restreint et non à un auditoire universel, la motivation présentant une seule dimension décisive et aucune dimension justificative³⁸, la déclaration de conformité à la Constitution d'une disposition de loi emporte un effet absolu, le fonctionnement administratif du Conseil est aux mains du secrétariat général et du secrétaire général, les juges constitutionnels ne disposant pas à titre personnel de collaborateurs... Le justiciable est ministère public. Il saisit le Conseil constitutionnel pour garantir le respect de la Constitution dans l'ordre juridique et non pas pour préserver ses intérêts subjectifs même si ces derniers, à l'évidence, sont à l'origine de la saisine. Ce ne sont toutefois pas ces derniers qui sont jugés par le Conseil constitutionnel : la motivation du Conseil est la même dans le contrôle *a posteriori* que dans le contrôle *a priori*. Le juge ne dispose d'ailleurs pas dans le mémoire QPC qui lui est transmis des éléments de l'affaire au principal. Le Conseil constitutionnel apprécie la régularité juridique des lois ; il ne défend pas les intérêts subjectifs du citoyen.

Cette lecture se confirme y compris dans celle que les médias peuvent faire des décisions du Conseil constitutionnel. Il ne sera pas proposée d'étude empirique sur cette question mais la présentation médiatique des décisions du Conseil constitutionnel de censure de la loi sont toujours appréhendées par le prisme de la majorité parlementaire, qui serait tenue en échec, voire du gouvernement dont le texte aurait été « retoqué », peu par celui du justiciable. Certes, dans la représentation médiatique, c'est bien ce dernier qui est à l'origine d'une question prioritaire de constitutionnalité, mais ce sera le législateur qui sera sanctionné. A l'inverse, lorsqu'il s'agit d'évoquer une condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme, parfois qualifiée de Cour de justice européenne des droits de l'homme y compris dans des médias supposés sérieux, c'est bien le justiciable qui apparaît et les données de l'affaire qui ont donné lieu à la condamnation.

A l'issue de cette argumentation, c'est la fiction critique proposée par Stéphane Mouton qui est confortée par cette lecture formelle et procédurale du droit positif français : le Conseil constitutionnel est un défenseur de l'Etat, non pas du peuple. La dimension critique de cette

³⁸ Voir notamment sur ces questions d'auditoire et de motivation des décisions du Conseil constitutionnel : « Plaidoyer pour que le Conseil constitutionnel devienne une cour constitutionnelle », *RFDC, Numéro spécial : 25 ans de droit constitutionnel*, n° 100, 2014, pp. 999-1009.

présentation doit être mobilisatrice afin de penser une meilleure justice constitutionnelle. L'analyse ne saurait s'achever dans la construction de cette fiction. Une telle construction impose de toujours demeurer attentif et critique dans l'appréhension de la justice constitutionnelle telle qu'elle existe et se développe en France. La fiction doit être un outil, pas une fin.