



HAL
open science

La justice constitutionnelle est-elle un nouveau canal de participation, d'opposition, et/ou de contrôle du peuple au pouvoir ?

Ariane Vidal Naquet

► To cite this version:

Ariane Vidal Naquet. La justice constitutionnelle est-elle un nouveau canal de participation, d'opposition, et/ou de contrôle du peuple au pouvoir?. Le régime représentatif à l'épreuve de la justice constitutionnelles, Oct 2014, Toulouse, France. hal-01794761

HAL Id: hal-01794761

<https://hal.science/hal-01794761v1>

Submitted on 26 Apr 2019

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 justice constitutionnelle est-elle un nouveau canal de participation, d'opposition, et/ou de contrôle du peuple au pouvoir ?

Ariane Vidal-Naquet, Professeur de droit public, Aix-Marseille Université.

Les aventures du « mariage pour tous » donnent à la question posée une consistance certaine : deux QPC qui portent, plus ou moins directement, le sujet devant le Conseil constitutionnel¹ ; un projet de loi qui, reprenant une promesse de campagne électorale, ouvre le mariage aux couples de personnes de même sexe ; une pétition signée par près de 700 000 personnes au Conseil économique, social et environnemental qui se déclare incompétent ; l'impossibilité politique et / ou juridique de recourir au référendum ; la saisine du Conseil constitutionnel qui conclut à la constitutionnalité de la loi² ; une QPC, visant à remettre en cause la nouvelle loi, rejetée par le Conseil constitutionnel³ et portée devant la Cour européenne des droits de l'homme la justice constitutionnelle est-elle un nouveau canal de participation, d'opposition et / ou de contrôle du peuple au pouvoir ?

Le choix des termes n'est pas neutre. Le canal présuppose, en effet, une étanchéité, une déconnexion entre deux espaces qu'il s'agit de relier, de raccorder, soit de manière naturelle, soit de manière artificielle. La justice constitutionnelle serait donc ce canal : le peuple est absent de la sphère du pouvoir, le juge constitutionnel permet de l'y conduire. La justice constitutionnelle permettrait, ainsi, de remédier aux travers de la démocratie représentative, peut-être même de la concurrencer, elle qui repose, précisément, sur la distance, sur le cloisonnement. Tel est bien le principe même de la représentation, perçu « comme un mécanisme de figuration permettant de rendre présent les citoyens absents des sphères de l'exercice du pouvoir »⁴. Pourtant, par un singulier tour de passe-passe, le régime représentatif tend à abolir la distance que présuppose la représentation, pour conduire à une absorption des représentés par les représentants. La justice constitutionnelle permettrait également de remédier à l'atonie de la démocratie directe, insuffisante, impuissante même, à associer le peuple à l'exercice du pouvoir. En témoignent la réticence avec laquelle a été adoptée la loi organique relative au référendum dit d'initiative partagée et le carcan dans lequel ce dernier est enserré. Palliant les faiblesses de la démocratie représentative et celles de la démocratie directe, la justice constitutionnelle permettrait l'irruption du peuple dans la sphère du pouvoir, entendu comme la faculté de prendre des décisions valant commandement pour l'ensemble du groupe social.

Devant l'ampleur du sujet, et ainsi qu'y invite sa formulation, le propos sera délibérément centré sur l'impact de la QPC, présentée comme une nouvelle voie de droit ouverte au citoyen. Permettant la contestation de dispositions législatives déjà promulguées, la QPC révolutionne la saisine en l'ouvrant aux justiciables, tout en mettant l'accent sur les droits et libertés que la Constitution garantit, auxquels son champ d'application est circonscrit. Ce faisant, le peuple peut désormais contester la constitutionnalité des lois et revendiquer le respect de la Constitution ; il devient un déclencheur du

¹ Décision 2010-39 QPC du 06 octobre 2010, Mmes Isabelle D. et Isabelle B. [Adoption au sein d'un couple non marié], Rec. 264 ; Décision 2010-92 QPC du 28 janvier 2011 - Mme Corinne C. et autre [Interdiction du mariage entre personnes de même sexe], Rec. 87, la première portant sur l'impossibilité pour les couples non mariés, et donc les couples de même sexe, d'exercer en commun l'autorité parentale sur l'enfant mineur adopté, la seconde sur le fait que le Code civil réserve le droit de se marier à un couple formé d'un homme et d'une femme

² Décision 2013-669 DC du 1^{er} mai 2013, Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, Rec.

721

³ Décision n° 2013-353 QPC, 18 octobre 2013, M. Franck M. et autres, JORF du 20 octobre 2013, page 17279

⁴ Pour reprendre les termes du projet scientifique développé par Stéphane Mouton

procès constitutionnel, tandis que la représentation nationale perd le monopole de l'accès au juge constitutionnel ; il peut réclamer en justice la protection de ses propres droits, sans avoir besoin de s'en remettre au bon vouloir de ses représentants.

Peut-on soutenir, pour autant, que la justice constitutionnelle est, aujourd'hui, un nouveau canal de participation, de contrôle et / ou d'opposition du peuple au pouvoir ?

La formulation du sujet est, en réalité, déroutante tant les termes sont riches et porteurs de plusieurs sens. La « justice constitutionnelle » doit-elle faire l'objet d'une approche stricte, limitée au Conseil constitutionnel, ou large, englobant l'ensemble des juridictions qui exercent le contrôle de constitutionnalité ? Le canal doit-il être compris dans son sens physique, comme un lieu de passage, ou au sens imagé, auquel cas le juge constitutionnel se ferait l'intermédiaire, le porte-parole du peuple, au risque de devenir lui-même la voix du peuple ? Où est le peuple, qui est ce peuple ? Alors même qu'il existe, selon le Conseil constitutionnel, un « concept juridique de peuple français » qui a valeur constitutionnelle⁵, ce dernier est tantôt figure politique, tantôt réalité sociologique, tantôt peuple détenteur du pouvoir constituant, tantôt peuple pouvoir constitué, tantôt le peuple actuel, tantôt le peuple intemporel ... Quant à la trilogie proposée, « participer/contrôler/s'opposer », elle laisse poindre une gradation curieuse. Certes, à travers le juge, le pouvoir est « contrôlé » et tel est bien l'objet du contrôle de constitutionnalité ; dire que, par le canal de la justice constitutionnelle, le peuple peut « s'opposer » prend une coloration plus politique ; soutenir qu'il peut « participer » marque une intrusion plus significative du peuple dans l'exercice du pouvoir. A ceci s'ajoute que les termes du sujet recèlent une ambiguïté fondamentale : car si la justice constitutionnelle peut être pensée comme un canal qui sert le peuple, en l'association au pouvoir, elle est loin d'être un canal entre les mains du peuple. C'est le constat de ce décalage qui structurera ce propos. Certes, la QPC invite à penser la justice constitutionnelle comme un moyen pour le peuple de faire irruption dans la sphère du pouvoir. Mais cette lecture idéalisée de la justice constitutionnelle doit être largement relativisée. La QPC est un canal particulièrement convoité, dont la maîtrise continue d'échapper au peuple.

I Penser la justice constitutionnelle comme une jonction entre le peuple et le pouvoir

Peut-on penser la justice constitutionnelle comme un nouvelle liaison entre le peuple et le pouvoir ? L'invitation est séduisante. Sous l'impulsion de la QPC, la justice constitutionnelle peut être appréhendée comme un canal d'un double point de vue : d'un point de vue dynamique, elle offre au peuple un conduit par lequel celui-ci peut peser dans l'exercice du pouvoir ; d'un point de vue statique, elle sert d'interface entre deux sphères et permet de repositionner le peuple au centre du pouvoir.

A) L'intervention du peuple dans l'exercice du pouvoir

Grâce à la QPC, le peuple devient « l'initiateur de la justice constitutionnelle »⁶. Il y a, certes, là un raccourci hâtif, en partie trompeur, entre le requérant et le peuple. Car il faut supposer que, derrière la recherche de son intérêt privé, le requérant sert, en réalité, les intérêts du peuple en interrogeant la constitutionnalité des lois et en sollicitant leur abrogation⁷. Cela étant, et pour reprendre la trilogie proposée, comment penser que le peuple contrôle l'action de ses représentants, s'oppose au pouvoir politique voire participe à son exercice ?

⁵ Décision 91-290 DC du 9 mai 1991, *Statut de la Corse*, Rec. 50, cons. 11 et 12

⁶ Terme utilisé par M. Verdussen, *Justice constitutionnelle*, Larcier, 2012, p. 162

⁷ Sur ce point, voir l'intervention de J.-P. Dubois, « L'émergence d'une nouvelle citoyenneté constitutionnelle dans le procès constitutionnel ? », dans ce colloque

1. A travers la justice constitutionnelle, le peuple contrôle l'action de ses représentants.

Cette fonction classique assignée à la justice constitutionnelle est assez largement renouvelée par l'introduction de la QPC.

a) Contrôler, c'est en premier lieu vérifier la conformité des lois à la Constitution. En déposant une QPC, le peuple, c'est-à-dire le représenté, prend l'initiative du contrôle de la conformité des lois à la Constitution, alors qu'il est demeuré longtemps exclu de ce processus de vérification, qui ne pouvait être déclenché que par des autorités politiques représentantes de la volonté du peuple. Ce pouvoir d'initiative est d'autant plus important qu'avaient pu se déployer, au sein de la représentation nationale et en cas d'accord politique entre majorité et opposition, des stratégies de contournement du juge constitutionnel, comme l'illustrent la loi Gayssot de 1990 ou la loi Anti-Perruche de 2002. C'est d'ailleurs l'examen de la constitutionnalité de ces deux lois qui a été réclamé par les justiciables dès les premiers mois de fonctionnement de la QPC.

b) Contrôler, c'est aussi surveiller le pouvoir. La QPC offre au peuple la possibilité d'une surveillance permanente de l'action de ses représentants. Une fois votée, la loi ne connaît plus de répit, toujours susceptible d'être soumise à la question, en dehors de celles de ses dispositions expressément examinées par le juge constitutionnel. Cette possibilité d'une contestation incessante vaut quelle que soit l'origine de la loi (majorité / opposition), quelle que soit son ancienneté, quel que soit le consensus dans lequel elle a pu être adoptée, comme l'illustre, par exemple, la QPC relative au harcèlement sexuel⁸. A cela s'ajoute que les occasions de contestation sont démultipliées, puisque chaque application de la loi peut, potentiellement, déclencher une question de constitutionnalité.

2. A travers la justice constitutionnelle, le peuple s'oppose au pouvoir

De ce point de vue, la QPC permet au peuple, non seulement de se représenter en face-à-face, en contraste du pouvoir, mais aussi de résister au pouvoir.

a) S'opposer, c'est se présenter en face-à-face. La QPC permet ici de matérialiser une opposition jusque-là peu visible entre le peuple et le pouvoir politique. Elle déclenche un « procès constitutionnel », qui vise à résoudre un différend entre deux parties : d'un côté le justiciable, et au-delà le peuple, revendiquant le respect de ses droits et libertés ; de l'autre, le législateur, plus exactement les représentants du peuple, qui défendent leur propre vision du droit. Ce face-à-face entre le peuple et ses représentants se matérialise physiquement dans l'instance : d'un côté le requérant et les intervenants volontaires à la procédure, de l'autre, en défense de la loi, le Gouvernement et « les intervenants institutionnels » au procès QPC. Au-delà de ce face-à-face, c'est encore l'opposition entre la loi, élaborée par les représentants du peuple, et les droits et libertés que la Constitution garantit au peuple. Certes, le principe de l'intervention législative n'est plus considéré, depuis un certain temps, comme une garantie suffisante et automatique du respect des droits et des libertés. Reste que la QPC matérialise une franche opposition entre la loi et les droits et libertés, entre le législateur et le justiciable.

b) S'opposer, c'est également refuser. En conduisant à l'abrogation de la loi, la QPC confère au peuple un véritable pouvoir d'empêcher. Alors qu'elle naît d'une opposition individuelle, ponctuelle voire conjoncturelle, la QPC se présente comme le contre-pied du pouvoir de légiférer. Issue du cas concret

qui se présente devant la juridiction saisie *a quo*, elle n'a pas pour objet la neutralisation temporaire et limitée de l'acte par sa non application à un cas particulier. Le mécanisme conduit, au contraire, à l'abrogation de loi avec l'autorité de la chose jugée qui s'attache aux décisions du Conseil constitutionnel. Cette faculté donnée au peuple de s'opposer à la loi est d'autant plus remarquable que la souplesse des conditions de recevabilité permet de forger, de toutes pièces, des situations d'inconstitutionnalité afin de permettre la contestation juridictionnelle de la loi⁹. Elle est d'autant plus importante que l'opposition parlementaire est souvent impuissante et/ou calculatrice dans ses stratégies d'opposition.

3. A travers la justice constitutionnelle, le peuple participe au pouvoir

Plus surprenant, ce rôle d'impulsion dévolu au peuple à travers la QPC n'en est pas moins réel.

a) Prendre part à la législation de manière positive. Le peuple peut, tout d'abord, susciter l'intervention législative. Le dépôt de telle ou telle QPC peut être révélateur de certaines aspirations sociales qui appellent l'intervention du législateur, comme l'illustre l'exemple des deux QPC soulevées en 2010 en matière de droits des couples homosexuels. Surtout, par son effet abrogatif, la QPC peut rendre nécessaire l'intervention du législateur, en particulier lorsque cette dernière est indispensable à la préservation des exigences constitutionnelles. Avec la QPC, le peuple peut également contraindre le législateur à entretenir la constitutionnalité de la loi. Cette dernière fait peser, en effet, sur les représentants du peuple l'obligation d'assurer dans le temps cette constitutionnalité, au besoin en modifiant des dispositions constitutionnelles *ab initio* mais devenue inconstitutionnelles du fait d'un changement de circonstances de droit ou de fait. C'est l'hypothèse de la QPC relative à la Garde à vue, qui fait grief aux représentants de n'avoir pas su adapter la législation à l'évolution des besoins et des pratiques¹⁰.

b) Modifier les équilibres institutionnels au sein du pouvoir. En permettant l'immixtion du peuple dans l'exercice du pouvoir, la QPC conduit à de nouveaux équilibres institutionnels au sein même du pouvoir. Ainsi la QPC a-t-elle des incidences sur l'équilibre entre l'exécutif et le législatif, en forçant, par exemple, le Gouvernement à modifier, à abroger ou à adopter une législation soutenue par le Parlement. C'est l'exemple de la QPC relative à l'hospitalisation sans consentement, qui a accéléré une réforme voulue par les parlementaires mais à laquelle le Gouvernement rechignait¹¹. Elle peut également conduire à de nouveaux équilibres entre la majorité et l'opposition, le peuple pouvant désormais contraindre la majorité à adopter une réforme à laquelle elle répugnait. A travers la QPC, le peuple pèse désormais d'un poids nouveau dans le processus législatif.

Si elle offre au peuple de nouveaux canaux d'expression, la QPC permet également de repositionner le peuple comme objet du pouvoir, ce qui légitime, par contrecoup, le juge constitutionnel. En élargissant les possibilités de contestation des lois, elle confirme que le juge constitutionnel est le gardien de la Constitution du peuple. En restreignant le mécanisme aux droits et libertés que la Constitution garantit, elle conforte le juge constitutionnel dans son rôle de gardien des droits fondamentaux du peuple.

⁹ Sur ce point, voir E. Cartier, « La QPC, instrument de légitimation du législateur ? », in Question sur la Question (QSQ) 3 *De nouveaux équilibres institutionnels ?*, LGDJ, 2014, p. 74, not. p. 94

¹⁰ [Décision n° 2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010](#), M. Daniel W. et autres [Garde à vue], Rec. 179

¹¹ [Décision n° 2010-71 QPC du 26 novembre 2010](#), Mlle Danielle S. [Hospitalisation sans consentement], Rec. 343

B) Le repositionnement du peuple au centre du pouvoir

La QPC permet de mettre l'accent sur deux justifications traditionnelles de la justice constitutionnelle : d'une part, le juge constitutionnel est le gardien de la suprématie de la Constitution voulue par le peuple ; d'autre part, le juge constitutionnel est le garant des droits et libertés fondamentaux. Dans l'un et l'autre cas, c'est le peuple qui devient désormais l'initiateur et l'acteur du respect de « sa » Constitution et de « ses » droits fondamentaux, lui permettant de s'approprier ce qui, jusqu'à présent, lui échappait largement.

1. A travers le juge constitutionnel, le peuple comme gardien de « sa » Constitution

La QPC permet, et tel était bien l'un des objectifs poursuivis par le constituant, au peuple de se « réapproprier » sa propre Constitution.

a) Exiger le respect de « sa » Constitution. Le peuple peut désormais exiger le respect de la Constitution telle qu'il l'a voulue et adoptée. Cette justification traditionnelle du contrôle de constitutionnalité est de plus en plus présente dans le discours de l'institution elle-même, qui ne manque pas de rappeler qu'elle est la gardienne de la norme suprême telle qu'elle a été voulue et approuvée par le peuple¹². Cette justification prend un relief nouveau avec la QPC, car c'est bien le peuple qui, en saisissant le juge constitutionnel, devient le premier gardien de la Constitution. De ce point de vue, la QPC met fin à l'asymétrie d'une procédure qui confiait aux seuls représentants du peuple le respect de la Constitution du peuple, alors même qu'il pouvait être de leur intérêt de s'en affranchir¹³.

b) Contribuer à l'interprétation de « sa » Constitution. Plus encore, la QPC met en lumière une fonction jusqu'à présent largement occultée, en offrant au peuple la possibilité de participer à l'interprétation de sa propre Constitution. En effet, en posant une question de constitutionnalité, le peuple propose une vision de la Constitution et des exigences qu'elle contient. C'est l'exemple de certaines QPC relatives au principe d'égalité, dans lesquelles les requérants s'efforcent de faire reconnaître le principe « à situations différentes, traitement différent » jusqu'à présent refusé par le Conseil constitutionnel¹⁴. D'autres QPC invitent le Conseil constitutionnel à consacrer de nouveaux principes constitutionnels ou proposent une nouvelle lecture de principes existants. Cette participation du peuple à l'interprétation de sa propre Constitution semble très novatrice, dans la mesure où le sens de la Constitution lui échappait jusqu'alors totalement.

2. A travers le juge constitutionnel, le peuple comme acteur de ses droits fondamentaux

Le cantonnement de la QPC aux droits et libertés que la Constitution garantit fait du peuple l'acteur de

¹² Voir notamment les discours du Président Guéna en 2002 et du Président Mazaud en 2005

¹³ Comme le souligne J. Rivero, « on voit mal pourquoi on refuserait au citoyen, qui est, après tout, par l'intermédiaire de ses représentants, l'artisan présumé de la loi, expression de la volonté générale, le droit de vérifier que cette loi, votée par ceux qui ont parlé en son nom, est bien conforme à la Constitution », J. Rivero, « Conclusions », in *Le recours des particuliers devant le juge constitutionnel*, s.d. F. Delpérée, Bruylant, LDGJ, 1991, p. 214, cité par M. Verdussen, *op. cit.* p. 169

¹⁴ Pour un exemple récent, voir la décision 2014-436 QPC du 15 janvier 2015, Mme Roxane S. [Valeur des créances à terme pour la détermination de l'assiette des droits de mutation à titre gratuit et de l'ISF], JORF n°0014 du 17 janvier 2015, page 805

la protection de ces droits, tout en rendant ces derniers parfaitement opposables au pouvoir.

a) La polarisation sur les droits et libertés. La réduction du champ d'application de la QPC aux droits et libertés que la Constitution garantit s'est imposée dès les travaux du Comité Balladur. Elle n'avait, pourtant, rien d'évident. Certes, cette délimitation prend acte du fait que la QPC se voulait tournée vers les citoyens et que, le déclenchement du mécanisme étant entre les mains du justiciable, ce dernier devait trouver un intérêt direct et certain à la procédure. Elle prend également acte de ce que la QPC a été pensée et voulue comme un moyen de concurrencer le contrôle de conventionnalité, qui s'est épanoui précisément dans la défense des droits et libertés. Il n'empêche que ce cantonnement du champ d'application de la QPC n'avait rien d'évident. En témoignent les circonvolutions actuelles de la jurisprudence de l'incompétence négative en matière de QPC, qui soulignent l'arbitraire de la dissociation entre le fond - le respect des droits et des libertés - et les questions de compétence.

b) Le peuple comme titulaire de « vrais » droits opposables au pouvoir. Reste que le mécanisme de la QPC conduit à ce que le peuple devienne titulaire de « vrais » droits subjectifs opposables au pouvoir, dont il peut revendiquer effectivement et concrètement la protection. Elle met ainsi fin à une étrange dissociation entre, d'un côté, des droits et libertés proclamés par le texte constitutionnel et dont le respect s'imposait aux pouvoirs publics, et, de l'autre, l'impossibilité pour les requérants de réclamer la protection juridictionnelle de ces droits devant le juge constitutionnel comme ils pouvaient le faire devant les juridictions de droit commun¹⁵. Avec la QPC, le peuple devient donc acteur de la protection de ses droits et libertés, dont il peut directement revendiquer la protection. Il est ainsi mis fin à une situation quelque peu schizophrène, dans laquelle l'examen de la constitutionnalité de la loi faite par les représentants du peuple était entre les seules mains de ces derniers.

A maints égards, la QPC semble donc modifier durablement le rapport qu'entretient le peuple avec le pouvoir, lui permettant de faire irruption dans l'exercice du pouvoir et de se repositionner en tant qu'objet privilégié du pouvoir. Serait ainsi confirmée l'intuition initiale : la justice constitutionnelle comme canal pour le peuple. Mais la maîtrise de ce canal devient, alors, stratégique ; qui a accès à ce canal, de quelle manière, peut-on le maîtriser, comment y parvenir ? Autant de questions pratiques qui montrent que si l'on peut penser la justice constitutionnelle comme une jonction entre le pouvoir et le peuple, c'est un canal qui échappe, en réalité, largement à ce dernier.

II Constaté que la justice constitutionnelle est un canal qui échappe au peuple

Malgré l'invitation séduisante des organisateurs du colloque à concevoir la justice constitutionnelle comme un canal de participation du peuple au pouvoir, il faut se rendre à l'évidence : le juge constitutionnel échappe très largement au peuple, alors même qu'une fois saisi, il contribue à canaliser, à réguler, voire à contraindre, l'intervention du peuple. Plus encore, le fait même de penser la justice constitutionnelle comme un moyen pour le peuple de participer au pouvoir n'est pas sans conséquence sur la manière de concevoir et la justice constitutionnelle et le peuple, conduisant alors à les éloigner encore davantage.

¹⁵ Sur ce point, voir notamment. O. Pfersmann, « Le recours direct entre protection juridique et constitutionnalité objective », *Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 10 (Dossier : L'accès des personnes à la justice constitutionnelle) - mai 2001

A) Un canal étroit

Peu accessible, étroit, peu maîtrisable, le canal de la justice constitutionnelle demeure difficile à emprunter.

1. Un accès limité

Le juge constitutionnel demeure peu accessible. La saisine *a priori* reste limitée aux représentants du peuple¹⁶. La saisine *a posteriori* repose sur un mécanisme très sophistiqué, qui contraste avec la simplicité du recours direct en inconstitutionnalité, qui n'a jamais été sérieusement envisagé.

a) Un accès subordonné à l'exercice du filtrage. Présentée comme un mécanisme entre les mains du justiciable, la question de constitutionnalité est subordonnée à un système de filtrage qui fonctionne plus ou moins bien ou, plus exactement, fonctionne selon la bonne volonté des juridictions ordinaires et notamment des Cours suprêmes. Si le refus de la juridiction du fond de transmettre une QPC peut être contesté lors d'un appel ou d'un pourvoi en cassation, en revanche, le refus des juridictions suprêmes de saisir le Conseil constitutionnel ne peut faire l'objet d'aucun recours. A cet égard, il est frappant de relever que le droit d'évocation, un temps envisagé pour contourner la difficulté et permettre au Conseil constitutionnel de se saisir d'une question non transmise, maintenait le requérant, et indirectement le peuple, à l'écart du recours contre le refus de transmission¹⁷.

b) Un accès conditionné par les conditions de recevabilité. Parmi les conditions de recevabilité, la deuxième, qui subordonne la QPC au fait que la disposition litigieuse n'ait pas été déjà déclarée conforme à la Constitution dans le dispositif et le motif d'une précédente décision, réduit considérablement le canal ouvert au peuple. Elle remet d'abord en cause le caractère permanent de la surveillance qu'exerce le peuple sur l'exercice du pouvoir : le contrôle de constitutionnalité devient un contrôle à usage unique, qui s'épuise dans son premier – et donc seul – exercice, sauf hypothèse particulière du changement de circonstances. Surtout, elle offre aux représentants du peuple la possibilité d'immuniser la loi, en saisissant préventivement le juge constitutionnel. Depuis l'entrée en vigueur de la QPC, l'instrumentalisation de la saisine *a priori* est flagrante, cette dernière n'étant plus réservée à l'opposition mais se révélant être un outil à la disposition de la majorité¹⁸.

2. Un conduit sinueux

a) Une limitation aux droits et libertés paradoxale. Les règles de procédure ont été clairement exclues du champ d'application de la QPC, de même que les règles relatives à l'exercice de la compétence législative. Cette restriction est curieuse : pourquoi le peuple ne s'intéresserait-il qu'à la préservation de ses droits et libertés et non aux conditions d'élaboration de la norme, c'est-à-dire aux conditions d'expression de la volonté générale ? Elle est surtout paradoxale dans l'optique retenue ; car si la QPC est un moyen pour le peuple de vérifier, de contrôler ce que font ces derniers, elle ne lui permet pas d'obliger ses représentants à exercer correctement, formellement parlant, les prérogatives que le peuple leur a confiées.

¹⁶ Sur ce point, voir les propositions du Comité Balladur d'étendre la saisine du Conseil constitutionnel au Défenseur des droits, qui n'ont pas trouvé d'écho

¹⁷ Sur ce point, voir notamment le rapport Warsmann sur l'application de l'article 61-1 enregistré à l'Assemblée nationale le 5 octobre 2010

¹⁸ C'est l'exemple de la loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public déferée au Conseil constitutionnel à la suite de deux saisines blanches du Président de l'Assemblée nationale et du Président du Sénat

b) Une délimitation des droits et libertés curieuse. La délimitation des droits et libertés que la Constitution garantit, au sens de l'article 61-1 C et telle qu'elle résulte de la jurisprudence constitutionnelle, étonne également. Si la QPC peut être perçue comme un canal de participation du peuple au pouvoir, comment comprendre que l'invocation du principe de libre administration des collectivités territoriales ait été admis sans difficulté, alors que celle de l'article 14 de la Déclaration de 1789, qui pose le principe du consentement à l'impôt, ne l'a pas été, ni celle de l'article 6 qui pose le droit des citoyens à l'élaboration démocratique de la norme¹⁹ et qui justifierait, d'ailleurs, que la méconnaissance des règles de compétence voire de procédure soit mobilisable au soutien d'une QPC ?

3. Un conduit peu maîtrisable

a) Une question qui échappe au peuple. Le débat constitutionnel, tel qu'il s'engage à la suite d'une QPC, fait disparaître le requérant : les faits sont quasi ignorés, l'instance principale s'évanouit derrière la question de constitutionnalité, le contrôle persiste à demeurer abstrait ... A cela s'ajoute qu'en réalité, le débat juridique reste entre les mains du juge. Sa formulation se trouve entre les mains du juge ordinaire, qui précise l'objet de la question et sélectionne les griefs d'inconstitutionnalité. Surtout, la pratique des moyens d'ordre public, transposée sans hésitation à la QPC, confirme que le débat juridique échappe aux requérants. C'est bien le juge qui, une fois saisi, façonne les termes du débat constitutionnel, en examinant la loi au regard des griefs d'inconstitutionnalité qui lui semblent fondés.

b) Une sanction qui échappe au peuple. Le canal de la justice constitutionnelle n'est guère maîtrisable. En témoigne la question des effets de la QPC, qui manifeste une nette dissociation entre la figure du justiciable et celle du peuple. Certes, l'action engagée par le requérant est censée valoir pour le peuple, ce qui explique le choix de la sanction, à savoir l'abrogation et non de la simple neutralisation des effets de la loi. En ce sens, la situation d'inconstitutionnalité révélée par la situation d'un justiciable vaut pour tous les justiciables et, au-delà, pour le peuple tout entier. Mais le résultat de l'action contentieuse est bien plus aléatoire pour le justiciable, qui ne bénéficie pas automatiquement de l'effet utile de la QPC²⁰. Cette dernière repose donc sur un pari risqué, celle selon laquelle le justiciable, plus encore le requérant, veut pour le peuple tout entier et, ce faisant, accepte de ne pas récolter les fruits de son action contentieuse.

A la vision idéalisée d'une participation du peuple au pouvoir à travers le juge constitutionnel succède ainsi un constat plus nuancé, voire désabusé : c'est un canal qui échappe, en réalité, très largement au peuple. Il demeure, pourtant, stratégique et convoité.

B) Un canal stratégique

Si justice constitutionnelle est un nouveau canal de participation, d'opposition, et/ou de contrôle du peuple au pouvoir, comment penser sa position et son rôle, tant par rapport au peuple que par rapport à ses représentants ? La tentation est grande, en effet, de prendre appui sur cette contribution du juge constitutionnel pour proposer d'en repenser le rôle et sa participation à la démocratie.

¹⁹ A ce sujet, voir A.-M. Le Pourhiet, « Question prioritaire de constitutionnalité, démocratie et séparation des pouvoirs », *Constitutions*, 2011, p. 47 et s.

²⁰ Pour une présentation de la jurisprudence récente, voir le « A La Une » du mois de septembre 2014 du Conseil constitutionnel sur l'effet dans le temps des décisions QPC

1. Quelle vision du juge constitutionnel ?

De simple canal, le juge constitutionnel peut-il devenir relais, intermédiaire, porte-parole, peut-être même représentant du peuple ?

a) Le juge constitutionnel comme passage. Au sens propre, le canal est un lieu de passage physique. Au sens figuré, il est un intermédiaire. La distinction n'est pas neutre : dans quelle mesure l'emprunt du canal de la justice constitutionnelle peut-il transformer, voire dénaturer, la volonté du peuple ? Avant même la question de la neutralité de la justice constitutionnelle, il faut convenir que le canal transforme la volonté du peuple en la juridictionnalisant. Car si le peuple participe, par l'intermédiaire de la justice constitutionnelle, à l'exercice du pouvoir, il ne peut le faire que sur la base d'arguments juridiques et, plus exactement, constitutionnels. Il se trouve donc contraint de présenter ses prétentions en termes juridiques, voire de transformer ses revendications sociales, politiques, ou économiques en termes juridiques. C'est supposer que l'opportunité politique d'une loi est convertible en arguments de droit, ce qui ne va pas toujours de soi²¹.

b) Du canal à la représentation. La tentation est grande de vouloir faire du juge constitutionnel, sous prétexte qu'il permettrait de faire entendre la voix du peuple dans la sphère du pouvoir, un représentant du peuple. Le raccourci est tentant : puisque le peuple participe au pouvoir par le biais d'un intermédiaire, ce dernier s'insère dans une logique de représentation et devient alors un représentant²². Mais pourquoi vouloir inscrire à tout prix le juge constitutionnel dans la démocratie représentative, surtout lorsque compte tenu des ambiguïtés voire des contradictions que recèle cette notion ? D'autant que cette transformation du juge constitutionnel en représentant engendre une transformation, peut-être même une dénaturation, de la notion même de démocratie²³.

2. Quelle vision de la démocratie ?

Si la justice constitutionnelle n'est pas entre les mains du peuple, il n'en demeure pas moins qu'elle renforce la participation des citoyens à la prise de décision et donc à l'exercice du pouvoir politique. Ne peut-on pas, dans ces conditions, s'inscrire dans une logique inductive de la démocratie, voire dans une logique de « démocratie participative » ? Mal aimée, souvent décriée, cette notion est ici prise dans son sens le plus simple, pour désigner le renforcement de la participation du peuple à la prise de décision.

Plusieurs traits de la QPC pourraient s'inscrire dans une logique de démocratie participative. La QPC est, tout d'abord, un instrument entre les mains du « n'importe qui » ou, plus exactement du « quiconque » : quiconque peut demander l'anéantissement de la loi expression de la volonté générale et acquiert ainsi une place dans le processus démocratique. Certes, ce point ne doit pas être surestimé car il y a souvent, derrière le quiconque et le justiciable, des institutions, des groupes, des associations ... mais qui sont loin d'avoir le monopole des QPC. La QPC favorise, ensuite, la mobilisation citoyenne. Sur ce point, on doit constater que la deuxième condition de recevabilité incite indéniablement le peuple à se mobiliser derrière le justiciable : l'intervention de tiers ayant été admise de manière très libérale, tous ceux qui ont intérêt à voir la disparition d'un dispositif législatif sont invités à se mobiliser

²¹ En atteste la position de F. Goguel, rapporteur de la décision sur la loi IVG de 1975 qui confesse être politiquement contre la légalisation du recours à l'IVG tout en admettant qu'il ne dispose pas, juridiquement, d'arguments contre

²² Sur ce point, voir notamment M. Troper, « Démocratie continue et justice constitutionnelle », in D. Rousseau (dir.), *La démocratie continue*, Paris-Bruxelles, LGDJ-Bruylant, 1995, p. 132-133

²³ A ce sujet, voir notamment la démonstration de J.-M. Denquin, « Que veut-on dire par « démocratie » ? L'essence, la démocratie et la justice constitutionnelle », *Jus Politicum*, n°2, 2009

dans des délais très courts²⁴. Enfin, la QPC peut également être vue comme un instrument de terrain : elle prend naissance dans un litige concret, prend en compte l'application de la loi, bien que le contrôle demeure abstrait, et permet de faire remonter les préoccupations de terrain et les réalités jusqu'au juge constitutionnel, qui n'est plus isolé dans la tour d'ivoire du contrôle a priori. De ce point de vue, mérite d'être souligné le rôle des juridictions de renvoi qui, lorsqu'elles sont amenées à apprécier le caractère sérieux ou nouveau de la question posée, sont attentives aux revendications émanant de la société. Pour fonder le renvoi de la question portant sur le mariage entre personnes de même sexe, la Cour de cassation estime ainsi que « *les questions posées font aujourd'hui l'objet d'un large débat dans la société, en raison, notamment, de l'évolution des mœurs et de la reconnaissance du mariage entre personnes de même sexe dans les législations de plusieurs pays étrangers ; que, comme telles, elles présentent un caractère nouveau au sens que le Conseil constitutionnel donne à ce critère alternatif de saisine* »²⁵.

Il s'agit là, sans nul doute, mais c'est ce à quoi invitait le projet scientifique du colloque, d'une lecture idéalisée de la justice constitutionnelle. Cette dernière peut être pensée comme une manière de revaloriser la place du peuple, et indirectement le rôle du juge, dans l'espace public et donc sur la scène démocratique. Cette lecture est, convenons-en, illusoire, car la justice constitutionnelle, et plus particulièrement le mécanisme de la QPC, échappent très largement au peuple. Mais elle n'est que plus exigeante, car elle invite à adapter les mécanismes juridictionnels à cette ambition et à repenser, ou à renouveler les analyses traditionnelles pour le « nouveau constitutionnalisme » espéré par Stéphane Mouton.

²⁴ Voir à ce sujet le récapitulatif disponible sur le site du Conseil constitutionnel « A la Une » [Octobre 2014 : Les interventions en QPC de 2010 au 31 août 2014](#)

²⁵ Cass. Civ. 16 novembre 2010, n°10-40042