

Université Jean Moulin Lyon III

Faculté de Droit

Année universitaire 2012/2013

La légitimation du système français de justice constitutionnelle

Par Aïda MANOUGUIAN

Sous la direction de

Stéphane Caporal, Professeur à l'Université Jean Monnet Saint-Etienne

Mémoire de recherche présenté en vue de l'obtention du

Master 2 Droit public fondamental

**La légitimation du système français
de justice constitutionnelle**

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans ce mémoire ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

PREFACE

Stéphane CAPORAL

Professeur à l'Université de Saint-Etienne

Doyen honoraire de la Faculté de droit

Le travail que publie aujourd'hui Mademoiselle Aïda Manouguian sur la légitimation du système français de justice constitutionnelle est issu d'un mémoire soutenu en juin 2013 pour l'obtention du master de droit public fondamental et sa qualité a contribué à lui ouvrir largement les portes de l'accès aux études doctorales.

Cette recherche trouve son point de départ dans la lecture des actes du colloque organisé à Berlin en 2006, par Olivier Beaud et Pasquale Pasquino, autour de la controverse sur le gardien de la constitution et la justice constitutionnelle, autrement dit de la polémique qui opposa Carl Schmitt et Hans Kelsen au cours des années 1930. Si l'on comprend aisément ce que ce choc des Titans peut avoir de fascinant pour un étudiant qui s'emploie à gravir les marches du temple de la doctrine, comme aurait dit Jean Rivero, on en mesure aussi les dangers : en l'occurrence, le risque était grand de venir grossir le flot déjà abondant des écrits consacrés à la confrontation des deux courants sans rien apporter de nouveau et de se briser sur l'écueil d'une contradiction finalement insurmontable.

Ce risque, Mademoiselle Manouguian a su l'éviter, convaincue qu'elle était de l'intérêt des questions de théorie constitutionnelle que soulevait la controverse et tout particulièrement de celle consistant à essayer de « concilier la justification d'un pouvoir ici confié aux juges avec la démocratie » comme l'avaient écrit les organisateurs du colloque. Cette conviction l'a très vite amenée à concentrer sa réflexion sur le système français de justice constitutionnelle et sur sa légitimation. Légitimation et non point légitimité, parce que son travail n'a pas vocation à s'interroger sur la légitimité – ou sur l'illégitimité – du contrôle français de constitutionnalité des lois. Il vise plus simplement, mais peut-être aussi plus profondément, à analyser les justifications que fournissent les écrits doctrinaux ou qui

ressortent de l'examen des décisions du Conseil constitutionnel dans le but de dégager « les *fondements* de légitimité sur lesquels » le système de justice constitutionnelle repose.

En d'autres termes, l'auteur a cherché sur quoi se fondaient les discours de légitimation tenus tant à l'Université que dans l'aile Montpensier du Palais-Royal, c'est-à-dire sur quel présupposé de légitimité – au sens de définition a priori de celle-ci –, mais il lui a fallu pour ce faire proposer une classification des présupposés habituellement retenus par les études portant sur la légitimité et écarter les explications antinomiques que sont d'un côté le consentement des gouvernés et, de l'autre, la validité normative chère au positivisme kelsenien. Procéder autrement eut été s'exposer à un nouvel écueil, puisque le premier présupposé n'aurait pas permis de justifier l'évolution du droit constitutionnel jurisprudentiel, lequel a conduit à de véritables changements informels de la Constitution, et que le second se serait résumé à une tautologie, le juge constitutionnel étant légitime du seul fait qu'il a compétence pour contrôler la constitutionnalité des lois.

Admettant que les discours de légitimation varient selon le présupposé de légitimité sur lequel ils se fondent et qu'ils sont donc nécessairement subjectifs, Mademoiselle Manouguian, établit clairement que le discours dominant de légitimation du système français de justice constitutionnelle repose aujourd'hui sur un substrat idéologique de protection des droits de l'homme. Cependant, elle ne s'arrête pas à cette première étape ; l'ayant franchie, elle s'attache encore à démontrer que le phénomène qu'elle vient d'étudier est à la source d'un « d'un ordre constitutionnel nouveau, dans lequel l'existence de la justice constitutionnelle est présentée comme indispensable ». Derrière la légitimation de la question prioritaire de constitutionnalité et, plus généralement, du système français de justice constitutionnelle elle aperçoit un véritable changement de nature du droit constitutionnel désormais caractérisé par un double phénomène de juridictionnalisation et subjectivisation et, plus loin encore, elle discerne une transformation radicale de la notion de démocratie. Dans le constitutionalisme, la démocratie n'est plus le pouvoir du peuple mais de l'individu, elle ne s'adresse plus au citoyen mais au justiciable, elle n'a plus pour finalité la liberté politique des Anciens mais la liberté individuelle des Modernes de Benjamin Constant et, s'étant confondue avec l'affirmation des valeurs du libéralisme, elle finit par s'identifier entièrement à la protection des droits fondamentaux.

Selon une heureuse expression d'Aïda Manouguian, à une démocratie « du peuple, par le peuple pour le peuple » s'est substituée une « *démocratie du juge, par le droit pour l'individu* » ; mais, le lecteur se surprend alors à se demander en quoi un tel régime peut-il bien être démocratique. Car, à la suite de Jean-Marie Denquin, l'auteur observe que si la démocratie s'entend comme « le régime qui fonde et garantit le règne des droits fondamentaux », alors la démocratie par le droit ne signifie rien d'autre que « les droits fondamentaux par le droit » ou, pour le dire encore plus simplement, « le droit par le droit ». Un droit « souverain et autosuffisant » qui s'hypertrophie en quelque sorte jusqu'à prendre intégralement la place du politique au nom d'une revendication subjectiviste illimitée obligeant à constater que « *La finalité axiologique de l'Etat de droit peut donc conduire à déposséder le peuple de sa souveraineté, au nom de sa protection* ». Ce n'est pas le moindre mérite du travail de Mademoiselle Manouguian que d'avoir mis en lumière cette aporie de la théorie moderne de l'Etat.

Remerciements

Je remercie mon directeur de mémoire, Monsieur le professeur Stéphane Caporal, qui fut l'aiguilleur bienveillant de mon travail de recherche. Je le remercie singulièrement pour la confiance dont il m'a honorée ; confiance d'autant plus précieuse qu'elle m'a permis de préserver cette liberté sans laquelle toute activité intellectuelle me semblerait vaine.

Je remercie Monsieur le professeur Aurélien Antoine pour avoir accepté de juger ce travail, ainsi que pour ses remarques substantielles.

J'adresse mes sincères remerciements à Monsieur le professeur David Mongoin pour ses conseils et sa disponibilité.

Je ne saurais manquer d'exprimer ma profonde gratitude à Monsieur le professeur Philippe Blachère pour son soutien permanent.

Mes remerciements vont également à l'ensemble des professeurs du Master 2 Droit public fondamental pour la richesse de leurs enseignements.

Enfin, je remercie ma famille et mes proches pour la constance de leurs encouragements.

SOMMAIRE

| | |
|---|-----|
| INTRODUCTION..... | 1 |
| PREMIERE PARTIE – LES FORMES DE LEGITIMATION DU SYSTEME FRANÇAIS DE JUSTICE CONSTITUTIONNELLE..... | 15 |
| CHAPITRE 1 – La justification organique : la justice constitutionnelle comme moyen légitime..... | 17 |
| Section 1 – La légitimation d’un gardien juridictionnel de la Constitution..... | 17 |
| Section 2 – La neutralisation de l’idiosyncrasie du juge constitutionnel..... | 33 |
| CHAPITRE 2 – La justification fonctionnelle : la justice constitutionnelle comme fin légitime..... | 47 |
| Section 1 – Les bases constitutionnalistes de la justice constitutionnelle..... | 47 |
| Section 2 – La justice constitutionnelle au service du néo-constitutionnalisme..... | 58 |
| SECONDE PARTIE – LÉGITIMATION DU SYSTEME FRANÇAIS DE JUSTICE CONSTITUTIONNELLE ET NOUVEL ORDRE CONSTITUTIONNEL..... | 71 |
| CHAPITRE 1 – Le renouvellement des fondements du droit constitutionnel..... | 75 |
| Section 1 – Une redéfinition : la notion de Constitution..... | 75 |
| Section 2 – Le droit constitutionnel institutionnel en perte..... | 88 |
| CHAPITRE 2 – Le bouleversement des paradigmes démocratiques..... | 97 |
| Section 1 – Les bouleversements idéels des paradigmes démocratiques..... | 97 |
| Section 2 – Les bouleversements factuels des paradigmes démocratiques..... | 108 |
| CONCLUSION GENERALE..... | 117 |
| BIBLIOGRAPHIE..... | 119 |
| TABLE DES MATIERES..... | 133 |

PRINCIPALES ABREVIATIONS

| | |
|------------|---|
| AJDA | Actualité juridique – Droit administratif |
| Art. préc. | Article précité |
| CAA | Cour administrative d’appel |
| CCC | Cahiers du Conseil constitutionnel |
| CE | Conseil d’Etat |
| CEDH | Cour européenne des droits de l’homme |
| Chron. | Chronique |
| CJUE | Cour de justice de l’Union européenne |
| Cons. | Considérant |
| D. | Recueil Dalloz |
| DC | Décision du Conseil constitutionnel rendue sur examen de conformité à la Constitution |
| Ed. | Edition |
| Ibid. | Ibidem |
| JORF | Journal officiel de la République française |
| LGDJ | Librairie générale de droit et de jurisprudence |
| LPA | Les petites affiches |
| N° | Numéro |
| Op. cit. | Opere citato |
| P. | Page |
| Préc. | Précité |
| PUAM | Presse universitaire d’Aix-Marseille |
| PUF | Presse universitaire de France |
| RDLF | Revue de droits et libertés fondamentaux |
| RDP | Revue du droit public et de la science politique en France et à l’étranger |

Req.

RFDA

RFDC

RIDC

S.

V.

Requête

Revue française de droit administratif

Revue français de droit constitutionnel

Revue internationale de droit comparé

Suivant

Voir

EPIGRAPHE

« La justice est ce qui est établi ; et ainsi toutes nos lois établies seront nécessairement tenues pour justes sans être examinées puisqu'elles sont établies ».

Pascal

« Il y a des objets sur lesquels le législateur n'a pas le droit de faire une loi. La volonté de tout un peuple ne peut rendre justice ce qui est injuste, et les représentants d'une nation n'ont pas le droit de faire ce que la nation n'a pas le droit de faire elle-même. »

Benjamin Constant

« Je sais qu'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. »

Alexis de Tocqueville

« En France, la Cour suprême, c'est le peuple ».

Charles de Gaulle

« c'est une chose bien commode que la critique ; car où on l'attaque avec un mot, il faut des pages pour se défendre »¹

Des maintes diatribes formulées par la doctrine à l'encontre du Conseil constitutionnel, celle de René de Lacharrière fut assurément la plus virulente. Qualifiant son office de « censure suprême qui, sans offrir les garanties traditionnelles de hautes juridictions, et en s'attribuant des pouvoirs que les textes constitutionnels ne lui accordent pas ou lui dénie explicitement, domine désormais l'ensemble de notre édifice politique », il affirmait subséquemment que « l'usurpation est toute entière accomplie par le Conseil constitutionnel du jour où il s'est autorisé à faire parler, dans le sens qu'il estime bon, les principes dont la mise en œuvre est attribuée au législateur par la Déclaration de 1789 et le Préambule de 1946 »².

Vilipendé de toutes parts sitôt qu'il s'est reconnu compétent pour contrôler la conformité d'une loi au Préambule de la Constitution, le Conseil constitutionnel a formé le dessein de s'extraire du banc des accusés afin d'accéder au rang de Juge. Dans cette perspective, il a développé une jurisprudence audacieuse et circonspecte, lui permettant de s'ériger en protecteur des droits et libertés³. Audacieux, il le fut le 16 juillet 1971⁴, lorsqu'il incorporait la liberté d'association au nombre des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République découlant du Préambule de la Constitution de 1946. En visant la Constitution « et notamment son Préambule », le Conseil constitutionnel a provoqué, selon la formule de Jean Rivero, une « remise en cause de quelques-uns des principes fondamentaux

¹ Observations de Jean-Jacques Rousseau, De Genève. *Sur la réponse qui a été faite à son discours*, Paris, 1751.

² R. de Lacharrière, « Opinion dissidente », *Pouvoirs*, n°13, 1980, p. 141.

³ Telle fut d'ailleurs, dès 1971, le constat de Jean Rivero : « L'audace était nécessaire pour poser, contre une tradition que rien ne justifiait, les bases de la protection des libertés contre la loi. Le Conseil, conscient des difficultés que peuvent soulever la construction de l'édifice saura à coup sûr montrer, dans la poursuite de son œuvre, la prudence sans laquelle l'audace initiale risquerait d'être privée des lendemains qu'on en peut espérer », J. Rivero, Note sous la Décision du 16 juillet 1971, *AJDA*, 1971, p. 537.

⁴ Décision n°71-44 DC du 16 juillet 1971, *Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association*, *JORF* du 18 juillet 1971, p. 7114. Cette décision avait déjà été annoncée un an auparavant par une décision n°70-39 DC du 19 juin 1970, *JORF* du 21 juin 1970 p. 5806.

d'une tradition constitutionnelle dont les racines se trouvent dans la Déclaration de 1789 »⁵. Circonspect toutefois, en ce qu'il rappelle inlassablement que l'article 61 de la Constitution ne lui confère pas « un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement »⁶.

Corrélativement, sa défense fut assurée par la doctrine, dont le travail de légitimation fut tel qu'aujourd'hui, les dithyrambes ont largement supplanté les vitupérations. En 1980, le jugement de René de Lacharrière constituait déjà une « opinion dissidente ». A l'heure des propositions de réforme du mode de désignation des membres - la présence des anciens Présidents de la République comme membres de droit à vie faisant l'objet d'une critique unanime de la doctrine⁷ - sa légitimité pourrait paraître acquise. Pourtant, en dépit du phénomène de « constitutionnalisation des branches du droit » et de la « juridicisation du droit constitutionnel »⁸, le procès du Conseil constitutionnel n'est pas clos, ses décisions suscitant encore l'ire de la doctrine⁹ et, immanquablement, de la classe politique. Le Conseil constitutionnel est donc toujours en quête de légitimité.

Si cette quête s'avère malaisée, assurément, les justifications apportées à la justice constitutionnelle le sont également. En ce sens, le professeur Michel Troper souligne qu'aucune justification du contrôle de constitutionnalité n'est convaincante, et qu'il s'agit d'un « échec de la doctrine, non celui de l'institution elle-même »¹⁰. De même, le professeur

⁵ J. Rivero, Note sous la Décision du 16 juillet 1971, *art. préc.*, p. 537. Remise en cause qui ne résulterait pourtant – l'anecdote est insolite – que de la rancœur de Gaston Palewski, Président du Conseil, de ne pas avoir été promu à la dignité de Grand-croix de la Légion d'honneur le 14 juillet 1971 par le Président Georges Pompidou. Ce fait est rapporté par le professeur Dominique Rousseau, *Sur le Conseil constitutionnel. La doctrine Badinter et la démocratie*, Descartes et Cie, 1997, p. 13.

⁶ Décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975, *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse* (cons. 1), *JORF* du 16 janvier 1975, p. 671.

⁷ V. notamment, O. Beaud et P. Wachsmann, « Révisons la Constitution ! », *Le Monde*, 11 mars 2011.

⁸ Ces deux phénomènes furent conceptualisés dès 1980 par le doyen Favoreu. V. notamment, L. Favoreu, « L'appart du Conseil constitutionnel au droit public », *Pouvoirs*, n°13, 1980, p. 17.

⁹ En ce sens, v. notamment Ph. Blachère, « Le Conseil constitutionnel en fait-il trop ? », *Pouvoirs*, n°105, 2003, p. 17 ; « Vers un gouvernement du juge constitutionnel ? », *AJDA*, 2010, p. 465. Récemment, à propos de la décision n°2012-662 DC du 29 décembre 2012, *Loi de finances pour 2013*, v. M. Collet, « Les Sages en font-ils trop ? », *Le Monde*, 3 janvier 2013 et « Le Conseil constitutionnel teste sa légitimité », *Libération*, 21 mars 2013.

¹⁰ M. Troper, « La logique de justification du contrôle de constitutionnalité des lois » in *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs. Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Dalloz, 2003, p. 911. Dans le même sens, le professeur Jean-Marie Denquin estime que « les réponses généralement données à la question de la légitimité du

Pierre Brunet affirme que « la question la plus difficile que la théorie constitutionnelle ait à affronter est bien évidemment celle de la justification de l'existence même du contrôle de constitutionnalité »¹¹. Cette difficulté révèle immanquablement le malaise que peut susciter, aujourd'hui encore, l'avènement de la justice constitutionnelle.

Pour comprendre ce malaise, nous nous attacherons à analyser les discours formulés par la doctrine, singulièrement française, pour légitimer l'existence et le rôle de la justice constitutionnelle, mais également les méthodes employées par le Conseil pour justifier son rôle. Toutefois, le présent travail de recherche n'a guère la prétention de s'interroger sur la légitimité – ou l'illégitimité – du système français de justice constitutionnelle. Il s'agira plus simplement de s'attacher à étudier les *fondements* de légitimité sur lesquels ce système repose. La démarche consistera donc à analyser les présupposés et limites qui sous-tendent les discours et méthodes de légitimation. Par conséquent, il ne sera pas question d'analyser exclusivement la jurisprudence du Conseil constitutionnel, qui ne permet pas d'appréhender dans leur ensemble les soubassements théoriques des justifications apportées au contrôle de constitutionnalité des lois.

Précisons dès à présent que la notion de justice constitutionnelle sera entendue au sens de ce que Charles Eisenmann appelait cette « sorte de justice ou mieux de juridiction qui porte sur les lois constitutionnelles »¹². Il nous apparaît en effet nécessaire de retenir une acception stricte de la notion, c'est-à-dire sa dimension organique – le Conseil constitutionnel – et matérielle – le contrôle de constitutionnalité des lois¹³. Dès lors, l'étude portera sur le Conseil constitutionnel en tant que juge de la constitutionnalité des lois, à l'exclusion de ses autres compétences, notamment en matière électorale. Au surplus, dans le cadre de ces

juge constitutionnel ne sont pas satisfaisantes. Les thèses en présence, quel que soit par ailleurs leur argumentaire, ont en commun de justifier ce qui existe », J-M. Denquin, « Justice constitutionnelle et justice politique » in C. Grewe, O. Jouanjan, E. Maulin, P. Wachsmann (sous la direction de), *La notion de « justice constitutionnelle »*, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », 2005, p. 75.

¹¹ P. Brunet, « Le juge constitutionnel est-il un juge comme les autres ? Réflexions méthodologiques sur la justice constitutionnelle » in C. Grewe, O. Jouanjan, E. Maulin, P. Wachsmann (sous la direction de), *La notion de « justice constitutionnelle »*, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », 2005, p. 115.

¹² C. Eisenmann, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, préface H. Kelsen, 1928, rééd. Economica-PUAM, 1986, avant-propos G. Vedel, p. 1.

¹³ Ce postulat nous permettra de concentrer l'analyse sur les justifications les plus problématiques. Pour une meilleure appréhension des difficultés qui peuvent résulter de la notion de justice constitutionnelle, v. C. Grewe, O. Jouanjan, E. Maulin, P. Wachsmann (sous la direction de), *La notion de « justice constitutionnelle »*, *op. cit.*, 415 p.

prolégomènes, aucune définition fonctionnelle *a priori* ne sera proposée dans la mesure où, précisément, les discours de légitimation que nous serons amenée à analyser formulent différemment cette définition.

L'étude du *système français* participe d'une volonté d'exclure le présupposé d'un « modèle européen » de justice constitutionnelle. En effet, l'opposition entre « modèle européen » et « modèle américain », conceptualisée par le doyen Favoreu¹⁴, ne nous semble pas appropriée à l'étude de la justification du contrôle de constitutionnalité des lois en France. Deux raisons nous conduisent à une telle affirmation. Tout d'abord l'organisation française de la justice constitutionnelle se soustrait aux schémas européens. Ainsi, le professeur Dominique Rousseau a relevé plusieurs spécificités de la justice constitutionnelle française quant au mode de désignation, de fonctionnement et de contrôle du Conseil constitutionnel. S'agissant du mode de désignation, la nomination par des autorités politiques telle qu'elle est organisée en France est unique en Europe¹⁵. S'agissant de son fonctionnement, le professeur Dominique Rousseau démontre que le service juridique du Conseil constitutionnel est le plus modeste d'Europe. Sa « structure légère » le rend ainsi singulier par rapport aux « structures lourdes » des autres Etats¹⁶. Enfin, s'agissant du contrôle, ce n'est qu'en 2010, c'est-à-dire cinquante-deux ans après la création du Conseil constitutionnel, que la France s'est ralliée aux autres Etats européens en permettant au Conseil d'exercer un contrôle *a posteriori* sur les lois promulguées, contrôle *a posteriori* qui n'est pas, contrairement à d'autres, « la modalité de contrôle de droit commun »¹⁷. Au surplus, l'exclusion de tout acte de l'Exécutif du champ de contrôle est une solution spécifique à la France.

¹⁴ L. Favoreu, W. Mastor, *Les cours constitutionnelles*, Dalloz, 2011, 161 p.

¹⁵ D. Rousseau, *La justice constitutionnelle en Europe*, Montchrestien, 3^e ed., 1998, p. 49 et s. Au surplus, le professeur Olivier Jouanjan souligne que la France est le seul Etat dans lequel les membres ne sont pas désignés par le Parlement, et où aucune condition de compétence juridique n'est posée, O. Jouanjan, « Le Conseil constitutionnel est-il une institution libérale ? », *Droits*, n°43, 2006, p.73.

¹⁶ D. Rousseau, *ibid.*, p. 63 et s.

¹⁷ D. Rousseau, *ibid.*, p. 77 et s. Il relève ainsi les cas de l'Autriche, de l'Allemagne, de l'Italie, de l'Espagne, du Portugal, de la Belgique, de la Pologne, de la Bulgarie, de la Croatie, de la Hongrie et de la Slovénie. En outre, dans de nombreux Etats européens, les justiciables peuvent saisir directement la Cour constitutionnelle de l'inconstitutionnalité d'un acte législatif, exécutif ou juridictionnel, ce qui n'est pas le cas en France puisque la question prioritaire de constitutionnalité prévoit un mécanisme de filtre à travers la saisine préalable des juges ordinaires, D. Rousseau, *ibid.*, p. 85 et s.

Ensuite, l'exclusion de la construction doctrinale qui tend à présenter le Conseil constitutionnel comme s'insérant dans un cadre européen s'explique par notre objet d'étude. L'analyse des discours de légitimation de la justice constitutionnelle ne peut en effet s'affranchir du cadre historique dans lequel ils s'insèrent. Or il s'avère que l'avènement de la justice constitutionnelle dans les différents pays d'Europe n'a pas procédé des mêmes causes. En Allemagne et en Italie, la création d'une cour constitutionnelle a fait suite aux événements tragiques de la Seconde guerre mondiale. De même, en Espagne, c'est postérieurement à la chute du régime franquiste qu'un contrôle de constitutionnalité des lois est apparu nécessaire. L'histoire est déterminante en ce qu'elle imprègne la culture d'un pays, ses traditions, ses modes de pensée et ses présupposés. Dès lors, on ne saurait appréhender les justifications du contrôle de constitutionnalité des lois de manière analogue dans un Etat qui, comme l'Allemagne ou l'Italie, renaissait de ses cendres après les méfaits du totalitarisme, et dans la France de 1958, voire 1971. Ainsi, même si le Conseil constitutionnel aspire aujourd'hui à se hisser au niveau des « standards » des Cours constitutionnelles européennes¹⁸, sa singularité, et celle de l'histoire constitutionnelle de la France, demeurent. S'attacher à l'analyse du *système français* nous permet donc de souligner la singularité de la justice constitutionnelle en France et, de manière subséquente, les spécificités de sa justification.

L'étude du *système français* de justice constitutionnelle nous conduit également à exclure ce qui est appelé, de façon axiomatique, le « modèle kelsenien » de justice constitutionnelle¹⁹. Assurément, Hans Kelsen fut un défenseur indéfectible du contrôle juridictionnel des lois exercé par une cour spéciale. Dès 1928, dans un article paru à la *Revue de Droit public*, le maître de Vienne soutenait la thèse selon laquelle la juridiction constitutionnelle est la « garantie principale et la plus efficace de la Constitution »²⁰. Son

¹⁸ Pour Jean-Louis Debré, Président du Conseil constitutionnel, la QPC traduit « une conception moderne, analogue à celle de nos voisins européens, de la Cour suprême constitutionnelle », J-L. Debré, « Discours de clôture », Colloque du cinquantenaire du Conseil constitutionnel, 3 novembre 2008.

¹⁹ Nous rejoignons sur ce point l'analyse du professeur Olivier Beaud. Celui-ci considère en effet qu'« ériger Kelsen en père fondateur du contentieux constitutionnel, c'est un peu faire de l'histoire de la justice constitutionnelle racontée à des enfants ». En ce sens, il affirme qu'au-delà des apories de la pensée de Kelsen sur la justification de la justice constitutionnelle, qui aurait du mal à être conciliée avec sa théorie de la démocratie, la doctrine française instrumentalise la pensée de Kelsen, puisque ce dernier n'excluait pas qu'une telle juridiction ait un caractère hautement politique, O. Beaud, « Kelsen contre Schmitt : un dialogue de sourds ? » in O. Beaud, P. Pasquale (sous la direction de), *La controverse sur le « gardien de la Constitution » et la justice constitutionnelle. Kelsen c/ Schmitt*, Paris, Panthéon-Assas éditions, 2007, p. 197.

²⁰ H. Kelsen, « La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle) », *RDP*, 1928, p. 197.

influence ne saurait donc être minimisée, d'autant qu'il fut le père fondateur de la Cour constitutionnelle d'Autriche²¹. Cependant, ses préconisations sont très éloignées de l'état du droit positif français. Plusieurs exemples permettent de corroborer ce propos. D'abord, Hans Kelsen considérait qu'il fallait étendre la compétence de la juridiction constitutionnelle aux règlements²², ce qui ne relève évidemment pas de la compétence du Conseil constitutionnel. Ensuite, et surtout, le juriste autrichien refusait que puisse être exercé par la juridiction constitutionnelle un contrôle de conformité de la loi aux préambules et déclarations de droit. Selon lui, si les dispositions d'une Constitution contiennent de la « phraséologie », « la puissance du tribunal serait alors telle qu'elle devrait être considérée comme simplement insupportable »²³. Or depuis 1971, le Conseil constitutionnel contrôle la conformité des lois au Préambule de la Constitution de 1958, qui renvoie à des textes dont les formules sont soit extrêmement vagues - s'agissant de la Déclaration de 1789 – soit de faible portée normative – s'agissant de la Charte de l'environnement²⁴. Le Conseil est donc nécessairement conduit à faire œuvre d'interprétation, interprétation qui était pourtant, selon Kelsen, dangereuse²⁵. Enfin, il préconisait que l'annulation prononcée par la juridiction constitutionnelle soit enfermée dans un délai fixé par la Constitution afin de ne pas remettre en cause les lois en vigueur²⁶, ce qui est pourtant permis depuis le 1^{er} mars 2010 par le mécanisme de la question prioritaire de constitutionnalité. Dès lors, nous ne considérons pas, selon la formule du doyen Favoreu, qu'« au commencement était Kelsen »²⁷, mais qu'au commencement était l'histoire

²¹ La Cour constitutionnelle d'Autriche fut créée par une loi constitutionnelle du 25 janvier 1919.

²² Pour le maître de Vienne, « c'est la juridiction constitutionnelle qui est certainement l'instance la plus qualifiée pour prononcer l'annulation des règlements illégaux (...) parce qu'il y a une affinité intime entre le contrôle de la constitutionnalité des lois et celui de la légalité des règlements, du fait de leur caractère général », H. Kelsen, *ibid.*, p. 230.

²³ H. Kelsen, *ibid.*, p. 241.

²⁴ Loi constitutionnelle n°2005-205 du 1^{er} mars 2005.

²⁵ Il considérait en effet qu'en l'absence de fixation par la Constitution d'une « direction précise » ou d'« un critérium objectif quelconque », il serait très dangereux de « faire dépendre le sort de toute loi votée par le Parlement du bon plaisir d'un collège composé d'une façon plus ou moins arbitraire au point de vue politique, comme le tribunal constitutionnel », H. Kelsen, *ibid.*, p. 241.

²⁶ « il est extrêmement regrettable d'avoir à annuler une loi et bien plus encore un traité pour inconstitutionnalité, après qu'ils ont été en vigueur sans être critiqués pendant de longues années déjà », H. Kelsen, *ibid.*, p. 242.

²⁷ L. Favoreu, « Actualité et légitimité du contrôle juridictionnel des lois en Europe occidentale », *RDP*, 1984, p. 1174.

constitutionnelle française ; au commencement était la prépondérance du Parlement ; au commencement était le légicentrisme.

C'est en effet presque un truisme de rappeler qu'en France, depuis 1789, le légicentrisme rendait toute idée de contrôle juridictionnel des lois inadmissible. Sous l'Ancien Régime, la question ne pouvait se poser puisque, en dépit du pouvoir de remontrance du Parlement, la loi était l'expression de la volonté du Roi, titulaire de la souveraineté²⁸. « Qui veut le Roy, si veut la loy »²⁹. Dès lors, le Roi ne pouvait se voir contraint que par la loi naturelle, la loi divine ou les lois fondamentales du Royaume. Bref, par l'*au-delà normatif*. La Révolution française a cependant provoqué un changement substantiel de paradigme. A partir de 1789, le pouvoir souverain n'est plus, selon la formule de Jean Bodin, cette « puissance absolue et perpétuelle », mais une *puissance légiférante de la Nation en son Parlement*. « Expression de la volonté générale » selon l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, la loi ne pouvait mal faire. Par conséquent, le Parlement, dépositaire de la souveraineté nationale, ne pouvait souffrir de contrôle. Pourtant, l'histoire de la Révolution française n'est pas exempte de propositions tendant à l'instauration d'un contrôle de la conformité des lois à la Constitution. Déjà en 1791, Buzot et Pétion s'interrogeaient sur la garantie de l'effectivité des droits protégés par la Constitution³⁰. Le projet de jurie constitutionnaire de Sieyès, organe ayant vocation à examiner la conformité des lois à la Constitution, s'inscrit également dans cette perspective. Ainsi, dans son fameux discours du 2 thermidor an III, il affirme qu' « une constitution est un corps de lois obligatoires ou ce n'est rien ; si c'est un corps de lois, on se demande où sera le gardien, où sera la magistrature de ce code ? »³¹. Ce projet fut néanmoins rejeté à l'unanimité. Pour autant, ces propositions nous permettent de constater que, sous la Révolution française, le contrôle de conformité des lois à

²⁸ C'est ce qui ressort de manière frappante à la lecture du discours de Louis XV lors de la séance de la flagellation du 3 mars 1766 au Parlement de Paris. Il déclarait notamment : « c'est en ma personne seule que réside la puissance souveraine, dont le caractère propre est l'esprit de conseil, de justice et de raison [...] ; que c'est à moi seul qu'appartient le pouvoir législatif sans dépendance et sans partage [...] ».

²⁹ La formule est attribuée à Antoine Loisel.

³⁰ V. en ce sens, L. Jaume, « Sieyès et le sens du jury constitutionnaire : une réinterprétation », *Historia Constitucional* (revista electronica), n°3, 2002.

³¹ À cela, Louvet répondra : « je demanderai à mon tour par qui ce pouvoir sera lui-même surveillé, et à qui pourront être portées les plaintes contre ses propres actes ». Thibaudeau dira quant à lui à propos du jurie constitutionnaire : « ce pouvoir monstrueux serait tout dans l'Etat, [si bien qu'] en voulant donner un gardien aux pouvoirs publics on leur donnerait un maître qui les enchaînerait pour les garder plus longtemps ». Cité par L. Jaume, « Sieyès et le sens du jury constitutionnaire : une réinterprétation », *art. préc.*

la Constitution n'était pas pensé comme un instrument de remise en cause de la souveraineté du Parlement³². À rebours de l'intention des auteurs de la Constitution de la V^e République, il ne s'agissait pas de créer un organe ayant vocation à permettre la rationalisation du parlementarisme, mais d'assortir la Constitution de garanties effectives. À la fin du XVIII^e siècle, la question de l'effectivité de la Constitution était donc déjà posée. Par la suite, le Sénat conservateur de la Constitution de l'an VIII, puis le Sénat de la Constitution de 1852, échouèrent à exercer un véritable contrôle de constitutionnalité des lois. La raison en est qu'ils n'étaient, pour détourner la formule de Montesquieu, que la « *bouche* » de l'Exécutif.

Sous la III^e République, le débat fut centré sur la création d'un contrôle de constitutionnalité des lois exercé *a posteriori*, sur le modèle de la Cour Suprême des Etats-Unis. Cette fois, il s'agissait délibérément d'affaiblir le Parlement³³. En effet, les propositions de Charles Benoist en 1903, tendant à la constitutionnalisation de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 et à la création d'une cour suprême chargée de contrôler la conformité des lois et des actes de l'Exécutif à la Constitution, étaient motivées par la volonté de remettre en cause l'omnipotence du Parlement³⁴. C'est ce même dessein qui a conduit Jacques Bardoux à préconiser, dans le cadre du Comité technique pour la réforme de l'Etat de 1934, l'instauration d'un contrôle de constitutionnalité des lois *a posteriori*. Dès lors, la mise en place d'un contrôle de constitutionnalité des lois par les juges relevait moins d'une volonté de promouvoir un Etat de droit que de celle de mettre fin à la prépondérance du Parlement. Durant cette période, Charles Eisenmann fut le premier juriste français à soumettre l'idée d'un contrôle de constitutionnalité des lois par un organe spécial, sur le modèle de la Cour constitutionnelle d'Autriche. Dans sa thèse de doctorat, il soutenait que grâce à la justice constitutionnelle unique, « il n'y aura jamais, à un moment donné, pour l'Etat tout entier,

³² Dans le même sens, v. G. Drago, *Contentieux constitutionnel français*, p. 134 : « Dans les premiers débats révolutionnaires de 1789, l'idée d'un contrôle des assemblées par un organe extérieur est peu évoqué car la souveraineté parlementaire prend le pas sur toute autre considération ».

³³ V. en ce sens, E. Maulin, « Réforme de l'Etat et contrôle de constitutionnalité des lois sous la III^e République. Charles Benoist et Jacques Bardoux » in D. Chagnollaud (sous la direction de), *Aux origines du contrôle de constitutionnalité. XVIII^e-XX^e siècle*, Paris, Editions Panthéon-Assas, 2003, p. 55.

³⁴ Le professeur Eric Maulin souligne ainsi que Charles Benoist « se préoccupe moins de la défense constitutionnelle des libertés individuelles que de la limitation juridictionnelle des pouvoirs du Parlement », E. Maulin, « Réforme de l'Etat et contrôle de constitutionnalité des lois sous la III^e République. Charles Benoist et Jacques Bardoux », *op. cit.*, p. 64.

qu'«une vérité constitutionnelle, une seule»³⁵. Cette formule s'inscrivait indubitablement dans une volonté d'opposer le contrôle concentré, exercé par une Cour unique, au contrôle de constitutionnalité diffus exercé aux Etats-Unis. Plus tard, la création par la Constitution de 1946 d'un Comité constitutionnel ne saurait être considérée comme la mise en place d'un véritable contrôle juridictionnel des lois. Son article 91 prévoyait en effet que ce Comité était chargé d'examiner « si les lois votées par l'Assemblée nationale supposent une révision de la Constitution ». Dès lors, en cas de contradiction, la loi demeure tandis que la Constitution s'adapte. La IV^e République reste donc profondément marquée par le légicentrisme³⁶.

Sous la V^e République, l'article 61 de la Constitution du 4 octobre 1958 attribue au Conseil constitutionnel la mission de contrôler la constitutionnalité des lois. Outre la décision du 16 juillet 1971, deux réformes constitutionnelles ont contribué au développement fulgurant du contentieux constitutionnel. En 1974, avec l'ouverture de la saisine aux parlementaires³⁷, le contrôle de constitutionnalité des lois devenait une arme juridique entre les mains de la minorité politique. Depuis lors, les lois déférées au Conseil constitutionnel dans l'objectif de mettre en échec la politique législative de la majorité sont pléthoriques. En 2008, afin d'assurer une meilleure protection de l'Etat de droit, le constituant a étendu la saisine du Conseil constitutionnel. Par le mécanisme de la question prioritaire de constitutionnalité le contrôle de constitutionnalité des lois devenait une arme juridique entre les mains des justiciables³⁸. « Principale avancée des droits et libertés dans notre pays depuis l'abolition de la peine de mort » selon les mots du Président Jean-Louis Debré³⁹, la question prioritaire de

³⁵ Il concluait ainsi : « Deux parties s'offrent et deux seulement : ou laisser au législateur le soin de respecter la Constitution, ou confier à des juges le soin d'en assurer le respect par lui. Entre eux deux, il faut choisir. Le choix peut-il être douteux ? », C. Eisenmann, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, op. cit., p. 292 et 295.

³⁶ Du reste, le Comité constitutionnel n'a fait l'objet que d'une saisine sous la IV^e République.

³⁷ Loi constitutionnelle n°74-904 du 29 octobre 1974 portant révision de l'article 61 de la Constitution. Désormais, en vertu de l'article 61 de la Constitution : « les lois peuvent être déférées au Conseil constitutionnel, avant leur promulgation, par le Président de la République, le Premier ministre, le Président de l'Assemblée nationale, le Président du Sénat ou soixante députés ou soixante sénateurs ».

³⁸ Le mécanisme de la question prioritaire de constitutionnalité est prévu à l'article 61-1 de la Constitution, issu de la loi constitutionnelle n°2008-724 du 23 juillet 2008, dont l'application résulte de la loi organique n°2009-1523 du 10 décembre 2009. Son entrée en vigueur date du 1^{er} mars 2010.

³⁹ Allocution de Jean-Louis Debré, Président du Conseil constitutionnel, au Conseil National des Barreaux, 21 octobre 2011. De même, le Président de l'Assemblée nationale Claude Bartolone a affirmé, lors du Colloque « La QPC, une question pour la démocratie » du 5 avril 2013, que « la question prioritaire de constitutionnalité, renforçant nos lois, renforce notre République ».

constitutionnalité aurait définitivement perfectionné le système français de justice constitutionnelle⁴⁰. Ce nouveau dispositif, permettant d'abroger une loi en vigueur, relance pourtant, comme nous le verrons, le débat sur la légitimité du Conseil constitutionnel.

La difficulté majeure de l'entreprise de légitimation de la justice constitutionnelle réside dans le caractère fluctuant de la notion de légitimité. En effet, chaque discours de légitimation postule un *présupposé de légitimité*, c'est-à-dire une définition *a priori* de légitimité qui varie en fonction des époques et des individus. En réalité, les substrats sur lesquels repose la légitimité d'un pouvoir sont souvent conditionnés par le régime politique dans lequel il s'exerce. Autrement dit, un pouvoir n'est légitime que s'il est en adéquation avec les valeurs ou fondements qui sous-tendent le régime politique de l'Etat. C'est en ce sens que Carl Schmitt oppose la légitimité dynastique à la légitimité démocratique⁴¹. De même, le professeur Denis Baranger propose de distinguer la légitimité d'origine divine, la légitimité qui repose sur l'aptitude et la légitimité démocratique⁴², ce qui revient à distinguer la légitimité monarchique, aristocratique et démocratique.

Notre étude s'inscrit naturellement dans le cadre du présupposé de légitimité démocratique. Néanmoins, celui-ci peut revêtir de multiples formes. L'étude des formes de légitimation de la justice constitutionnelle pourrait alors apparaître vaine, en ce qu'il semblerait impossible d'échapper à la tautologie consistant à affirmer que le Conseil constitutionnel est légitime parce qu'il repose sur un présupposé considéré *a priori* comme légitime. Par exemple, si le *présupposé de légitimité* se fonde sur le principe électif, alors le Conseil constitutionnel n'est pas légitime puisque ses membres ne sont pas élus. À l'inverse, si ce présupposé repose sur la protection des droits et libertés, alors la justice constitutionnelle est légitime puisqu'elle tend à les protéger. Dialogue de sourds, donc, qui rend la

⁴⁰ A cet égard, le Président de la République Nicolas Sarkozy a affirmé que ce mécanisme « marque l'aboutissement d'une évolution commencée avec la Constitution de 1958 pour instaurer dans notre droit une véritable hiérarchie des normes qu'une longue tradition de souveraineté absolue de la loi avait jusqu'alors rendue impossible », Discours du Président de la République Nicolas Sarkozy du 1^{er} mars 2010 à l'occasion de l'entrée en vigueur de la question prioritaire de constitutionnalité.

⁴¹ C. Schmitt, *Théorie de la Constitution*, Paris, PUF, 1993, préface O. Beaud, p. 225 s. Plus tard, Carl Schmitt reviendra néanmoins sur cette distinction en considérant que la répartition aristotélicienne des différentes formes d'Etat n'est plus en mesure « d'apporter une lumière quelconque sur la nature propre de chaque Etat ». Il propose alors de distinguer les « Etats législateurs » des « Etats à base légitime, subdivisés eux-mêmes en Etats juridictionnels, gouvernementaux et administratifs », C. Schmitt, « Légalité et légitimité » in *Du politique. « Légalité et légitimité » et autres essais*, Puiseux, Pardès, 1990, coll. « Révolution conservatrice », p. 39.

⁴² D. Baranger, *Le droit constitutionnel*, Paris, PUF, 4^{ed.}, 2009, page 71.

problématique insoluble. S'il n'existe pas de vérité apodictique quant à la définition de la légitimité⁴³, il convient, afin d'échapper à cette fâcheuse aporie, de proposer une classification des *présupposés de légitimité* classiquement retenus.

Le premier *présupposé de légitimité* peut tout d'abord résulter de ce qu'Olivier Beaud appelle le « consentement des gouvernés au pouvoir exercé par les gouvernants »⁴⁴. En ce sens, la légitimité d'une autorité repose sur l'obéissance du peuple. C'est ce présupposé qui conduit Carl Schmitt à considérer qu'une Constitution est légitime « lorsque le pouvoir (*Macht*) et l'autorité du pouvoir constituant dont la décision fonde cette constitution sont reconnus ». Ainsi, la légitimité de la Constitution « se passe de toute justification tirée d'une norme éthique ou juridique, et tire son sens de son existence politique »⁴⁵. C'est la raison pour laquelle Carl Schmitt ne peut admettre un gardien juridictionnel de la Constitution : le Président de la République est le seul destinataire du pouvoir légitime⁴⁶. Cette conception fut également celle du Général de Gaulle, lorsqu'il affirmait, dans son discours de Bayeux du 16 juin 1946, que l'Etat est légitime parce qu'il repose « sur l'intérêt et le sentiment de la nation ». Selon ce présupposé, le système français de justice constitutionnelle serait légitime en ce que la Constitution, qui organise l'exercice d'un contrôle de constitutionnalité des lois, émane du pouvoir constituant souverain.

Les juristes ont cependant entendu, sous l'influence du courant positiviste, s'approprier la notion de légitimité afin de lui donner un sens purement juridique, à

⁴³ Il ne nous paraît pas vain de relever que Norberto Bobbio identifie trois principes de légitimité que sont la volonté, la nature et l'histoire. La légitimité fondée sur la volonté résulte de ce qu'il appelle les doctrines volontaristes, celle fondée sur la nature procède des doctrines naturalistes. Quant à la légitimité fonction de l'histoire, il distingue le recours à l'histoire passée, qui correspond aux doctrines traditionnalistes, et le recours à l'histoire future, qui relève d'une conception révolutionnaire du pouvoir. Ce faisant, il affirme qu'« un pouvoir qui sur la base d'un critère est affirmé comme légitime, peut être sur la base d'un autre critère considéré comme illégitime », N. Bobbio, *L'Etat et la démocratie internationale*, trad. Nicola Giovannini, Paul Magnette, Jean Vogel, Editions Complexe, 2001, p. 225 et s.

⁴⁴ O. Beaud, « A la recherche de la légitimité de la Ve République » in *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Economica, 2006, p 154.

⁴⁵ C. Schmitt, *Théorie de la Constitution*, op. cit., p. 225.

⁴⁶ V. en ce sens, Christophe Gusy, « Juge constitutionnel et « gardien de la Constitution » in C. Grewe, O. Jouanjan, E. Maulin, P. Wachsmann (sous la direction de), *La notion de « justice constitutionnelle »*, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », 2005, p. 161. Il souligne que, pour Carl Schmitt, le Président de la République est le gardien de la Constitution puisqu'il est le *gardien de la légitimité étatique*. Le juge constitutionnel ne peut être que le *gardien des normes*.

l'exclusion de toute considération politique⁴⁷. C'est le second *présupposé de légitimité*. Pour Hans Kelsen, est légitime ce qui est valable, c'est-à-dire légalement établi⁴⁸. Cette vision s'explique par le fait qu'il définit l'Etat comme un ordre juridique. En ce sens il affirmera que « la tentative pour légitimer l'Etat comme un Etat "de droit" est en réalité parfaitement inadéquate pour la raison que [...] tout Etat doit nécessairement être un Etat de droit, en ce sens que tout Etat est un ordre juridique »⁴⁹. Toute justification d'un pouvoir est alors conditionnée par sa validité normative. Il est intéressant d'observer la nuance subtile entre cette conception et celle de la doctrine du droit naturel. Pour celle-ci, la légitimité repose sur l'idée de *justice*, d'ordre *naturel* des choses. Il s'agit donc de justifier ce qui existe parce qu'il existe. Pour la doctrine positiviste, est légitime ce qui est *légalement* établi. Il s'agit de justifier ce qui existe parce qu'il est *valide*. Cette légitimité se fonde ainsi sur l'ordre *juridique* des choses. Or un tel présupposé s'avère inadmissible dans le cadre de cette étude, puisqu'il conduirait à se demander, non pas si le Conseil constitutionnel est *légitime*, mais s'il est *constitutionnel*. Amalgamer la légalité et la légitimité conduit à se poser une question saugrenue : a-t-on affaire à un *Conseil inconstitutionnel* ? La réponse à cette question serait alors fort aisée : puisqu'en vertu de l'article 61 de la Constitution, le Conseil constitutionnel est compétent pour contrôler la constitutionnalité des lois, sa légitimité – au sens de légalité – est indubitable. Ou, à l'inverse, puisque le Conseil constitutionnel ne tire pas de l'article 61 de la Constitution la compétence pour contrôler la constitutionnalité des lois à la lumière du Préambule de la Constitution, il est illégitime en ce que son pouvoir ne repose sur aucun fondement normatif. Dès lors, fonder la *légitimité* d'un organe constitutionnel sur sa *validité* apparaît au mieux comme une tautologie, au pire comme un expédient infructueux. D'autant que, *s'il est le gardien de la Constitution, qui jugera de sa légitimité* – entendue, selon ce présupposé, comme constitutionnalité – sinon lui-même⁵⁰ ?

⁴⁷ Cela peut s'expliquer par l'étymologie du mot légitimité, puisqu'il provient du latin *legitimus*, qui signifie conforme aux lois. Selon le dictionnaire *Litttré*, légitime signifie « qui a un caractère de loi » ou « qui a les conditions, les qualités requises par la loi ».

⁴⁸ Hans Kelsen considère en effet que « le principe qu'une norme ne peut être posée que par l'organe compétent, c'est-à-dire par l'organe habilité à cet effet par une norme supérieure, est le principe de légitimité ». Il qualifiera ainsi la révolution d'illégitime en ce qu'elle n'est pas opérée « conformément aux dispositions de la Constitution en vigueur », H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. C. Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962, p. 279 et p. 367.

⁴⁹ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *ibid.*, p. 418-419. L'identification de l'Etat et du droit le conduira ainsi à considérer que « dès lors que l'on reconnaît que l'Etat est un ordre juridique, tout Etat est un Etat de droit, et ce terme d'Etat de droit représente un pléonasme », *Théorie pure du droit*, *ibid.*, p. 411.

⁵⁰ Cette question rappelle la fameuse formule attribuée à Juvénal : « *Quis custodiet ipsos custodios* ? ».

Ces deux présupposés de légitimité ne peuvent donc être retenus s'agissant du système français de justice constitutionnelle. Tout d'abord, il nous paraît inenvisageable de se fonder sur l'adhésion des gouvernés, dans la mesure où les membres du Conseil constitutionnel ne sont pas responsables politiquement. Ensuite, si, en tant qu'organe constitué, il bénéficie d'une compétence d'attribution que la Constitution a strictement délimitée⁵¹ - et qu'il ne peut, dès lors, outrepasser la volonté du pouvoir constituant souverain - ce propos se heurte immédiatement à une objection dirimante. En effet, le Conseil constitutionnel s'est largement construit en dehors du droit constitutionnel écrit, et les seules dispositions de la Constitution ne permettent pas de rendre compte du droit positif. En ce sens, le professeur Olivier Beaud, reprenant la distinction établie par George Jellinek entre « révision de la Constitution » (*Verfassungsänderung*), qui relève des procédures prévues par la Constitution elle-même, et « changement constitutionnel » (*Verfassungswandlung*), qui constitue une révision informelle de la Constitution, déduit de cette dernière l'existence d'un « droit constitutionnel non écrit qui peut, même dans les Etats à constitution écrite dite « rigide », apparaître à côté des dispositions écrites »⁵². Or, indubitablement, la décision *Liberté d'association* du 16 juillet 1971, par laquelle le Conseil constitutionnel a interprété l'article 61 comme lui conférant la compétence de contrôler la conformité des lois au Préambule de la Constitution, constitue un « changement informel » de la Constitution. Son pouvoir d'interprétation du texte constitutionnel lui a permis d'établir une jurisprudence audacieuse qui va bien au-delà des textes constitutionnels. Le professeur Philippe Blachère montre ainsi que, souvent, le Conseil constitutionnel outrepassa « les compétences d'attribution prévues par l'article 61 de la Constitution », commettant alors un « excès de pouvoir constitutionnel »⁵³. Si « rien ne bouge et tout change »⁵⁴, la justice constitutionnelle ne saurait être justifiée par le seul fait que la

⁵¹ Décision n°61-1 AUTR du 14 septembre 1961, *Demande d'avis présentée par le Président de l'Assemblée nationale* : « Considérant que la Constitution a strictement délimité la compétence du Conseil constitutionnel ; que celui-ci ne saurait être appelé à statuer ou, à émettre un avis que dans les cas et suivant les modalités qu'elle a fixés » (considérant 1), *Recueil* p. 55.

⁵² O. Beaud, « Les mutations de la V^e République. Ou comment se modifie une Constitution écrite », *Pouvoirs*, n°99, 2001, p. 21. À l'inverse, le doyen Vedel considère que l'écrit est, pour le droit constitutionnel, « une exigence de légitimité ». G. Vedel, « Préface » in G. Drago, B. François, N. Molfessis (sous la direction de), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, Economica, 1999, XII.

⁵³ Ph. Blachère, « Le Conseil constitutionnel en fait-il trop ? », *Pouvoirs*, n°105, 2003, p. 17.

⁵⁴ B. Mathieu, *Constitution : rien ne bouge et tout change*, Lextenso éditions, 2013, 191 p.

Constitution consacre son existence et sa mission⁵⁵. En outre, pour Norberto Bobbio, le pouvoir secondaire doit être légitimé par une règle, tandis que le pouvoir suprême « est légitime par le seul fait d'exister, et indépendamment de toute règle »⁵⁶. Or le Conseil constitutionnel ne s'inscrit dans aucune de ces deux logiques. Il n'est en effet légitimé ni par son existence – car il n'est pas un pouvoir suprême – ni par la règle constitutionnelle – pour les raisons qui viennent d'être exposées – mais, notamment, par la doctrine, qui a contribué à son essor.

Chaque discours de légitimation varie donc selon le *présupposé de légitimité* sur lequel il se fonde. Le discours de légitimation est donc nécessairement un discours subjectif⁵⁷, ce qui nous permettra d'en soulever les limites. Comme nous le verrons, le discours dominant de légitimation du système français de justice constitutionnelle réside aujourd'hui dans la protection des droits de l'homme. Ne se limitant plus à assurer mécaniquement la suprématie de la Constitution, le Conseil constitutionnel est désormais présenté comme le gardien des droits et libertés des individus.

L'étude de la légitimation du système français de justice constitutionnelle nécessite, dans un premier temps, d'analyser les méthodes et discours de légitimation des juges et de la doctrine, c'est-à-dire les fondements sur lesquels repose la justification du contrôle de constitutionnalité des lois (**Première partie**).

Dans un second temps, il conviendra d'appréhender les conséquences de ces constructions théoriques sur l'ordre constitutionnel. Nous nous attacherons à démontrer que la légitimation du système français de justice constitutionnelle, parce qu'elle repose sur le substrat idéologique de protection des droits de l'homme, aboutit à la création d'un ordre constitutionnel nouveau, dans lequel l'existence de la justice constitutionnelle est présentée comme indispensable (**Seconde partie**).

⁵⁵ D'autant qu'au cours de la V^e République, les dispositions constitutionnelles ont pu faire l'objet d'interprétations différentes, voire antagonistes. On peut citer le cas de l'article 55 de la Constitution puisque, comme l'a soulevé le professeur Baptiste Bonnet, alors que son contenu n'a jamais été modifié, il fut pourtant interprété différemment par le Conseil d'Etat en 1968 (CE, Sect., 1^{er} mars 1968, *Syndicat général des fabricants de semoules de France*, Lebon p. 149), et à partir de 1989 (CE, Ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, Lebon p. 190), B. Bonnet, « Le Conseil d'Etat, la Constitution et la norme internationale », *RFDA*, 2005, p. 56.

⁵⁶ N. Bobbio, « Sur le principe de légitimité », *Droits*, n°32, 2000, p. 147.

⁵⁷ Dans le même sens, le professeur Simone Goyard-Fabre affirme que « la légitimité reflète aussi l'inexpiable « guerre des dieux » en quoi s'exprime le conflit sans fin des valeurs » : S. Goyard-Fabre, « Légitimité » in D. Alland, S. Rials (sous la direction de), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 929.

PREMIERE PARTIE

LES FORMES DE LEGITIMATION DU SYSTEME FRANÇAIS DE JUSTICE CONSTITUTIONNELLE

« 1958 – octobre 1958 surtout ; un coup de tonnerre, une révolution dans le ciel du contrôle juridictionnel des lois, - élément, élément mineur, nous le verrons, mais quand même, de l'embrassement et du bouleversement du ciel constitutionnel français. »⁵⁸

Sous la V^e République, l'évolution du contrôle de constitutionnalité des lois est remarquable. Qu'elles aient procédé de la jurisprudence du Conseil constitutionnel ou de révisions formelles de la Constitution, ces évolutions ont eu pour conséquence de renouveler la nature et les missions de la justice constitutionnelle, à tel point que l'on pourrait considérer qu'il n'existe pas *un* système, mais que plusieurs se sont succédés. A l'image de l'homme sartrien, l'institution a évolué indépendamment de la volonté première de ses créateurs. Accomplissant le « projet » de l'existentialisme athée, son existence a précédé son essence : le Conseil constitutionnel « existe d'abord, se rencontre, surgit dans le monde, et se définit après »⁵⁹. C'est la raison pour laquelle l'étude des formes de légitimation du système français de justice constitutionnelle – et de leurs soubassements théoriques – nous conduit à opérer une distinction entre *moyen* et *fin* légitimes.

Les auteurs de la Constitution avaient originairement pour ambition de créer un organe spécial permettant d'assurer, au moyen du contrôle de constitutionnalité des lois, le respect de la répartition des compétences entre les pouvoirs législatif et exécutif – au profit de ce dernier.

⁵⁸ C. Eisenmann, « Le contrôle juridictionnel des lois en France » in *Ecrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, Textes réunis par Charles Leben, Paris, Edition Panthéon-Assas, 2002, p. 525.

⁵⁹ J-P. Sartre, *L'existentialisme est un humanisme*, Gallimard, 1996.

Partant, la première forme de légitimation consiste à faire du juge constitutionnel le *moyen* légitime – le seul – permettant d’asseoir la suprématie de la Constitution. C’est la justification organique (**Premier chapitre**).

Comme tout moyen, il tend à la réalisation de certaines *fins*. Ces fins procèdent des fonctions assignées au contrôle de constitutionnalité des lois, que sont la limitation du pouvoir et la protection des droits et libertés. C’est la raison pour laquelle la légitimation fonctionnelle de la justice constitutionnelle est, immanquablement, de nature finaliste (**Deuxième chapitre**).

CHAPITRE 1

La justification organique : la justice constitutionnelle comme moyen légitime

La légitimation organique du système français de justice constitutionnelle consiste à rendre nécessaire l'existence d'une institution chargée de contrôler la constitutionnalité des lois. Selon cette conception, cette mission doit nécessairement être confiée à un gardien en forme juridictionnelle de la Constitution (**Section 1**). Toutefois, un tel gardien est conduit à occuper une position singulière, à la croisée des pouvoirs législatif et constituant. Une telle situation peut susciter de sérieuses critiques, qu'il est apparu nécessaire de neutraliser (**Section 2**).

Section 1 – La légitimation d'un gardien juridictionnel de la Constitution

La légitimation du gardien juridictionnel consiste à présenter le Conseil constitutionnel comme un moyen – le meilleur – d'assurer la suprématie de la Constitution (§1). Néanmoins, plus d'un demi-siècle après sa consécration, la nature politique du Conseil constitutionnel – qui contribue à sa délégitimation – fait encore débat. Il est donc apparu nécessaire, en sus de la légitimation de son existence, d'attester de sa nature juridictionnelle (§2).

§1 – La justice constitutionnelle comme garantie de la suprématie de la Constitution

La justice constitutionnelle est communément définie comme le moyen permettant de garantir la suprématie de la Constitution⁶⁰. Selon cette conception, les différents pouvoirs publics ne seraient pas adaptés pour exercer une telle mission (A). Seul un organe juridictionnel spécial le serait (B).

A) L'opportunité d'un gardien juridictionnel de la Constitution

La justification du contrôle de constitutionnalité des lois procède d'un ensemble de postulats tendant à écarter les autres hypothèses de protection de la Constitution. L'éventualité d'un contrôle exercé par le législateur lui-même est bien entendu aisément écartée. Les

⁶⁰ Les dictionnaires juridiques définissent ainsi la justice constitutionnelle comme « l'ensemble des institutions et techniques grâce auxquelles est assurée, sans restrictions, la suprématie de la Constitution » (O. Duhamel, Y. Mény, *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, PUF, 1992, p. 556), ou encore comme l'« activité juridictionnelle destinée à assurer la suprématie normative de la Constitution » (R. Cabrillac (sous la direction de), *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, LexisNexis, 2014, 5^e éd., p. 303).

expériences des III^e et IV^e Républiques ont en effet conduit à considérer que l'autolimitation du Parlement ne permettait pas de garantir la suprématie de la Constitution mais, plutôt, la souveraineté de la loi. C'est ainsi que sous la III^e République, la prépondérance du Parlement s'expliquait tant par l'absence de contrôle de constitutionnalité des lois que par la confusion du pouvoir législatif et du pouvoir constituant⁶¹. Au surplus, la théorie de l'autolimitation ne fut jamais accueillie avec bienveillance par la doctrine française. Ainsi, Maurice Hauriou rejette l'autolimitation du pouvoir législatif, qui ne permet pas de remédier au « danger né de la suprématie du pouvoir législatif », en souhaitant que le juge puisse être « chargé de contenir le législateur »⁶². Quant à Léon Duguit, il considère que le législateur ne peut à la fois créer le droit et sanctionner les violations au droit qu'il a lui-même édicté⁶³.

Les juges ordinaires se sont quant à eux toujours refusés à contrôler la conformité des lois à la Constitution⁶⁴. C'est l'héritage de la Révolution française qui explique cette position, puisque l'expérience des Parlements d'Ancien Régime a conduit à exclure catégoriquement la possibilité pour les tribunaux de s'immiscer dans les activités législatives⁶⁵. Alors que, sous la III^e République, une grande majorité de la doctrine plaidait pour la reconnaissance de l'exception d'inconstitutionnalité devant les tribunaux ordinaires⁶⁶, la doctrine constitutionnaliste semble aujourd'hui satisfaite de cette interdiction faite aux juridictions ordinaires de juger de la loi. On retrouve de nouveau l'influence de Kelsen, qui, pour justifier l'existence d'une cour spéciale seule habilitée à exercer cette mission, considèrerait qu'un contrôle diffus sur le modèle américain conduirait à une « absence d'uniformité » qui

⁶¹ Confusion décrite par Carré de Malberg, qui le conduisait à considérer qu'« en fin de compte, la Constitution toute entière est dans sa main », R. Carré de Malberg, *La loi, expression de la volonté générale*, Economica, coll. « Classiques », série Politique et constitutionnelle, 1984, p. 127.

⁶² M. Hauriou, *Principes de droit public*, 1910, éd. Dalloz, 2010, préf. O. Beaud, p. 75.

⁶³ « On n'aperçoit guère comment il pourra organiser contre lui-même un système destiné à réprimer les violations du droit commises par lui », L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel. La théorie générale de l'Etat*, Tome III, Paris, E. de Boccard, 1930, p. 710.

⁶⁴ V. par exemple, pour le refus du Conseil d'Etat d'exercer un contrôle de constitutionnalité des lois : CE, 6 novembre 1936, *Arrighi, Lebon* p. 966.

⁶⁵ Article 10 de la loi des 16-24 août 1790 : « Les tribunaux ne pourront prendre directement ou indirectement aucune part à l'exercice du pouvoir législatif, ni empêcher ou suspendre l'exécution des décrets du corps législatif, sanctionnés par le Roi, à peine de forfaiture ».

⁶⁶ Ce fut notamment le cas de Léon Duguit. V. en ce sens, L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel. La théorie générale de l'Etat*, *op. cit.*, p. 598 et p. 720 et s.

constitue un « grand danger pour l'autorité de la Constitution »⁶⁷. Cependant, l'interprétation extensive de l'article 55 par les juges ordinaires a eu pour conséquence de leur permettre d'exercer un contrôle de conventionnalité des lois⁶⁸. Cette circonstance a alors conduit une partie de la doctrine à considérer que, puisque les juges ordinaires sont habilités à apprécier la *validité* des lois au regard des normes internationales, il n'existe pas d'obstacles à ce qu'ils puissent apprécier leur *constitutionnalité*. L'idée sous-jacente étant qu'il paraît juridiquement aberrant que les traités internationaux bénéficient d'une meilleure protection que la Constitution⁶⁹. Cette appréciation peut néanmoins être nuancée par deux observations. Tout d'abord, depuis l'entrée en vigueur de la question prioritaire de constitutionnalité, on observe que le Conseil d'Etat opère une certaine forme de contrôle sur la constitutionnalité des lois. Son examen de l'opportunité du renvoi au Conseil constitutionnel le conduit en effet à opérer un contrôle préalable sur la loi particulièrement approfondi s'agissant des décisions de rejet, singulièrement lors de l'examen du caractère nouveau ou sérieux de la question posée⁷⁰. Ensuite, les différentes positions adoptées par le Conseil d'Etat se font dans un contexte de dialogue avec le juge constitutionnel, dont il ne fait, en règle générale, que suivre les solutions jurisprudentielles⁷¹. C'est donc par la volonté de son propre gardien que le respect de la

⁶⁷ H. Kelsen, « Le contrôle de constitutionnalité des lois. Une étude comparative des constitutions autrichienne et américaine », *RFDC*, n°1, 1990, p. 17.

⁶⁸ Casse. Ch. mixte, 24 mai 1975, *Société des Cafés Jacques Vabre*, D. 1975.497 et CE, Ass., 20 octobre 1989, *Nicolo, Lebon* p. 190.

⁶⁹ V. notamment, A-M. Le Pourhiet, « Marbury v. Madison est-il transposable en France ? » in Elisabeth Zoller (sous la direction de), *Marbury v. Madison : 1803-2003. Un dialogue franco-américain*, Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », 2003, p. 135.

⁷⁰ Article 23-4 de la loi organique n°2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution. Pour un exemple de décision de rejet dans laquelle le juge opère un contrôle de fond assez substantiel, voir CE, 16 avril 2010, *Association Alcaly et autres*, n°320667.

⁷¹ On peut citer deux exemples à cet égard. D'abord, la décision *Nicolo* (CE, Ass., 20 octobre 1989, *Nicolo, Lebon* p. 190), qui a été prise après que le juge ait refusé d'exercer un contrôle de la conventionnalité des lois (Décision n°74-54 DC du 15 janvier 1975, *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse*, *JORF* du 16 janvier 1975, p. 671) et ait habilité les divers organes de l'Etat à le faire (Décision n°86-216 DC du 3 septembre 1986, *Loi relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France*, *JORF* du 5 septembre 1986, p. 10790). Ce fut plus récemment le cas s'agissant de la solution retenue dans la décision *Arcelor Atlantique Lorraine* (CE, 8 février 2007, *Société Arcelor Atlantique Lorraine et autres*, *Lebon* p. 55), qui faisait suite à la série de décisions rendues par le Conseil constitutionnel à partir de 2004 (v. surtout : Décision n°2004-496 DC du 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, *Rec.* p. 101 ; Décision n°204-505 DC du 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, *JORF* du 24 novembre 2004 p. 19885 ; Décision n°2006-540 DC du 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, *JORF* du 3 août 2006, p. 11541).

Constitution est, devant les juges ordinaires, supplanté par le respect des traités internationaux.

Enfin, l'hypothèse d'un gardien politique de la Constitution renvoie à la fameuse controverse qui a opposé Hans Kelsen à Carl Schmitt⁷². Pour ce dernier, une « aristocratie de robe » ne saurait s'immiscer dans les activités des organes dotés d'une légitimité démocratique⁷³. Seul le Président du Reich peut assurer la garde de la Constitution, car lui seul est en mesure d'incarner l'unité de l'Etat et la représentation du peuple tout entier. Cette thèse est évidemment spécifique au cadre constitutionnel de la République de Weimar, même s'il paraît possible de faire certaines analogies entre le Président-gardien de Carl Schmitt et le Président-arbitre de 1958. Pour autant, l'argument selon lequel la thèse du juriste allemand n'aurait pour ambition que de « formuler une façon de légitimer un rôle déterminant de la Présidence du Reich allemand dans le contexte de l'époque »⁷⁴ nous semble inopérant, dans la mesure où la réappropriation de la thèse en faveur d'un gardien juridictionnel vise tout autant à légitimer le Conseil constitutionnel dans le contexte de la V^e République. La légitimation du gardien politique s'inscrit nécessairement dans une forme de crypto-présidentialisme, de même que la légitimation du gardien juridictionnel témoigne d'une volonté de juridictionnaliser le droit constitutionnel. En dépit de la révision constitutionnelle de 1962 qui a fait du Président de la République un chef de parti⁷⁵, la Constitution de la V^e République, précisément ses articles 5 et 16, consacre un gardien politique de la Constitution en la personne du Président de la République. Ce rôle de gardien n'est cependant pas monopolistique, sauf de façon circonstancielle, lorsqu'il doit « assurer le salut de la patrie, en cas de crise majeure, en se portant à son secours »⁷⁶. C'est précisément ce rôle de garant de l'Etat et des institutions dans un contexte de crise qui a conduit Carl Schmitt à opter pour le

⁷² V. notamment O. Beaud, P. Pasquino (sous la direction de), *La controverse sur le « gardien de la Constitution » et la justice constitutionnelle. Kelsen c/ Schmitt*, op. cit., 212 p. et H. Kelsen, *Qui doit être le gardien de la Constitution ?*, Michel Houliard, 2006, trad. et intro. Sandrine Baume, 138 p.

⁷³ A. Le Divellec, « Le gardien de la Constitution de Carl Schmitt. Eléments sur les paradoxes d'une « théorie » constitutionnelle douteuse » in O. Beaud, P. Pasquino sous la direction de), *La controverse sur le « gardien de la Constitution » et la justice constitutionnelle. Kelsen c/ Schmitt*, op. cit., p. 43.

⁷⁴ A. Le Divellec, « Le gardien de la Constitution de Carl Schmitt. Elements sur les paradoxes d'une « théorie » constitutionnelle douteuse », *art. préc.*, p. 70.

⁷⁵ Loi n°62-1292 du 6 novembre 1962, *Election du Président de la République au suffrage universel*.

⁷⁶ J. Gicquel, J-E. Gicquel, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Montchrestien, 26^e ed., 2012, p. 631.

gardien-Président du Reich qui, en vertu de l'article 48 de la Constitution de Weimar de 1919, devait veiller à la sauvegarde de la sûreté et de l'ordre public. Cependant, l'article 16 de la Constitution de 1958 ne fut utilisé qu'en 1961 par le Général de Gaulle, si bien que son applicabilité paraît marginale. Pour autant, le Président dispose de larges prérogatives en matière constitutionnelle. Il dispose en effet d'un pouvoir d'interprétation de la Constitution – qui fait de lui un acteur du droit constitutionnel⁷⁷ - et du pouvoir d'initiative, avec le Parlement, des révisions de la Constitution⁷⁸. Néanmoins, la place prépondérante qu'occupe aujourd'hui le contentieux constitutionnel, le nombre croissant de saisines dont le Conseil constitutionnel fait l'objet et l'entrée en vigueur de la question prioritaire de constitutionnalité, sont autant de facteurs qui font du juge constitutionnel le gardien privilégié – presque exclusif – de la Constitution. Par sa décision *Liberté d'association* de 1971, le Conseil constitutionnel devient en effet le véritable gardien de la Constitution, contrairement à l'esprit de la Constitution⁷⁹. Si, en 1958, la « révolution n'a pas eu lieu », en 1971, « c'est bien une révolution qu'ont menée à bien les sages du pavillon Montpensier »⁸⁰. En France, donc, Kelsen a triomphé.

B) La normativisation de la Constitution

La justice constitutionnelle a pour mission de contrôler la conformité des lois à la Constitution. Si elle s'apparente à une lapalissade, cette définition matérielle est néanmoins déterminante, puisqu'elle a pour conséquence d'imposer une représentation hiérarchique de l'ordre juridique. Contrôler la constitutionnalité des lois n'a en effet de sens que si la Constitution est appréhendée comme un texte écrit et obligatoire. Pour qu'une justice

⁷⁷ R. Romi, « Le Président de la République, interprète de la Constitution », *RDJ*, 1987, p. 1265. L'interprétation du Président a pu conduire à des pratiques *contra constitutionem*. C'est notamment le cas de la démission du Premier ministre, qui, en dehors des hypothèses de cohabitation, ne procède pas en pratique, conformément à l'article 8, de l'initiative de celui-ci, mais de celle du Chef de l'Etat. De même, ce rôle de Président-interprète a permis au Général de Gaulle, en 1962 et 1969, de détourner la procédure de l'article 11 de la Constitution, permettant l'organisation de référendums législatifs, afin de procéder à une révision de la Constitution sans approbation préalable du Parlement.

⁷⁸ Article 89 de la Constitution.

⁷⁹ C'est ce que souligne Eric Maulin, affirmant que « dans l'esprit de la Constitution nouvelle, le véritable gardien de la Constitution est le Président de la République, comme le précise l'article 5 », E. Maulin, « Aperçu d'une histoire française de la modélisation des formes de la justice constitutionnelle » in C. Grewe, O. Jouanjan, E. Maulin, P. Wachsmann (sous la direction de), *La notion de « justice constitutionnelle »*, *op. cit.*, p. 151.

⁸⁰ J. Rivero, « Fin d'un absolutisme », *Pouvoirs*, n°13, 1980, nouvelle éd. 1986, p. 5.

constitutionnelle soit pensée, la Constitution doit se présenter comme une règle de droit intégrée dans l'ordre juridique et supérieure aux lois ordinaires. Cette conception technique de la Constitution résulte de la pensée de Kelsen, pour qui la Constitution est la norme de production suprême des autres normes puisque, selon sa conception dynamique du droit, la validité d'une norme résulte de sa conformité à la norme supérieure. C'est la théorie de la « *Stufenbau* » – la pyramide de l'ordre juridique⁸¹. La légitimation kelsenienne consiste donc à présenter la justice constitutionnelle comme le moyen de faire primer la norme fondamentale – la « *Grundnorm* » - sur les normes inférieures. C'est la « garantie juridictionnelle de la Constitution »⁸². Le contrôle de constitutionnalité permet ainsi de *normativiser* la Constitution ; de la rendre effective et obligatoire.

En France, c'est la théorie kelsenienne, plus que toute autre, qui a permis à la doctrine de justifier l'existence du Conseil constitutionnel, présenté comme le moyen de garantir le respect de la Constitution. En ce sens, le professeur Dominique Rousseau considère que « sans le contrôle de constitutionnalité, la pyramide s'effondre ! »⁸³. Invoquer la pensée du maître de Vienne pour légitimer le système français de justice constitutionnelle n'est toutefois pas sans obstacles, dans la mesure où il considère que, même en l'absence de contrôle, une loi en vigueur est nécessairement valable. Kelsen distingue en effet la validité d'une loi et sa constitutionnalité, en considérant qu'une loi valable déclarée inconstitutionnelle « est une *contradictio in adjecto* : car une loi ne peut être valable qu'en vertu de la Constitution »⁸⁴. Dès lors, il nous semble que *sans le contrôle de constitutionnalité, la pyramide ne « s'effondre » pas, puisque les normes qui ne sont pas contrôlées sont réputées valables*. C'est la raison pour laquelle Kelsen considérerait que les lois contraires à la Constitution sont « des lois constitutionnelles annulables par une procédure particulière »⁸⁵. La justice

⁸¹ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.* Littéralement, cela pourrait se traduire comme la construction par échelons. Ce fut traduit par « pyramide ». Notons que les développements de Kelsen ne sont cependant pas exempts de difficultés. Tel est le cas de sa théorie des alternatives normatives, ou de la norme fondamentale comme norme supposée et hypothétique. Ces difficultés ont conduit Paul Amselek à considérer que « la pyramide kelsénienne » est « boîteuse ». V. en ce sens, P. Amselek, « Réflexions critiques autour de la conception kelsénienne de l'ordre juridique », *RDJ*, 1978, p. 5. V. également, M. Troper, « La logique de justification du contrôle de constitutionnalité des lois » *art. préc.*, p. 911.

⁸² H. Kelsen, « La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle) », *art. préc.*

⁸³ D. Rousseau, *La justice constitutionnelle en Europe*, *op. cit.*, p. 21.

⁸⁴ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 360.

⁸⁵ H. Kelsen, *ibid.*, p. 364.

constitutionnelle, dans la pensée kelsenienne, n'est donc pas indispensable à la construction hiérarchique de l'ordre juridique ; elle en est un moyen, une meilleure garantie. Même absente, la Constitution ne demeure pas moins la norme fondamentale au sommet de la construction pyramidale de l'ordre juridique. En France, Charles Eisenmann est venu parer à cette contradiction. Radicalisant la « justification faible »⁸⁶ de Kelsen, il soutient que la justice constitutionnelle n'est pas seulement une garantie de la Constitution, mais l'unique condition de sa juridicité⁸⁷. En dépit de cette thèse, le système français de justice constitutionnelle n'échappe pas à la contradiction. En effet, le Conseil constitutionnel ne dispose pas d'un pouvoir d'auto-saisine. Dès lors, en l'absence de saisine selon la procédure prévue par l'article 61 de la Constitution, la loi sera promulguée et *réputée valable*⁸⁸. Si la question prioritaire de constitutionnalité a permis d'ouvrir aux justiciables le droit de remettre en cause la constitutionnalité d'une loi en vigueur, il n'en demeure pas moins que le contrôle dépend de la volonté du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation de transmettre la question au Conseil constitutionnel⁸⁹. Ainsi, bien des lois ont, depuis 1958, échappé au contrôle du Conseil constitutionnel. Nul n'irait pourtant considérer qu'une loi qui ne bénéficie pas du *sceau* de la déclaration de conformité à la Constitution serait moins valable qu'une loi contrôlée par le Conseil constitutionnel⁹⁰. Ce raisonnement permet de souligner l'interdépendance entre la volonté des requérants – qu'il s'agisse d'une saisine *a priori* ou *a posteriori* – et le contrôle de constitutionnalité. En ce sens, la justice constitutionnelle est un instrument *possible*, mais facultatif, ce qui prouve les limites de la légitimation consistant à

⁸⁶ M. Troper, « La logique de justification du contrôle de constitutionnalité des lois », *art. préc.*, p. 917 et s.

⁸⁷ Il considère ainsi que sans la justice constitutionnelle, « la Constitution n'est qu'un programme politique, à la rigueur obligatoire moralement, un recueil de bons conseils à l'usage du législateur ». C. Eisenmann, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, *op. cit.*

⁸⁸ Nous ne visons bien entendu que le contrôle des lois ordinaires puisque, en vertu de l'article 61 de la Constitution, les lois organiques, les propositions de lois référendaires et les règlements des assemblées parlementaires sont obligatoirement transmis au contrôle du Conseil constitutionnel.

⁸⁹ A cet égard, certains refus de transmission ont pu susciter de vives controverses. Nous pensons par exemple à la loi n°90-615 du 13 juillet 1990 tendant à réprimer tout acte raciste, antisémite ou xénophobe, dite loi Gayssot. V. notamment, A-M. Le Pourhiet, « Politiquement correct mais juridiquement incorrect », *Constitutions*, 2010, p. 366.

⁹⁰ C'est ici que l'on peut percevoir la pertinence de la distinction entre légitimité et validité. Si nul n'irait remettre en cause la validité d'une loi en vigueur, sa légitimité peut faire l'objet de contestations, ceci alors même que le Conseil constitutionnel a rendu une déclaration de conformité à la Constitution. Le présupposé de légitimité-adhésion devient alors déterminant : une loi légitime est une loi consentie par les gouvernés. Une loi valable est une loi en vigueur.

faire du contrôle opéré par le juge constitutionnel une condition *sine qua non* de la suprématie de la Constitution. C'est pourtant cette représentation que se fait le Conseil constitutionnel de son office. En effet, en 1985, le Conseil constitutionnel énonçait que « La loi votée (...) n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution »⁹¹. Ainsi, le Conseil constitutionnel, en se légitimant, accréditait également la justification tirée de ce que le contrôle juridictionnel des lois est un moyen d'assurer le respect de la norme suprême. A partir de 1985, la Constitution-condition de validité devenait également le fondement de légitimité des lois. Et la justice constitutionnelle le moyen de les légitimer, en assurant le respect de la Constitution. Mais, là encore, qu'en est-il des lois qui n'ont fait l'objet d'aucun contrôle ? Sont-elles *présumées* exprimer la volonté générale ? Expriment-elles la volonté générale au même titre que celles qui ont été déclarées conformes à la Constitution par le juge ? Sont-elles *illégitimes* ? De telles interrogations révèlent les apories de cette forme de légitimation⁹².

Si cette justification fut accréditée par le Conseil constitutionnel, le phénomène d'eupéanisation du droit a également permis de la renforcer. En effet, l'existence d'instances européennes habilitées à contrôler le droit national conduit à rendre impensable l'absence de justice constitutionnelle dans l'ordre interne. C'est, en quelque sorte, la *justification du moindre mal*⁹³. C'est d'ailleurs en ce sens que la question prioritaire de constitutionnalité fut présentée par le Président de la République Nicolas Sarkozy, qui a déclaré, à l'occasion de son entrée en vigueur, qu'elle permettait une « renationalisation de certains contentieux » et une « réappropriation, par les citoyens, de notre corpus constitutionnel »⁹⁴. Du fait de l'importance accrue des normes internationales – singulièrement européennes – en droit français, le Conseil constitutionnel apparaît ainsi comme le protecteur de « l'existence de la Constitution française et sa place au sommet de

⁹¹ Décision n°85-197 DC du 23 août 1985, *Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie* (cons. 27), *JORF* du 24 août 1985, p. 9814.

⁹² Apories que le professeur Philippe Blachère propose de résoudre par l'admission d'un dualisme dans l'expression de la volonté générale, constitué par la coexistence d'un « régime traditionnel légicentriste » et d'un « régime constitutionnaliste ». V. en ce sens, Ph. Blachère, *Contrôle de constitutionnalité et volonté générale*, Paris, PUF, 2001, p. 14 et s et p. 48 et s.

⁹³ En ce sens, le Professeur Pascal Jan souligne que le contrôle sur la loi opéré par une juridiction constitutionnelle nationale est moins désastreux pour l'autorité législative que le contrôle opéré par les juridictions européennes, P. Jan, « Le Conseil constitutionnel », *Pouvoirs*, n°99, 2001, p. 76.

⁹⁴ Discours du Président de la République Nicolas Sarkozy du 1^{er} mars 2010 à l'occasion de l'entrée en vigueur de la question prioritaire de constitutionnalité.

l'ordre juridique interne »⁹⁵. Est-ce véritablement le cas ? En réalité, il semble que le Conseil constitutionnel, loin de construire une digue constitutionnelle, loin de faire de l'obstruction aux normes externes, favorise la conciliation entre les ordres juridiques. Ainsi, le 4 avril 2013, il a pour la première fois admis de poser une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne s'agissant d'une loi transposant une décision-cadre de l'Union européenne relative au mandat d'arrêt européen⁹⁶. Certes, cette initiative conduit à renforcer, de manière éclatante, le dialogue des juges. Mais comment pourrait-on voir dans cette démission, dans ce transfert à la Cour de Luxembourg du contentieux constitutionnel relatif aux lois de transposition, une protection indéfectible de la Constitution par le Conseil constitutionnel ?

Quoi qu'il en soit, il résulte de ces justifications qu'assurer la suprématie de la Constitution doit être une tâche dévolue à un juge. Mais le Conseil constitutionnel est-il un juge ?

§2 – La justification de la nature juridictionnelle du Conseil constitutionnel

Puisque la justice constitutionnelle a vocation à contrôler les actes émanant d'un Parlement démocratiquement élu, un tel contrôle ne serait acceptable que s'il est exercé par une institution indépendante et impartiale. Il est donc nécessaire, au préalable, d'attester de la nature juridictionnelle de l'institution (A). A ce titre, le débat sur la nature du Conseil constitutionnel fut ravivé par l'entrée en vigueur de la question prioritaire de constitutionnalité (B).

A) La nature polémique du Conseil constitutionnel

Si le Titre VII de la Constitution de 1958 est consacré au Conseil constitutionnel, sa seule lecture, même exégétique, ne permet pas de répondre à la question de sa nature. Du reste, avant 1971, cette question était indifférente, le Conseil constitutionnel n'étant

⁹⁵ Décision n°204-505 DC du 19 novembre 2004, *préc.* En ce sens, le professeur Philippe Blachère et Guillaume Protière ont présenté le Conseil constitutionnel comme un « gardien de la Constitution face aux directives communautaires », notamment en ce qu'il exerce un contrôle sur les directives communautaires, et protège de ces dernières les règles ou principes « inhérents à l'identité constitutionnelle de la France », Ph. Blachère, G. Protière, « Le Conseil constitutionnel, gardien de la Constitution face aux directives communautaires », *RFDC*, 2007, p. 123.

⁹⁶ Décision n° 2013-314P QPC du 4 avril 2013, *M. Jeremy F.*, *JORF* du 7 avril 2013, p. 5799.

qu'un « organe régulateur de l'activité des pouvoirs publics »⁹⁷. De manière significative, Michel Debré déclarait en 1958, devant le Conseil d'Etat, que la création du Conseil constitutionnel, organe spécial, s'explique par la volonté de ne pas permettre aux juges de statuer sur la validité des lois⁹⁸. L'intention des auteurs de la Constitution est claire : le Conseil constitutionnel n'est pas une juridiction. Pourtant, dès l'instant où il s'est érigé en protecteur des droits et libertés constitutionnellement garantis, la question de sa nature s'est posée avec une plus grande acuité. De vives controverses doctrinales ont opposé les défenseurs de la nature juridictionnelle et ceux de la nature politique du Conseil constitutionnel.

L'argumentation tirée de la nature intrinsèquement politique de l'institution conduit évidemment à la délégitimer, puisque, si tel est le cas, elle ne bénéficie pas des conditions essentielles de toute légitimité politique que sont la responsabilité et l'élection. La nuance entre le constat de sa nature politique et la dénonciation du gouvernement des juges est donc infime. Le « spectre » rôde. Cette accusation de gouvernement des juges, dont le Conseil constitutionnel fait l'objet depuis sa création⁹⁹, consiste à dénoncer une forme de pouvoir qu'exerceraient les juges en contrôlant l'opportunité des choix législatifs¹⁰⁰. Un juge qui gouverne est un juge politique. Un juge politique est illégitime. En ce sens, l'expérience américaine, lorsque la Cour Suprême a tenté de faire obstacle aux réformes du Président Roosevelt à l'époque du New Deal, n'a rien à envier au cas français. Si l'on peut se permettre

⁹⁷ Décision n°62-20 DC du 6 novembre 1962, *Loi relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel direct, adoptée par le référendum du 28 octobre 1962* (cons. 2), *JORF* du 7 novembre 1962 p. 10778.

⁹⁸ « Il n'est ni dans l'esprit du régime parlementaire, ni dans la tradition française, de donner à la justice, c'est-à-dire à chaque justiciable, le droit d'examiner la valeur de la loi », M. Debré, Discours devant le Conseil d'Etat du 27 août 1958.

⁹⁹ Avant même sa création, en réalité. A la lecture du Procès-Verbal de la commission du suffrage universel de l'Assemblée nationale du 1^{er} juin 1958, on retrouve ainsi ce propos de Pierre-Henri Teitgen : « On nous propose de hausser l'autorité judiciaire au rang de pouvoir et parce qu'elle devient pouvoir on lui permet de contrôler la constitutionnalité des lois, c'est-à-dire de déclarer que telle loi votée par le Parlement est annulée parce qu'elle viole la Constitution. C'est le Gouvernement des juges », *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958. Des origines de la loi constitutionnelle du 3 juin 1958 à l'avant-projet du 29 juillet 1958*, Vol. 1, Paris, La Documentation Française, 1987, p. 148.

¹⁰⁰ L'expression « gouvernement des juges » fut employée pour la première fois par le juge Walter Clark. Elle fut reprise en France par Edouard Lambert en 1921. Pour une étude du concept de gouvernement des juges, nous permettons de renvoyer à l'analyse des professeurs Michel Troper et Otto Pfersmann, « Existe-t-il un concept de gouvernement des juges ? » in S. Brondel, N. Foulquier, L. Heuschling (sous la direction de), *Gouvernement des juges et démocratie*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2001, p. 21.

un anachronisme, les Parlements sous l'Ancien Régime, par leur droit d'enregistrement des ordonnances et édits royaux, ainsi que leur pouvoir d'adresser des remontrances au Roi, étaient des tribunaux politiques exerçant, d'une certaine manière, le gouvernement des juges.

Pour obvier à ces dénonciations, beaucoup ont soutenu qu'une telle dérive n'est pas propre au juge constitutionnel. En ce sens, le professeur Denys de Béchillon considère que les juges ordinaires sont également créateurs de normes nouvelles, et qu'ainsi « les juges gouvernent tous les jours ou presque, sans émouvoir personne »¹⁰¹. L'argument aurait pu être réfuté il y a plusieurs décennies, lorsque les juges ordinaires se refusaient à entrer en conflit avec les normes créées par le législateur. Mais depuis que la Cour de cassation et, à sa suite, le Conseil d'Etat, ne se sont plus refusés, par le contrôle de conventionnalité, à apprécier la validité des lois, de telles questions pourraient en effet se poser à leur égard. Néanmoins, l'existence d'autres juridictions outrepassant potentiellement leur office ne rend pas plus légitime le Conseil constitutionnel à outrepasser le sien. En tout état de cause, une telle défense semble donc assez inopérante.

Accuser le Conseil constitutionnel d'exercer une forme de gouvernement des juges conduit nécessairement à admettre, comme le souligne le professeur Michel Troper, que le Conseil constitutionnel est un juge¹⁰². Juge qui gouverne, mais juge quand même. Ainsi, en dépit des critiques, sporadiques, qui s'élèvent au sein de la doctrine ou des politiques, on peut aisément constater qu'aujourd'hui, la thèse juridictionnelle est majoritaire. En 1972, Jacques Larché présentait le Conseil constitutionnel comme un « organe du pouvoir d'Etat ». Dénonçant une institution qui se comporte « comme le juge d'instance d'une de nos sous-préfectures », il plaidait pour une démocratisation de ses décisions, à l'instar de la lisibilité et de la visibilité des mesures prises par les autres organes d'Etat, représentés par le Président de la République, le Gouvernement et le Parlement¹⁰³. Or, si, conformément à sa recommandation, les décisions du Conseil constitutionnel jouissent désormais d'une grande notoriété – singulièrement s'agissant des projets de lois controversées et médiatisées – et d'une meilleure lisibilité – permise notamment par les communiqués de presse et les commentaires des décisions disponibles sur son site internet – ce mouvement a été perçu

¹⁰¹ D. de Béchillon, « Le gouvernement des juges : une question à dissoudre », *D.* 2002, chron., p. 973.

¹⁰² M. Troper, « Existe-t-il un concept de gouvernement des juges ? » in S. Brondel, N. Foulquier, L. Heuschling (sous la direction de), *Gouvernement des juges et démocratie*, *op. cit.*, p. 21.

¹⁰³ J. Larché, « Le Conseil constitutionnel organe du pouvoir d'Etat », *AJDA*, 1972, p. 132.

comme un renforcement de sa juridictionnalisation. En doctrine, cette juridictionnalisation se consolidait par la publication, dès 1975, des *grandes décisions du Conseil constitutionnel*¹⁰⁴. Dans la préface de cet ouvrage, Marcel Waline a entendu démontrer la nature juridictionnelle de l'institution. Retenant deux éléments essentiels permettant de reconnaître une juridiction, que sont l'élément matériel – le juge statue en droit – et l'élément formel – l'autorité de la chose jugée, il affirme que le Conseil constitutionnel statue en droit et que ses décisions, en vertu de l'article 62 alinéa 2 de la Constitution, bénéficient de l'autorité de la chose jugée puisqu'« elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles »¹⁰⁵. Pourtant, c'est précisément en raison de l'hésitation à considérer le Conseil constitutionnel comme une juridiction que les auteurs de la Constitution n'ont pas explicitement opté pour l'expression d'« autorité de la chose jugée »¹⁰⁶. En 1979, François Luchaire, qui a contribué à la rédaction de la Constitution de 1958, publiait un article dans lequel il considérait que le Conseil constitutionnel, lorsqu'il exerce le contrôle de constitutionnalité des lois, est une véritable juridiction. Reprenant l'analyse de Marcel Waline, il se fondait sur ses « attributions juridictionnelles » pour parvenir à cette solution¹⁰⁷. Plus de vingt ans plus tard, dans la même revue, il confirmera sa position en affirmant que « la justice constitutionnelle n'a de particulier que sa compétence »¹⁰⁸.

B) Un débat renouvelé par l'institution de la question prioritaire de constitutionnalité

Le débat sur la nature du Conseil constitutionnel fut cependant renouvelé par la réforme constitutionnelle de 2008 consacrant le mécanisme de la question prioritaire de constitutionnalité. Cette ouverture de la saisine aux justiciables a, de façon paradoxale, autant contribué à sa légitimation qu'à sa délégitimation.

¹⁰⁴ L. Favoreu, L. Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, avec la collaboration de P. Gaïa, R. Ghevontian, F. Mélin-Soucramanien, A. Roux, Dalloz, 16^e ed., 2011, 591 p.

¹⁰⁵ M. Waline, « Préface de la première édition » in L. Favoreu, L. Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, op. cit., XIII.

¹⁰⁶ *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958. Du Conseil d'Etat au référendum. 20 août - 28 septembre 1958*, Vol. 3, Paris, La Documentation Française, 1991, p. 164.

¹⁰⁷ F. Luchaire, « Le Conseil constitutionnel est-il une juridiction ? », *RDP*, 1979, p. 27.

¹⁰⁸ F. Luchaire, « Six constitutionnalistes répondent à six questions concernant le Conseil constitutionnel », *RDP*, 2002, p. 542.

Instrument de légitimation, puisque le règlement intérieur du 4 février 2010 aligne la procédure contentieuse des questions prioritaires de constitutionnalité sur le régime contentieux des juges ordinaires : l'instruction est désormais contradictoire et l'audience est publique¹⁰⁹. Depuis l'entrée en vigueur de la question prioritaire de constitutionnalité, le Conseil constitutionnel a ouvert ses portes aux justiciables et les avocats plaident oralement. Les vidéos des audiences sont disponibles sur le site internet du Conseil constitutionnel et une salle de retransmission a été aménagée dans l'aile Montpensier du Palais Royal afin que le public puisse assister aux audiences. Pour la doctrine, cette juridictionnalisation de la procédure constitutionnelle contentieuse atteste de la nature juridictionnelle du Conseil. Plus encore, le professeur Henry Roussillon et Pierre Esplugas se demandent si le Conseil constitutionnel n'est pas appelé à devenir une véritable Cour suprême¹¹⁰. L'affirmation de son caractère juridictionnel s'accompagne donc d'un discours tendant à considérer que son organisation n'est plus adaptée à ses nouvelles prérogatives, qu'elle est « totalement inacceptable »¹¹¹.

De l'homme sartrien à l'homme nietzschéen, le Conseil constitutionnel, puisqu'il *est* un juge, doit le *devenir*. Comment ? Les réponses à cette question conduisent à soulever ses imperfections, ce qui nous mène aux arguments tendant à le délégitimer. L'obstacle majeur réside dans son mode de nomination, puisque l'article 56 de la Constitution prévoit neuf membres nommés par le Président de la République, le Président de l'Assemblée nationale et le Président du Sénat, ainsi que des membres de droit à vie que sont les anciens Présidents de la République. A cela s'ajoute l'absence de qualification requise pour être nommé, puisqu'il suffit de jouir de ses droits civils et politiques et de ne pas être frappé d'une incapacité physique permanente¹¹². Pas même une « aristocratie de robe », diraient les détracteurs du système français de justice constitutionnelle, mais une aristocratie tout court. Cette question

¹⁰⁹ Décision du 4 février 2010 portant règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité, *JORF* du 18 février 2010, p. 2986.

¹¹⁰ H. Roussillon, P. Esplugas, *Le Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, 7ème ed., 2011, p. 9.

¹¹¹ D. Rousseau, « Faut-il supprimer le Conseil constitutionnel ? » in *Conseil constitutionnel en questions*, L'Harmattan, broché, 2004, p. 7.

¹¹² Articles 10 et 11 de l'ordonnance n°58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.

du mode de nomination, qui est ancienne¹¹³, a conduit Marcel Waline à considérer que cela « tend, sans doute, à lui imprimer le caractère d'une juridiction politique »¹¹⁴. La présence des anciens Présidents, faisant actuellement l'objet d'une proposition de réforme constitutionnelle, est unanimement décriée par la doctrine¹¹⁵. Elle pose de nouvelles difficultés dans le cadre du contrôle *a posteriori*, puisque ces membres de droit sont nécessairement amenés à statuer sur des lois qu'ils ont promulgués¹¹⁶. On observe pourtant que, exception faite des parlementaires, l'indépendance des membres est aujourd'hui rarement mise en cause par la doctrine. Le professeur Jacques Robert, ancien membre du Conseil constitutionnel, a affirmé en ce sens que « le juge constitutionnel français se trouve, quelles que soient ses préférences politiques, dans une situation de *totale* indépendance à l'égard de quiconque »¹¹⁷. À cet égard, les membres du Conseil constitutionnel sont soumis à certaines incompatibilités, singulièrement politiques¹¹⁸, et à un devoir de réserve¹¹⁹. La nomination

¹¹³ « Comment serait composée cette haute juridiction et comment ses membres seraient-ils nommés ? S'ils sont nommés par le gouvernement ou par le parlement, il est à craindre qu'ils n'aient aucune indépendance. S'ils sont élus par le peuple, au suffrage direct ou à deux degrés, cette haute juridiction deviendra un corps politique et ne présentera pas les garanties d'impartialité qu'on lui demande », L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel. La théorie générale de l'Etat*, Tome III, *op. cit.*, p. 715.

¹¹⁴ M. Waline, « Préface de la première édition » in L. Favoreu, L. Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, XIII.

¹¹⁵ V. notamment, D. Chagnollaud, B. Genevois, P. Jan, F. Luchaire, J. Robert, D. Rousseau, « Six constitutionnalistes répondent à six questions concernant le Conseil constitutionnel », *art. préc.*, p. 509. Le rapport « Une Ve République plus démocratique » rendu par le Comité Balladur le 29 octobre 2007 proposait déjà l'abrogation de l'article 56 alinéa 2 de la Constitution afin d'assurer une cohérence entre la juridictionnalisation du Conseil et la composition de ses membres.

¹¹⁶ A cet égard, le Président Valéry Giscard d'Estaing n'a jamais siégé dans le cadre d'une question prioritaire de constitutionnalité. En revanche, le Président Nicolas Sarkozy, durant l'année 2012, a siégé plusieurs fois aux audiences QPC.

¹¹⁷ J. Robert, « Le Conseil constitutionnel a-t-il démérité ? » in *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs, Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Dalloz, 2003, p. 861. Notons que le professeur Jacques Robert a pourtant affirmé, en 2011, que le Conseil constitutionnel aurait sciemment masqué les irrégularités des comptes de campagne d'Edouard Balladur et Jacques Chirac en 1995. V. en ce sens J. Robert, *Le Parisien*, 1^{er} décembre 2011.

¹¹⁸ Article 57 de la Constitution. Cependant, ce n'est que depuis la loi organique n°96-63 du 19 janvier 1995 que la fonction de membre du Conseil constitutionnel est incompatible avec l'exercice d'un mandat électoral.

¹¹⁹ En vertu de l'article 3 alinéa 2 de l'ordonnance n°58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, les membres « jurent de bien et fidèlement remplir leur fonctions, de les exercer en toute impartialité dans le respect de la Constitution, de garder le secret des délibérations et des votes et de ne prendre aucune position publique, de ne donner aucune consultation sur les questions relevant de la compétence du Conseil ». Le Président Valéry Giscard d'Estaing et Simone Veil, membres du Conseil constitutionnel, ont

pour neuf années non renouvelables est également perçue comme un gage d'indépendance, renforcée par ce que Guy Carcassonne a appelé « les effets de la gérontocratie »¹²⁰. En réalité, les critiques de cette « politisation structurelle »¹²¹ paraissent davantage s'attacher au respect de la « théorie des apparences »¹²², selon laquelle la justice doit non seulement être impartiale, mais le paraître. Aujourd'hui, c'est l'indépendance de ses membres plus que sa nature qui fait débat¹²³.

Enfin, la question préjudicielle posée le 4 avril 2013 par le Conseil constitutionnel à la Cour de justice de l'Union européenne, dans le cadre d'une décision QPC¹²⁴, appelle deux remarques. D'une part, une telle solution consolide le dialogue des *judges*, ce qui révèle, pour beaucoup, un renforcement de sa légitimité. D'autre part, et surtout, la réponse faite par la Cour de Luxembourg le 30 mai 2013 est perçue comme une forme de légitimation organique du Conseil constitutionnel. Puisque la Cour de Luxembourg répond au Conseil constitutionnel, alors il faut reconnaître que c'est un juge. C'est notamment l'argumentation du professeur Pascal Jan, qui considère que cette réponse confère « le statut de juge au Conseil constitutionnel toujours contesté par les adversaires les plus irréductibles du contrôle de constitutionnalité approfondi »¹²⁵. Ce postulat n'est pas nouveau et se transpose au dialogue avec la Cour européenne des droits de l'homme. En effet, s'agissant de l'arrêt *Pierre Bloch c/ France* rendu le 21 octobre 1997, le professeur Henry Roussillon et Pierre Esplugas ont affirmé que la Cour de Strasbourg « n'a pas hésité à qualifier le Conseil constitutionnel de

pourtant, en 2005, publiquement soutenu et fait campagne pour le référendum établissant une Constitution pour l'Europe.

¹²⁰ G. Carcassonne, *La Constitution*, Seuil, 11^e éd., 2013, préface Georges Vedel, p. 272. Ce qui explique sans doute pourquoi les membres du Conseil sont souvent qualifiés de « sages ».

¹²¹ J. Chevallier, « Le juge constitutionnel et l'effet Becket », in *Renouveau du Droit constitutionnel, Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Paris, Dalloz, 2007, p. 83.

¹²² La théorie des apparences, reprise par la Cour européenne des droits de l'homme s'agissant du principe d'impartialité (CEDH, 7 juin 2001, *Kress c/ France*), fut conceptualisée par Lord Chief Justice Hewart dans une affaire *R. v. Sussex Justice, Ex parte McCarthy* rendue par la Chambre des Lords en 1924 : « a long line of cases shows that it is not merely of some importance but is of fundamental importance that justice should not only be done, but should manifestly and undoubtedly be seen to be done ».

¹²³ Kelsen considèrerait déjà que la question de savoir si un tribunal constitutionnel relève véritablement de la justice est indifférente. L'essentiel résidait, selon lui, dans son indépendance, H. Kelsen, *Qui doit être le gardien de la Constitution ?*, *op. cit.*, p. 72.

¹²⁴ Décision n° 2013-314P QPC du 4 avril 2013, *M. Jeremy F.*, *JORF* du 7 avril 2013, p. 5799.

¹²⁵ P. Jan, « QPC. Réponse de la CJUE au Conseil constitutionnel », *Droitpublic.net*, 31 mai 2013.

“juridiction constitutionnelle” »¹²⁶. Ce discours consiste donc à légitimer la nature juridictionnelle du Conseil, gardien de la norme suprême de l’ordre interne, par rapport aux juges européens. Or s’il peut s’avérer singulier d’un point de vue théorique, il suscite surtout des difficultés quant à ses conséquences. *Car si le Conseil constitutionnel est une juridiction, pourquoi ne serait-il pas conduit à devenir, lui aussi, un juge européen de droit commun ? Et dans ce cas, quelle serait sa légitimité à contrôler les actes du Parlement national ? Comment pourrait-il à la fois être gardien de la Constitution et gardien des normes internationales qui affirment leur primauté sur cette Constitution ?* À rebours de l’idée selon laquelle la dénonciation des singularités du Conseil constitutionnel permet de « contester et d’affaiblir l’autorité du Conseil constitutionnel »¹²⁷, il s’avère que les partisans de la thèse politique pourraient contribuer à renforcer cette autorité. Le Conseil constitutionnel, s’il est une juridiction, est néanmoins une juridiction spéciale, qui, dans le cadre du contrôle de constitutionnalité des lois, échappe à l’emprise des juges européens. Tel pourrait être le bénéfice de l’idiosyncrasie du juge constitutionnel. Si le Conseil constitutionnel est une juridiction, il n’a pas moins les qualités d’une justice « extraordinaire, mais aussi exceptionnelle »¹²⁸, voire d’une « justice marginale »¹²⁹. D’ailleurs, ne dit-on pas des autres juges qu’ils sont *ordinaires* ? La conclusion du professeur Anne-Marie Le Pourhiet, qui qualifie la nature du Conseil constitutionnel de « mixte, juridique mais cependant très politique », se distinguant des tribunaux ordinaires « par une différence de degré plus que de nature »¹³⁰, paraît donc fort appropriée. Mais cette spécificité, cette nature tant juridique que politique (et non pas politisée), peut s’avérer problématique. C’est pourquoi il est apparu nécessaire de la neutraliser.

¹²⁶ H. Roussillon, P. Esplugas, *Le Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 9.

¹²⁷ P. Jan, « Six constitutionnalistes répondent à six questions concernant le Conseil constitutionnel », *art. préc.*, p. 530.

¹²⁸ O. Jouanjan, « Aperçu d’une histoire des fonctions de justice constitutionnelle en Allemagne (1815-1933) » in C. Grewe, O. Jouanjan, E. Maulin, P. Wachsmann (sous la direction de), *La notion de « justice constitutionnelle »*, *op. cit.*, p. 14.

¹²⁹ P. Cruz Villalon, « Juge constitutionnel et fonction de l’Etat » in C. Grewe, O. Jouanjan, E. Maulin, P. Wachsmann (sous la direction de), *La notion de « justice constitutionnelle »*, *op. cit.*, p. 176.

¹³⁰ A-M. Le Pourhiet, *Droit constitutionnel*, Paris, Economica, 4^e éd., 2012, p. 157.

Section 2 – La neutralisation de l’idiosyncrasie du juge constitutionnel

Si le Conseil constitutionnel est un juge, il n’en demeure pas moins qu’il entretient avec les pouvoirs législatif et constituant des rapports étroits. Sa nature idiosyncrasique tient à ce que, dans le cadre de son contrôle, sa volonté entre en concurrence avec celle du Parlement. Cette immixtion du juge dans les pouvoirs du législateur peut soulever d’insolubles difficultés quant à la légitimation de sa nature juridictionnelle (§1). C’est la raison pour laquelle, se parant des qualités propres à une juridiction, le Conseil constitutionnel a, par sa jurisprudence, œuvré à sa propre légitimation (§2).

§1 – Les apories de l’immixtion du juge constitutionnel dans la législation

La mission de contrôle de la conformité des lois à la Constitution pose deux séries de difficultés. Tout d’abord, le contrôle *a priori* peut s’apparenter à une censure, un veto, ce qui conduit le Conseil à participer au processus législatif (A). De plus, la question prioritaire de constitutionnalité accentue les spécificités du juge de la Constitution, puisqu’il a désormais un pouvoir inédit d’abrogation des lois en vigueur (B).

A) La participation du juge au processus d’élaboration des lois

Qualifiant la controverse sur la nature du Conseil constitutionnel de « stérile »¹³¹, le professeur Dominique Rousseau considère que la question de la légitimité du juge ne se pose que s’il fait un travail d’interprétation du texte en devenir. Si la réponse est positive, le Conseil constitutionnel participe à l’élaboration de la loi car, à travers son interprétation du texte, il « décide du sens du texte »¹³². Ce postulat correspond à la théorie réaliste de l’interprétation, conceptualisée en France par le professeur Michel Troper, qui signifie que la norme n’exprime rien en elle-même puisque la détermination de son contenu passe nécessairement par une opération d’interprétation, par laquelle l’interprète fait un choix sur le sens à donner au texte. Partant, le véritable auteur n’est pas celui qui a édicté la norme, vide de sens en elle-même. L’auteur du texte est l’interprète, qui a substantialisé son contenu¹³³. Ce pré-supposé s’appuie sur la distinction opérée par Kelsen entre acte de volonté et acte de connaissance. L’interprétation comme acte de connaissance signifie que le sens de la norme préexiste à son application. Le texte ne peut faire l’objet d’interprétations divergentes,

¹³¹ D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, Domat-Montchrestien, 9^e éd, p. 79.

¹³² D. Rousseau, *La justice constitutionnelle en Europe*, Montchrestien, *op. cit.*, p. 32 et s.

¹³³ M. Troper, « Justice constitutionnelle et démocratie », *RFDC*, n°1, 1990, p. 31.

puisqu'il ne contient qu'une seule vérité qui lui est intrinsèque. Le maître de Vienne réfute cette théorie en affirmant qu'il est « impossible de déterminer à partir de la Constitution, par interprétation, les lois qui seraient seules correctes ». L'interprétation est donc un acte de volonté, ce qui a pour conséquence d'ériger l'interprète en « créateur du droit ». A ce titre, comme le législateur, mais à un plus faible degré, le juge, lorsqu'il interprète la norme applicable, fait œuvre de création. Or, en tant qu' « organe d'application du droit », il est un « interprète authentique », puisque son interprétation revêt un caractère obligatoire¹³⁴. C'est la raison pour laquelle le professeur Michel Troper considère que le Conseil constitutionnel est « co-législateur » ou « co-auteur » de la loi : en contrôlant la norme, il *choisit* de lui donner une signification et fait ainsi œuvre de législation.

Cette perception est aggravée par la technique des réserves d'interprétation, qui consiste pour le Conseil constitutionnel à assortir sa déclaration de conformité d'une obligation d'interpréter le texte d'une certaine façon, de sorte que sa constitutionnalité puisse être préservée. Ce faisant, le juge *substitue* son interprétation à celle initialement formulée par le Parlement, interprétation que les organes chargés de mettre en application la loi devront respecter. Cette technique, utilisée dès 1959¹³⁵ puis étendue au contrôle de constitutionnalité des lois en 1968¹³⁶, est très fréquemment utilisée. Or elle aboutit inéluctablement à inclure le juge constitutionnel dans le processus d'élaboration de la loi. Le professeur Philippe Blachère, soulignant que ces réserves ne sont pas prévues par la Constitution, considère que cette technique relève d'une « lecture constructive du texte rédigé par le législateur »¹³⁷. L'influence de cette *législation par interprétation* peut être considérable, tant à l'égard du pouvoir législatif que des pouvoirs publics faisant application de la loi. Ainsi, il est remarquable que, le 15 mai 2013, le Conseil d'Etat ait explicitement affirmé que les réserves d'interprétation émises par le Conseil constitutionnel « sont revêtues de l'autorité absolue de la chose jugée et lient le juge administratif pour l'application et l'interprétation de cette disposition », tout en ajoutant qu'elles sont d'ordre public¹³⁸. En doctrine, cette technique fut

¹³⁴ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 453 et s.

¹³⁵ Décision n° 59-2 DC du 24 juin 1959, *Règlement de l'Assemblée nationale*, *JORF* du 3 juillet 1959, p. 6642.

¹³⁶ Décision n°68-35 DC du 30 janvier 1968, *Loi relative aux évaluations servant de base à certaines impôts directs locaux*, *Recueil* p. 19.

¹³⁷ Ph. Blachère, « Le Conseil constitutionnel en fait-il trop ? », *art. préc.*, p. 21 et s.

¹³⁸ CE, 15 mai 2013, *Commune de Gurmençon*, req. n° 340554.

fermement défendue par le doyen Vedel, ancien membre du Conseil constitutionnel, condamnant les critiques des « doctrinaires purs et durs ». Pas seulement utiles, ces réserves seraient nécessaires lorsque le Conseil constitutionnel se trouve face à une disposition dont l'interprétation peut tant aboutir à déclarer sa constitutionnalité que son inconstitutionnalité. Jamais formulées « pour le plaisir », ces réserves ne seraient pas le fruit d'un choix préférentiel du Conseil constitutionnel, mais correspondraient à une vision pragmatique, en ce qu'elles tendent, par l'interprétation, à maintenir la constitutionnalité de la loi¹³⁹. Si elle justifie l'emploi des réserves d'interprétation, cette démonstration conduit également à renforcer la thèse de la participation du juge à l'élaboration de la loi. En effet, le fait qu'une même disposition législative puisse conduire à plusieurs solutions divergentes démontre de manière éclatante l'étendue du pouvoir d'interprétation du juge constitutionnel sur la loi.

Par conséquent, il existe de sérieux obstacles à la reconnaissance de la nature juridictionnelle du Conseil constitutionnel. Le professeur Dominique Turpin souligne ainsi que le rôle de législateur assumé par le Conseil constitutionnel devrait conduire à abandonner le terme de « gouvernement des juges » pour celui de « législation des juges », qu'il considère plus problématique eu égard à la « tradition représentative de la démocratie »¹⁴⁰. Il paraît en effet impensable d'admettre la légitimité du Conseil constitutionnel en démocratie si l'on reconnaît simultanément que, par son contrôle de la constitutionnalité des lois, il est « co-législateur ». Cette théorie est d'autant plus problématique que le Parlement ne peut remettre en cause l'interprétation faite par le juge constitutionnel de la loi, ce qui a conduit le professeur Dominique Rousseau à considérer que le Conseil dispose d'un « pouvoir

¹³⁹ G. Vedel, « Réflexions sur les singularités de la procédure devant le Conseil constitutionnel » in *Nouveaux Juges, Nouveaux Pouvoirs ? Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Dalloz, 1996, p. 552 et s. Ce raisonnement sera repris par le professeur Thierry Di Manno. S'il admet que « cette technique "respire" l'illégitimité », il considère cependant qu'elle est « inhérente aux exigences de l'exercice du contrôle de constitutionnalité des lois » car la norme peut faire l'objet de plusieurs interprétations qui ne sont pas toutes conformes à la Constitution. C'est alors au juge de choisir l'interprétation qui permettra à la loi d'être en conformité avec la Constitution, T. Di Manno, « L'influence des réserves d'interprétation » in G. Drago, B. François, N. Molfessis (sous la direction de), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, op. cit., p. 189.

¹⁴⁰ D. Turpin, *Le Conseil constitutionnel. Son rôle, sa jurisprudence*, Paris, Hachette, 1995, 160 p. S'agissant précisément de cette tradition représentative, l'hostilité à la participation du juge à l'élaboration de la loi peut se résumer à cette formule de Carré de Malberg : « comment pourrait-on souscrire à la thèse des auteurs qui prétendent qu'il serait aujourd'hui au pouvoir de nos tribunaux de renverser tout notre ordre hiérarchique constitutionnel, remontant jusqu'aux origines révolutionnaires, par le seul moyen d'une évolution de jurisprudence, laquelle consisterait de leur part à affirmer leur droit de scruter la légitimité des lois en vue d'apprécier si, d'après leurs propres conceptions morales, sociales ou autres, elles méritent application et qui leur permettrait ainsi de s'égaliser, de leur propre mouvement, au législateur ? », R. Carré de Malberg, *La loi, expression de la volonté générale*, op. cit. p. 124.

d'amendement irréfragable »¹⁴¹. Il est toutefois possible de relativiser cette difficulté, dans la mesure où le Conseil constitutionnel ne dispose pas d'un pouvoir d'auto-saisine. Dès lors, s'il est « co-législateur », il ne l'est que pour certaines lois. Cependant, le mécanisme de la question prioritaire de constitutionnalité suscite de nouvelles difficultés, dans la mesure où le Conseil est désormais habilité à abroger des lois promulguées.

B) Une immixtion exacerbée par le pouvoir d'abrogation des lois en vigueur

L'abrogation est classiquement soumise à la règle du parallélisme des formes et des compétences, selon laquelle seule l'autorité qui a pris l'acte peut procéder à son abrogation¹⁴². Ainsi une disposition constitutionnelle ne peut être abrogée par une loi ; une loi ne peut être abrogée par un acte administratif. L'abrogation doit émaner de l'autorité à l'origine de l'acte initial par l'adoption d'un acte contraire de même nature. La singularité du mécanisme de la question prioritaire de constitutionnalité réside donc dans la possibilité offerte au Conseil constitutionnel de procéder à l'abrogation d'une loi promulguée¹⁴³. Car de deux choses l'une : soit le Conseil constitutionnel est un juge et, dans ce cas, il n'est pas l'auteur de la loi et ne peut procéder à son abrogation, soit le Conseil constitutionnel peut abroger une loi, et alors il faut lui reconnaître la qualité de législateur. Mais l'on ne peut simultanément arguer de la nature juridictionnelle du Conseil constitutionnel tout en niant le caractère problématique d'un tel mécanisme au regard de la séparation des pouvoirs. Pourtant, alors que sa spécificité se justifiait par la singularité du contrôle exercé avant la promulgation des lois dans le cadre d'une saisine par des instances politiques, la question prioritaire de constitutionnalité lui confère une nature pleinement juridictionnelle. D'autant que le Conseil constitutionnel peut, pour des raisons de sécurité juridique, fixer l'abrogation à une date ultérieure et moduler les effets de son abrogation.

Cette *anomalie* est d'autant plus sérieuse que la question prioritaire de constitutionnalité porte une nouvelle atteinte à l'autorité de la loi. En effet, dans l'hypothèse d'une transmission par les juridictions ordinaires, aucune loi ne peut désormais échapper au

¹⁴¹ D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, op. cit., p. 48.

¹⁴² Qu'il nous soit permis de remercier le professeur David Mongoin, dont les subtiles réflexions nous ont ouvert la voie sur ce point.

¹⁴³ Article 62 alinéa 2 de la Constitution : « Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision. Le Conseil constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause ».

contrôle du Conseil constitutionnel. Or la doctrine n'a pas manqué de relever que la réforme constitutionnelle conduisant à mettre en cause l'œuvre du législateur, et portant une nouvelle atteinte à l'autorité de la loi, a été adoptée par le Parlement lui-même. Le professeur Philippe Blachère a ainsi souligné le paradoxe que constitue l'adoption par le Parlement d'une réforme « brisant le principe républicain d'immunité de la loi promulguée »¹⁴⁴, paradoxe qui avait déjà conduit René de Lacharrière, en 1980, à qualifier les parlementaires de « dépossédés, mais contents »¹⁴⁵. Dans le même sens, le professeur Alec Stone Sweet a considéré que « le 21 juillet 2008, la souveraineté de la loi est morte. Le législateur français l'a tuée – dans un acte d'euthanasie »¹⁴⁶.

En définitive, la tentation est grande de considérer que le Conseil constitutionnel, « co-législateur » lorsqu'il opère son contrôle *a priori*, est un « législateur négatif » dans le cadre de la question prioritaire de constitutionnalité¹⁴⁷. Puisqu'il dispose de la faculté de procéder à l'abrogation des lois pour l'avenir, le Conseil constitutionnel fait bien œuvre de *délégislation*. Néanmoins, par la qualification de « législateur négatif », Kelsen entendait signifier que la justice constitutionnelle se distingue du législateur en ce que sa capacité à créer du droit n'est pas libre, mais « absolument déterminée par la Constitution »¹⁴⁸. Or tel n'est évidemment pas le cas du Conseil constitutionnel, qui bénéficie d'une assez large liberté dans l'exercice de son contrôle.

Indubitablement, l'idiosyncrasie du juge constitutionnel réside dans son influence sur le sens et le destin des lois, votées et promulguées, ce qui pose des difficultés au regard de la théorie de la séparation des pouvoirs. Le père fondateur de cette théorie n'a-t-il pas considéré que l'absence de séparation entre la « puissance de juger » et la « puissance législative » conduirait à ce que « le pouvoir sur la vie et la liberté des citoyens serait arbitraire ; car le juge serait législateur »¹⁴⁹ ? Abuser de la liberté qui lui est offerte pourrait donc grandement porter

¹⁴⁴ Ph. Blachère, « Vers un gouvernement du juge constitutionnel ? », *AJDA* 2010, p. 465.

¹⁴⁵ R. de Lacharrière, « Opinion dissidente », *art. préc.*, p. 148.

¹⁴⁶ A. Stone Sweet, « Le Conseil constitutionnel et la transformation de la République », *CCC*, n°25, 2009.

¹⁴⁷ Ph. Blachère, « QPC : censure vaut abrogation ! », *LPA*, n°89, 2011, p. 14 ; P. Puig, « La QPC, prioritaire mais pas première », *RTD Civil*, 2010, p. 66.

¹⁴⁸ H. Kelsen, « La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle) », *art. préc.*, p. 226.

¹⁴⁹ Montesquieu, *De l'Esprit des lois*, Livre XI, chapitre VI.

préjudice à sa légitimité. C'est la raison pour laquelle le juge constitutionnel entend démontrer qu'il fait preuve de prudence dans l'exercice de son contrôle.

§2 – L'œuvre d'auto-légitimation du Conseil constitutionnel

Le Conseil constitutionnel a répondu sans ambages aux critiques tendant à dénoncer sa légitimité. Dès sa création, il a su démontrer sa circonspection à l'égard du législateur (A). Surtout, sa déférence à l'égard du pouvoir constituant peut apparaître comme sa plus solide garantie de légitimité (B).

A) L'autolimitation du juge constitutionnel

En tant qu'organe constitué, le Conseil constitutionnel a une compétence d'attribution strictement délimitée par la Constitution. En tant que juge, il ne peut outrepasser son office. Le contrôle opéré par le Conseil constitutionnel sur les lois relèverait ainsi d'une forme d'« autolimitation »¹⁵⁰. Cette autolimitation se manifeste dès 1975, à travers un considérant péremptoire et immuable, selon lequel « l'article 61 de la Constitution ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement, mais lui donne seulement compétence pour se prononcer sur la conformité à la Constitution des lois déférées à son examen »¹⁵¹. Il rappellera également que cette compétence d'attribution ne lui permet pas de « se prononcer sur l'opportunité de dispositions législatives »¹⁵², ni de « se prononcer au titre d'autres chefs de compétence que ceux expressément prévus par la Constitution ou la loi organique »¹⁵³. Ces formules, qui n'ont, en tant que telles, aucune incidence sur la solution du litige, marquent indubitablement la volonté du Conseil de se légitimer : le juge constitutionnel intervient car la Constitution le prévoit, son intervention ne porte pas atteinte à la liberté du législateur. Le pouvoir de légiférer doit

¹⁵⁰ V. notamment, H. Roussillon, P. Esplugas, *Le Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 104.

¹⁵¹ Décision n°74-54 DC du 15 janvier 1975, *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse* (cons. 1), *JORF* du 16 janvier 1975, p. 671.

¹⁵² Décision n°89-261 DC du 28 juillet 1989, *Loi relative aux conditions de séjour et d'entrée des étrangers en France* (cons. 15), *JORF* du 1^{er} août 1989, p. 9679.

¹⁵³ Décision n°92-131 DC du 23 septembre 1992, *Loi autorisant la ratification du traité sur l'Union européenne* (cons. 1), *JORF* du 25 septembre 1992, p. 13337.

simplement s'opérer dans le respect de la Constitution, comme le rappelle le Conseil constitutionnel dans sa décision du 23 août 1985¹⁵⁴.

Par-delà les formules assertives, l'autolimitation du Conseil se manifeste dans ses techniques de contrôle. Selon le professeur Ariane Vidal-Naquet, le recours à des techniques de contrôle similaires à celles du juge administratif s'inscrit dans une volonté de légitimation, puisque, ce faisant, le Conseil constitutionnel emprunte « au juge administratif son caractère juridictionnel »¹⁵⁵. Cependant, la motivation de ses décisions est encore perçue comme largement insuffisante. Cette « motivation faible » ne serait en effet « guère en phase avec l'appétit de notre temps pour l'expression la plus transparente et la plus abondante possible des raisons des décisions prises »¹⁵⁶. A ce titre, la publication de commentaires autorisés des décisions rendues, disponible sur le site internet du Conseil, est significative dans la mesure où cette forme de communication permet de remédier au caractère parfois lacunaire de la motivation. Plus encore, ces commentaires peuvent aisément être considérés comme une forme d'auto-légitimation. Car si leur vocation première – et apparente – est d'expliquer le sens et la portée de la décision rendue, ils tendent également à démontrer la cohérence du raisonnement poursuivi et les règles sur lesquelles il repose. Le Conseil constitutionnel serait une juridiction, en ce que ses solutions se fondent sur de sérieux moyens juridiques dépourvus de tout opportunisme politique¹⁵⁷.

La nature juridictionnelle de l'institution résulterait donc de la prudence de ses solutions jurisprudentielles. Pierre Mazeaud, ancien Président du Conseil, a ainsi considéré que la légitimité du Conseil résulte de « la cohérence et la retenue de sa jurisprudence »¹⁵⁸. Le professeur Philippe Jestaz affirme quant à lui que « la légitimité d'un juge passe par la vertu

¹⁵⁴ Décision n°85-197 DC du 23 août 1985, *Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie* (cons. 27), *préc.*

¹⁵⁵ A. Vidal-Naquet, « Les cas d'ouverture dans le contrôle de constitutionnalité des lois », *RFDA*, 2008, p. 899.

¹⁵⁶ D. Baranger, « Sur la manière française de rendre la justice constitutionnelle », *Jus Politicum*, n°7, mars 2012.

¹⁵⁷ Le professeur Denis Baranger considère qu'en réalité, la publication des commentaires traduit un « penchant absolutiste », en ce qu'il impose une interprétation de la décision rendue. La conséquence de cela est que le Conseil s'accapare le pouvoir d'interprétation de la Constitution, devenant par là même le gardien exclusif de la Constitution, D. Baranger, *ibid.*

¹⁵⁸ P. Mazeaud, « Préface » in M. Verpeaux, M. Bonnard (sous la direction de), *Le Conseil constitutionnel*, Paris, La documentation française, 2007, p. 11.

de prudence »¹⁵⁹. Dans une étude sur la représentation que se font les membres du Conseil de leur office, Elina Lemaire souligne que leur volonté de légitimer le contrôle de constitutionnalité des lois peut les conduire à méconnaître leur rôle de gardien de la Constitution. Les membres du Conseil constitutionnel seraient en effet soumis à un certain nombre de contraintes qui les conduiraient à adopter des solutions conditionnées par le respect de la cohérence globale de la jurisprudence antérieure, mais également par l'opinion publique¹⁶⁰. En ce sens, le professeur et ancien membre Jacques Robert reconnaît que le Conseil constitutionnel a toujours volontairement pratiqué la retenue, en ne censurant que les atteintes substantielles et franches aux droits et libertés, se montrant ainsi délibérément indulgent envers certaines dispositions contraires à la Constitution¹⁶¹.

En dépit de tout cela, l'auto-légitimation du Conseil se heurte à deux objections majeures. Tout d'abord, sa *prudence affichée* peut refléter une réalité bien différente. Le juge a en effet souvent su se montrer audacieux, adoptant des solutions particulièrement hardies. La décision du 16 juillet 1971 en est un exemple probant. De même, le professeur Philippe Blachère, soulignant que le Conseil constitutionnel en faisait parfois trop, a également relevé des cas de « déni de justice constitutionnelle », notamment constitués par le refus de contrôler les lois référendaires alors même que l'article 61 de la Constitution n'opère pas de distinction entre ces lois et les lois ordinaires¹⁶². En outre, s'il se refuse à déclarer la non-conformité des lois sur le fondement de certains moyens, comme le détournement de pouvoir, il n'en demeure pas moins qu'il opère un contrôle de plus en plus approfondi sur les choix du législateur¹⁶³.

A cette audace s'ajoute un second obstacle théorique, qui repose sur la thèse de l'*autolimitation*. Cette théorie nous semble en effet à la fois inadéquate et fluctuante.

¹⁵⁹ Ph. Jestaz, « Les sources d'inspiration de la jurisprudence du Conseil constitutionnel » in G. Drago, B. François, N. Molfessis (sous la direction de), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, op. cit., p. 13.

¹⁶⁰ E. Lemaire, « Dans les coulisses du Conseil constitutionnel. Comment le rôle de gardien des droits et libertés constitutionnellement garantis est-il conçu par les membres de l'institution ? », *Jus Politicum*, n°7, mars 2012.

¹⁶¹ J. Robert, « Le Conseil constitutionnel a-t-il démérité ? », *art. préc.*

¹⁶² Ph. Blachère, « Le Conseil constitutionnel en fait-il trop ? », *art. préc.*

¹⁶³ Notamment lorsqu'il opère un contrôle de proportionnalité ou de la qualification juridique des faits. Pour une étude approfondie sur les techniques de contrôle du Conseil constitutionnel, voir V. Goesel-Le Bihan, *Contentieux constitutionnel*, Ellipses, 2010, 286 p.

Inadéquate car l'autolimitation n'a de sens que si elle s'applique à une entité qui ne peut se voir limitée de l'extérieure. En d'autres termes, *seul le Souverain, qui ne souffre aucune volonté supérieure à la sienne, peut, par sa propre volonté, s'autolimiter*. Le Conseil constitutionnel, quant à lui, est un organe constitué ; sa compétence est délimitée par la Constitution. Il est certes gardien de cette Constitution, mais *il ne dispose pas du pouvoir constituant, de sorte que sa compétence n'émane pas de sa propre volonté mais de la volonté du Souverain, c'est-à-dire le peuple*. Par conséquent, pourquoi parler d'autolimitation à son égard ?

En outre, cette thèse nous paraît fluctuante dans son application. En effet, s'agissant du Conseil constitutionnel, l'autolimitation est perçue comme une attitude de prudence, de respect des choix opérés par le législateur, qui le légitime dans sa posture de juge. C'est ainsi que lorsque le Conseil constitutionnel fait preuve de prudence, notamment en se refusant à opérer un contrôle de l'opportunité des choix du législateur, ses décisions sont immédiatement saluées par la doctrine¹⁶⁴. Il est vrai qu'une telle attitude tend à le légitimer. Cependant, cette faculté de s'autolimiter est déniée aux représentants élus du peuple. *Alors que l'existence de la justice constitutionnelle se justifie par la nécessité de contrôler les actes adoptés par un Parlement qui ne peut s'autolimiter, cette même autolimitation n'apparaît pas problématique s'agissant du juge constitutionnel*. Le Conseil constitutionnel et le Parlement sont pourtant tous deux des organes constitués dont les compétences sont délimitées par la Constitution. La légitimation par l'autolimitation nous paraît donc curieuse. À cet égard, le professeur Jean-Marie Denquin souligne que, si le Conseil constitutionnel n'a pas un pouvoir général d'appréciation identique à celui du Parlement et que la loi n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution, en réalité, « c'est le Conseil qui détermine sa propre marge d'appréciation et qui dit ce qui est conforme à la Constitution »¹⁶⁵. Mais cette marge d'appréciation trouverait une limite dans le respect de la souveraineté du pouvoir constituant, ultime rempart à sa volonté.

¹⁶⁴ V. récemment, P. Jan, « Mariage gay. Le Conseil constitutionnel et le Parlement. Chacun à sa place », *Le Huffington Post*, 19 mai 2013.

¹⁶⁵ J-M. Denquin, « La jurisprudence du Conseil constitutionnel : grandeur ou décadence du droit constitutionnel ? Un regard surplombant sur les libertés publiques », *Jus Politicum*, n°7, mars 2012.

B) La subordination du juge constitutionnel à la volonté du pouvoir constituant

Si la justice constitutionnelle est un moyen de garantir la suprématie de la Constitution, cette suprématie peut s'avérer délicate en ce qu'elle confère au juge constitutionnel une puissance considérable. Sous la III^e République, Carré de Malberg a montré que la suprématie de la loi procède de la place qu'occupe le Parlement au sommet de la hiérarchie des organes, et qui explique que sa volonté soit « douée de la même suprématie de puissance que la volonté exprimée par le souverain lui-même »¹⁶⁶. Ce raisonnement peut parfaitement être transposé sous la V^e République : si la Constitution est décrite comme la norme suprême, c'est parce qu'elle est le fruit de la volonté du pouvoir constituant originaire, c'est-à-dire du peuple souverain. Par conséquent, *la souveraineté d'une institution conduit inéluctablement à conférer à la norme qu'elle édicte le caractère de norme suprême*. Sous la III^e République, la suprématie de la loi procède de la souveraineté parlementaire. Sous la V^e République, la suprématie de la Constitution procède de la souveraineté du peuple. Soit, mais qu'advient-il du gardien de la norme suprême ? *S'il détient entre ses mains la Constitution, s'il a le pouvoir de l'interpréter, n'est-il pas, lui aussi, détenteur de la souveraineté ?* Le postulat normativiste se révèle donc problématique en ce qu'il peut conduire à la situation inacceptable dans laquelle le Conseil constitutionnel, en tant que gardien de la suprématie de la Constitution, détiendrait – pour partie – l'exercice de la souveraineté. Cette hypothèse n'est d'ailleurs nullement prospective, ce que montre la formule du professeur Dominique Rousseau, selon laquelle « à l'Etat de la souveraineté de la loi et du parlement a succédé l'Etat de la *souveraineté de la Constitution* et la *primauté du Conseil constitutionnel* »¹⁶⁷. Outre le fait que, comme l'a montré le professeur Olivier Beaud, *la souveraineté ne peut appartenir à une norme*¹⁶⁸, ce postulat conduit inmanquablement à rendre illégitime un tel juge en démocratie.

C'est la raison pour laquelle le Conseil a entendu signifier qu'il ne pouvait interférer dans la volonté du pouvoir souverain, refusant ainsi de contrôler la constitutionnalité des lois

¹⁶⁶ R. Carré de Malberg, *La loi, expression de la volonté générale*, *op. cit.*, p. 51.

¹⁶⁷ D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, p. 49. Nous soulignons.

¹⁶⁸ O. Beaud, « Le Souverain », *Pouvoirs*, n°67, 1993, p. 35. Dans le même sens, Carl Schmitt considère que cette « curieuse personnification d'une loi écrite » n'a pas de sens, puisque « seul quelque chose existant concrètement peut être souverain, pas une norme simplement valide », C. Schmitt, *Théorie de la Constitution*, *op. cit.*, p. 136.

constitutionnelles et référendaires. Sa déférence¹⁶⁹ s'est manifestée dès 1962, lorsqu'il s'est refusé à opérer un contrôle sur les lois constitutionnelles – adoptées cependant, en l'espèce, en vertu de l'article 11 de la Constitution – qui « constituent l'expression directe de la souveraineté nationale »¹⁷⁰. Le rôle du Conseil constitutionnel dans le contrôle des révisions constitutionnelles procédant de l'article 89 de la Constitution demeurait cependant incertain. Or la solution adoptée par le Conseil constitutionnel en 1992 fut source de confusions, puisqu'il a considéré, que le pouvoir constituant était souverain « sous réserve » – et la formule a pu s'avérer particulièrement inopportune – des limites que la Constitution pose s'agissant de la procédure de révision constitutionnelle¹⁷¹, ainsi que de l'interdiction, prévue par le cinquième alinéa de l'article 89, de procéder à une révision qui porterait atteinte à la « forme républicaine du gouvernement »¹⁷². En 2003, il rappellera cependant plus explicitement qu'il ne détient pas de la Constitution « le pouvoir de statuer sur une révision constitutionnelle »¹⁷³.

Ces solutions ont permis au doyen Vedel de légitimer le Conseil constitutionnel. Pour lui, en effet, sa légitimité réside dans sa qualité de pouvoir constitué, soumis en dernier lieu à la volonté du pouvoir constituant : le Conseil constitutionnel n'est qu'un juge assurant la suprématie de la Constitution et dont l'interprétation peut être, en quelque sorte, révisée par le pouvoir constituant. Il affirme ainsi que c'est la « plénitude du pouvoir de révision constitutionnelle qui légitime le contrôle de constitutionnalité des lois », puisque le souverain peut, « dans une sorte de lit de justice, briser leurs arrêts »¹⁷⁴. Et on constate en effet qu'à

¹⁶⁹ Les juges ordinaires n'ont, quant à eux, pas toujours fait preuve de la même déférence. Dans un arrêt surprenant, la Cour administrative d'appel de Paris a en effet considéré qu'« il appartient au juge administratif de connaître d'un litige qui tend à la condamnation de l'Etat à la réparation d'un préjudice dont l'origine est située par le requérant dans des dispositions législatives, même de nature constitutionnelle » : CAA Paris, 8 octobre 2003, *Mme Simoni*.

¹⁷⁰ Décision n°62-20 DC du 6 novembre 1962, *Loi relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel direct, adoptée par le référendum du 28 octobre 1962* (cons. 2), *JORF* du 7 novembre 1962 p. 10778.

¹⁷¹ Ces limites étant l'interdiction de procéder à une révision constitutionnelle dans les périodes de vacance de la présidence de la république (article 7 de la Constitution), des circonstances exceptionnelles de l'article 16 de la Constitution et en cas d'atteinte à l'intégrité du territoire (article 89 alinéa 4 de la Constitution).

¹⁷² Décision n°92-312 DC du 2 septembre 1992, *Traité sur l'Union européenne* (cons. 19), *Recueil* p. 76.

¹⁷³ Décision n°2003-469 DC du 26 mars 2003, *Révision constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République*, *JORF* du 29 mars 2003 p. 5570.

¹⁷⁴ G. Vedel, « Schengen et Maastricht », *RFDA*, 1992, p. 173.

deux reprises, des révisions constitutionnelles ont permis de neutraliser les solutions du Conseil constitutionnel. En 1993, le Conseil constitutionnel a rendu une décision dite *Maîtrise de l'immigration* dans laquelle il affirmait que le respect du droit d'asile, qui découle de l'alinéa 14 du Préambule de la Constitution de 1946, s'impose même en cas de stipulations internationales contraires¹⁷⁵. Cette solution créa une vive polémique au sein de la nouvelle majorité et il fut décidé de procéder à une révision de la Constitution pour surmonter la censure du juge. La légitimité du juge a été, durant cette période, fortement remise en cause. Plus encore, le Premier ministre Edouard Balladur, dans son discours prononcé devant le Congrès le 19 novembre 1993 à l'occasion de la révision de la Constitution, s'attaquait directement au Conseil constitutionnel, qualifiant son contrôle de « plus philosophique et politique que juridique »¹⁷⁶. De façon inédite, le Président du Conseil constitutionnel, Robert Badinter, a adressé une réponse au Premier ministre dans le journal *Le Monde*, prenant la défense du Conseil constitutionnel et rappelant que « dans tout Etat démocratique, rien ne peut empêcher que le juge soit source du droit »¹⁷⁷. En 1999, de façon moins véhémement, une révision constitutionnelle venait permettre la mise en œuvre de dispositifs prévoyant d'imposer des quotas de femmes sur les listes électorales¹⁷⁸. Depuis, le contrôle de la constitutionnalité d'une loi par le Conseil constitutionnel ne fut jamais remis en cause par le procédé de révision de la Constitution. Ces deux cas illustrent cependant que le « dernier mot » du pouvoir constituant est décisif dans le processus de légitimation du système français de justice constitutionnelle.

La justification du doyen Vedel souffre cependant d'une limite. En effet, il paraît possible de souscrire à une thèse inverse et considérer que la nécessité d'une révision pour remettre en cause la position du Conseil constitutionnel conduit à faire de sa jurisprudence une source constitutionnelle. C'est la position adoptée par le professeur Luc Heuschling, qui considère que la jurisprudence du Conseil constitutionnel entre dans la catégorie de la

¹⁷⁵ Décision n°96-325 DC du 13 août 1995, *Recueil* p. 224.

¹⁷⁶ La critique du Premier ministre Edouard Balladur en 1993 peut aujourd'hui paraître assez surprenante dans la mesure où, en 2007, il présidait le Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la V^e République qui fut à l'origine de l'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité, et donc de l'extension du pouvoir du Conseil constitutionnel.

¹⁷⁷ R. Badinter, « Le pouvoir et le contre-pouvoir », *Le Monde*, 23 novembre 1993.

¹⁷⁸ Décision n°98-407 DC du 14 janvier 1999, *Recueil* p. 21 ; loi constitutionnelle n°99-569 du 8 juillet 1999 relative à l'égalité entre les hommes et les femmes.

Constitution formelle « dans la mesure où leur modification par les acteurs politiques (...) nécessite une révision »¹⁷⁹. Comme l'a soulevé le professeur Michel Troper, cette nécessité de faire appel au pouvoir constituant pour anéantir la portée de la décision du Conseil conduit à exacerber la fonction législative du Conseil constitutionnel¹⁸⁰. Au demeurant, le Sénat, bien qu'exerçant la fonction législative, n'a pas le dernier mot dans le processus de votation des lois. Dès lors, l'absence de dernier mot sur la loi du Conseil constitutionnel ne ferait pas en lui-même obstacle à la reconnaissance de sa participation au processus législatif. Cette théorie semble néanmoins constituer l'une des plus solides formes de légitimation du Conseil constitutionnel. A l'image de la puissance du Parlement sous la III^e République, que Carré de Malberg justifiait par la faculté des nouveaux représentants élus par le peuple de modifier les lois en vigueur¹⁸¹, le Conseil constitutionnel serait légitime en ce que le pouvoir constituant dérivé peut toujours, par le procédé de révision, mettre en cause ses décisions.

Cependant, si l'existence du Conseil constitutionnel est considérée comme un moyen légitime, il faut se demander comment les fins qu'il poursuit sont également décrites comme telles.

¹⁷⁹ L. Heuschling, « La Constitution formelle » in *Traité international de droit constitutionnel. Théorie de la Constitution*, Tome 1, Dalloz, 2012, p. 266.

¹⁸⁰ M. Troper, « La logique de justification du contrôle de constitutionnalité des lois » *art. préc.*, p. 927.

¹⁸¹ R. Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie générale de l'Etat*, Sirey, 1920-1922, rééd., Dalloz, 2004, préface E. Maulin, Tome I, p. 228.

CHAPITRE 2

La justification fonctionnelle : la justice constitutionnelle comme fin légitime

Nonobstant la place prépondérante de l'organicisme dans les discours de justification de la justice constitutionnelle, on constate que la substance a désormais considérablement supplanté la forme. La justice constitutionnelle est en effet désormais présentée comme l'instrument de parachèvement de l'Etat de droit.

Les difficultés pouvant résulter des discours de légitimation fonctionnelle résident dans leur impossible rationalisme. La détermination des fins poursuivies est en effet nécessairement variable, évolutive et tributaire de postulats subjectifs. Ainsi, la fonction assignée au Conseil constitutionnel – et subséquemment sa légitimation – a, depuis sa création, évolué. Si l'existence de la justice constitutionnelle s'est d'abord justifiée par une exigence de limitation du pouvoir des organes de l'Etat (**Section 1**), la protection des droits et libertés est aujourd'hui devenue le discours dominant de légitimation (**Section 2**).

Renouant avec la conception révolutionnaire, ces deux fins répondent synchroniquement à l'énoncé de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, qui formule une double exigence de séparation des pouvoirs et de garantie des droits.

Section 1 – Les bases constitutionnalistes de la justice constitutionnelle¹⁸²

Le constitutionnalisme, au sens moderne, est classiquement défini comme la limitation du pouvoir de l'Etat par la Constitution. Cette doctrine constitue le soubassement essentiel de l'avènement de la justice constitutionnelle. La légitimité du Conseil constitutionnel résiderait en effet dans sa double fonction d'encadrement des organes de l'Etat (§1), et de garantie de la séparation des pouvoirs (§2).

§1 – La justice constitutionnelle comme instrument de limitation du pouvoir

Sous l'empire des Républiques passées, si l'exercice d'un contrôle de constitutionnalité des lois par les juges paraissait inadmissible, d'éminents auteurs ont néanmoins plaidé pour une limitation du pouvoir de l'Etat par le droit, c'est-à-dire pour la

¹⁸² Que l'on veuille bien nous pardonner ce pastiche révérencieux du célèbre article du doyen Vedel sur « les bases constitutionnelles du droit administratif ».

réalisation de l'Etat de droit (A). Avec le constitutionnalisme, le système français de justice constitutionnelle trouvait ainsi son pygmalion (B).

A) La genèse du contrôle de constitutionnalité des lois comme instrument de limitation du pouvoir

Si le constitutionnalisme apparaît avant tout comme « une doctrine des moyens au service des fins libérales de la limitation du pouvoir »¹⁸³, il correspond plus encore à une doctrine des moyens de limitation du pouvoir au service de la protection des libertés individuelles. Le constitutionnalisme procède en effet d'une pensée libérale fermement défendue, au XIX^e siècle, par Benjamin Constant, dont on ne saurait minimiser l'influence dans l'histoire du constitutionnalisme du XX^e siècle. Opposant l'« *exercice* » de la liberté des anciens, qui aboutit à « l'assujettissement complet de l'individu à l'autorité de l'ensemble », à la « *jouissance* » de la liberté des modernes, qui permet le plein exercice de la liberté individuelle¹⁸⁴, il conçoit la Constitution comme « un acte de défiance, puisqu'elle prescrit des limites à l'autorité »¹⁸⁵. Dans cette perspective, la Constitution doit se contenter de limiter les organes de l'Etat, limitation qui permet à l'individu d'être libre. Cependant, contrairement aux théories constitutionnalistes contemporaines, le respect de la Constitution n'impose pas une protection juridictionnelle, la garantie de la limitation du pouvoir devant être confiée à un « pouvoir neutre ». Si Constant avait d'abord imaginé un corps élu pour incarner ce tiers situé au-dessus des autres pouvoirs, il considéra par la suite que ce rôle devait appartenir au Monarque¹⁸⁶. Si le penseur libéral ne plaidait pas en faveur d'un contrôle juridictionnel sur les actes du Parlement, sa pensée constitue cependant les prémices de la construction intellectuelle de l'Etat de droit. Carl Schmitt montre en effet que l'Etat de droit présuppose

¹⁸³ M. Barberis, « Idéologies de la constitution – Histoire du constitutionnalisme » in Michel Troper, Dominique Chagnollaud (sous la direction de), *Traité international de droit constitutionnel. Théorie de la Constitution*, Tome 1, Paris, Dalloz, 2012, trad. Isabelle Boucobza, p. 113.

¹⁸⁴ B. Constant, « De la liberté des anciens comparée à celle des modernes. Discours prononcé à l'Athénée de Paris » in *Ecrits politiques*, Gallimard, 1997, préface M. Gauchet, p. 591. Nous soulignons.

¹⁸⁵ Cité par O. Beaud, « Constitution et droit constitutionnel » in D. Alland, S. Rials (sous la direction de), *Dictionnaire de la culture juridique, op. cit.*, p. 257.

¹⁸⁶ Cette théorie du « pouvoir neutre » fut reprise par Carl Schmitt pour justifier un gardien de la Constitution en la personne du Président du Reich. V. en ce sens, A. Le Divellec, « Le gardien de la Constitution de Carl Schmitt. Eléments sur les paradoxes d'une "théorie" constitutionnelle douteuse » in O. Beaud, P. Pasquino (sous la direction de), *La controverse sur le « gardien de la Constitution » et la justice constitutionnelle. Kelsen c/ Schmitt, op. cit.*, p. 48 et s.

toujours un « principe de répartition (*Verteilungsprinzip*) »¹⁸⁷ entre le pouvoir limité de l'Etat – sa « mesurabilité (*Messbarkeit*) »¹⁸⁸ – et la liberté illimitée de l'individu. Tel était bien le postulat de Constant.

A partir de la III^e République, il ne s'agit plus seulement de penser des instruments de limitation du pouvoir, mais de parvenir à la réalisation de l'Etat de droit. En France, trois éminents juristes furent à l'origine de sa conceptualisation : Léon Duguit, Maurice Hauriou et Raymond Carré de Malberg.

Duguit, qui, selon ses propres mots, niait « énergiquement la souveraineté de l'Etat »¹⁸⁹, souhaitait voir l'Etat limité par un droit qui existe « sans », « au-dessus » et « à côté » de lui, et qui se matérialise par les déclarations de droit et les lois constitutionnelles. S'insurgeant contre les théories allemandes de l'autolimitation, il considérait qu'outre l'organisation du régime politique de l'Etat, cette limitation devrait passer par la soumission de tous les organes de l'Etat aux tribunaux chargés de sanctionner le non-respect de ce droit. Par conséquent, les juridictions ordinaires doivent pouvoir vérifier que l'Etat législateur lui-même respecte ce droit supérieur¹⁹⁰. En ce sens, pour Duguit, le contrôle de constitutionnalité des lois est consubstantiel à l'Etat de droit¹⁹¹. Hauriou développait une théorie similaire. Se demandant « qui va modérer le pouvoir législatif ? », il plaidait pour l'introduction d'un contrôle juridictionnel de constitutionnalité diffus, qui serait seul à même de permettre à l'Etat d'être « entièrement sous le régime du Rechtsstaat »¹⁹². Dans une perspective strictement normativiste, Carré de Malberg identifiait la limitation de l'Etat au respect du droit, en ce sens que la souveraineté doit être « une puissance soumise à l'emprise du droit ». Il distinguait ainsi l'Etat légal, celui de la III^e République, et l'Etat de droit. Une telle distinction nous semble cependant contestable. En effet, l'Etat légal et l'Etat de droit se définissent tous deux

¹⁸⁷ C. Schmitt, *Théorie de la Constitution*, *op. cit.*, p. 264.

¹⁸⁸ C. Schmitt, *ibid.* p. 269.

¹⁸⁹ L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 455.

¹⁹⁰ L. Duguit, *ibid.*, p. 589 et s.

¹⁹¹ « un pays dans lequel on ne reconnaît pas ce droit aux juridictions ne vit pas véritablement dans un régime d'Etat de droit », L. Duguit, *ibid.*

¹⁹² M. Hauriou, *Principes de droit public*, *op. cit.*, p 75.

comme un *Etat soumis à une norme*, législative dans l'un, constitutionnelle dans l'autre¹⁹³. Ainsi, que la loi soit « l'expression de la volonté générale », ou qu'elle ne soit l'expression de la volonté générale « que dans le respect de la Constitution », est, de ce point de vue, indifférent. Certes, la norme qualifiée de suprême change de visage. Mais qu'elle soit loi ou Constitution, elle s'impose aux organes de l'Etat. *L'Etat reste donc soumis au droit, que ce droit soit caractérisé par la suprématie de la loi ou celle de la Constitution*. On pourrait objecter que la pertinence de la distinction réside dans l'existence d'un contrôle juridictionnel des lois dans l'Etat de droit, qui ferait défaut dans l'Etat légal. C'est le présupposé de Carré de Malberg qui, constatant l'absence de mécanisme permettant la contestation devant le juge « des actes étatiques vicieux » adoptés par le législateur, considérait que la France « ne s'est pas élevée jusqu'à la perfection de l'Etat de droit »¹⁹⁴. Mais dans l'Etat de droit, *qui peut contester devant une juridiction les « actes étatiques vicieux » adoptés par le pouvoir constituant dérivé ?* Puisque dans l'Etat légal la loi est la règle de droit supérieure, les pouvoirs publics sont soumis au principe de légalité dont le juge contrôle le respect. De même, puisque, dans l'Etat de droit, la Constitution est la règle de droit supérieure, les pouvoirs constitués doivent respecter la Constitution que la justice constitutionnelle doit garantir. Par conséquent, *la règle de droit change tandis que la soumission de l'Etat à la règle de droit demeure*. De ce point de vue, il semble donc que l'Etat légal et l'Etat de droit ne diffèrent pas fondamentalement.

Ceci étant, la théorie de l'Etat de droit fournissait une forte justification au contrôle de constitutionnalité des lois sous la V^e République. L'Etat, en tant que sujet et objet du droit, doit simultanément assurer la création du droit et son respect. Partant, *l'Etat de droit est le fondement ultime de la justice constitutionnelle, sa raison d'être, le ferment de son expansion*.

B) De la limitation du pouvoir à la limitation d'un pouvoir

Si l'Etat de droit se définit comme la limitation du pouvoir de l'Etat par le droit, il apparaît que la création de la justice constitutionnelle en France n'était destinée qu'à la limitation d'un pouvoir : le pouvoir législatif. Comment une telle limitation a pu s'opérer ?

¹⁹³ En ce sens, Carl Schmitt définit l'« Etat législateur » comme celui dans lequel « ce sont des normes qui expriment le plus parfaitement possible la volonté générale », et qui trouve ainsi « son expression adéquate dans le normativisme », C. Schmitt, « Légalité et légitimité » in *Du politique. « Légalité et légitimité » et autres essais*, op. cit., p. 39 et p. 41.

¹⁹⁴ R. Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie générale de l'Etat*, op. cit. Tome I, p. 492.

A la question de savoir quel est le « moyen essentiel et le plus efficace » pour limiter le Parlement, Carré de Malberg répondait que c'était sa soumission au respect de la Constitution, par « l'ouverture d'une voie de recours contre les lois inconstitutionnelles »¹⁹⁵. Si le Parlement doit respecter la Constitution, il devient un organe constitué, qui peut souffrir des restrictions. Ainsi, « une fois écartée l'identification de la loi avec la volonté générale, il n'existe plus de raison qui mette obstacle à l'établissement d'un contrôle juridictionnel s'exerçant sur les lois en vue de vérifier leur conformité à la Constitution ; mais il y a, au contraire, de fortes raisons qui appellent la consécration par la Constitution de ce contrôle destiné à empêcher la toute puissance législative du Parlement »¹⁹⁶. C'est précisément l'ambition du nouveau régime. En soumettant le Parlement à la Constitution, la V^e République en faisait un organe constitué ne pouvant substituer sa volonté à celle du Peuple qui s'est exprimée à travers le pouvoir constituant originaire. L'expérience passée a donc conduit les auteurs de la Constitution de 1958 à imaginer une institution, le Conseil constitutionnel, permettant de limiter la prépondérance du Parlement, de remettre en cause son hégémonie. Ainsi, en 1958, présentant la nouvelle Constitution au Conseil d'Etat, Michel Debré considérait qu'il fallait s'affranchir du régime d'assemblée des III^e et IV^e Républiques. Dans cette perspective, le contrôle de constitutionnalité des lois apparaissait comme un mécanisme nécessaire « pour changer les mœurs ». Il présentait donc le Conseil constitutionnel comme l'instrument permettant de soumettre le Parlement à la Constitution, comme une « arme contre la déviation du régime parlementaire »¹⁹⁷. Dès lors, si la garde de la Constitution est confiée au Président de la République, qui, conformément à l'article 5 de la Constitution, veille à son respect, la garde du respect par le Parlement de la Constitution est confiée au Conseil constitutionnel, qui veille à la constitutionnalité des actes qu'il adopte. Originellement, c'est donc la remise en cause de la souveraineté parlementaire qui a permis de trancher le nœud gordien de la justice constitutionnelle, lui conférant par là une légitimité fonctionnelle¹⁹⁸.

¹⁹⁵ R. Carré de Malberg, *Ibid.*, Tome II, p. 134.

¹⁹⁶ R. Carré de Malberg, *La loi, expression de la volonté générale*, op. cit., p. 221.

¹⁹⁷ M. Debré, Discours devant le Conseil d'Etat du 27 août 1958.

¹⁹⁸ Ceci alors que depuis 1971, et comme nous le verrons, la justification de la justice constitutionnelle s'inscrit dans une dialectique de protection des droits fondamentaux.

Depuis 1958, le Conseil constitutionnel, en limitant considérablement le pouvoir du Parlement, a rempli sa mission. Il est d'ailleurs souvent allégué que la seule crainte d'une saisine du Conseil constitutionnel conduit désormais le législateur à prendre soin d'élaborer des lois respectueuses de la Constitution. Le Conseil constitutionnel ne s'est d'ailleurs pas seulement limité à censurer les lois contraires à la Constitution, puisqu'il a soumis le Parlement à un principe de non rétractation, appelé « effet cliquet », qui consiste à refuser au Parlement l'abrogation d'une loi mettant en œuvre une règle constitutionnellement garantie. Cette solution, théoriquement problématique en ce qu'elle porte atteinte à la liberté du législateur, est remplacée depuis 1986 par le respect des « garanties légales des exigences constitutionnelles ». Dans une décision relative à la liberté de communication, le Conseil constitutionnel commence ainsi par rappeler que le législateur peut modifier ou abroger une disposition législative antérieure. Mais il ajoute que « l'exercice de ce pouvoir ne saurait aboutir à priver de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel »¹⁹⁹. Cette privation peut résulter tant des lois qui abrogent des dispositions mettant en œuvre des principes à valeur constitutionnelle que par des lois nouvelles ne prévoyant pas de mécanismes de protection suffisante²⁰⁰. La construction d'un « mur constitutionnel » laisse ainsi place à une « jurisprudence de seuil »²⁰¹.

Cette forme de légitimation est cependant relative. Elle découle en effet de postulats profondément *tendancieux*, en ce qu'elle conduit tant à légitimer la justice constitutionnelle pour ceux qui souhaitent que le Parlement, potentiellement dangereux pour la protection des libertés individuelles, soit limité, qu'à la délégitimer pour ceux qui considèrent que le pouvoir de légiférer doit s'exercer librement²⁰². Ainsi, pendant que Jean Rivero se réjouissait de ce que le contrôle de constitutionnalité des lois a permis de « parachever, en France, la construction de l'Etat de droit, en rendant effective la soumission du Législateur souverain à la règle qui fonde son pouvoir et en le contraignant par là au respect des libertés

¹⁹⁹ Décision n°86-217 DC du 18 septembre 1986, *Loi relative à la liberté de communication* (cons. 4), *JORF* du 19 septembre 1986, p. 11294.

²⁰⁰ V. Goesel-Le Bihan, *Contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, p. 162 et s.

²⁰¹ G. Drago, *Contentieux constitutionnel français*, *op. cit.*, p. 400 et s.

²⁰² V. pour une illustration de ces deux discours, L. Hamon, P. Thibaud, « Le Conseil constitutionnel et la démocratie. Léo Hamon, Paul Thibaud : un échange », *Le Débat*, n°43, 1987, p. 69. En réalité, cette opposition n'est rien de moins que celle du libéralisme et de la démocratie.

publiques »²⁰³, René de Lacharrière s'insurgeait contre le pouvoir détenu par « neuf personnes totalement irresponsables » de censurer la volonté d'un Parlement démocratiquement élu²⁰⁴.

Ce discours de légitimation substitue donc la théorie de limitation du pouvoir au cas précis de limitation de l'édiction des normes. L'acte administratif est contrôlé par le Conseil d'Etat ; l'acte législatif est désormais soumis au contrôle du Conseil constitutionnel. *Chaque norme a son juge, que la Constitution surplombe dans sa grande majesté*. L'Etat constitutionnel est né. Cependant, la difficulté de cette justification fonctionnelle, intrinsèquement *finaliste*, réside dans la limitation du contrôle de constitutionnalité aux seuls actes législatifs. Qu'en est-il, en effet, des actes de gouvernement qui échappent à tout contrôle juridictionnel ?

§2 – La justice constitutionnelle comme garantie de la séparation des pouvoirs

Depuis 1789, la limitation du pouvoir se matérialise par la séparation fonctionnelle des organes. Dès lors, c'est par le contrôle du respect de la séparation des pouvoirs que la justice constitutionnelle puise sa légitimité originaire (A). Néanmoins, l'analyse de la jurisprudence du Conseil montre qu'il s'est écarté tant des motifs de sa création que des fondements traditionnels du principe de la séparation des pouvoirs (B).

A) La genèse de la justice constitutionnelle comme garantie de la séparation des pouvoirs

Si le contrôle juridictionnel des lois permet de normativiser la Constitution, il est corrélativement un instrument de garantie de la séparation des pouvoirs puisque, sans celle-ci, point de Constitution. Le paradoxe de cette justification tient à ce qu'auparavant, c'était précisément au nom du principe de la séparation des pouvoirs que le contrôle de constitutionnalité des lois paraissait aberrant²⁰⁵. *Comment un mécanisme décrit comme*

²⁰³ J. Rivero, « Fin d'un absolutisme *art. préc.*, p. 5.

²⁰⁴ R. de Lacharrière, « Opinion dissidente », *art. préc.* p. 133.

²⁰⁵ C'est d'ailleurs notamment au nom du principe de la séparation des pouvoirs que Carl Schmitt rejetait l'idée d'un gardien en la forme juridictionnelle de la Constitution, S. Baume, « Introduction » in H. Kelsen, *Qui doit être le gardien de la Constitution ?*, *op. cit.*, p. 14. Il y a là une incohérence dans sa pensée puisque, dans sa *Théorie de la Constitution*, publiée avant son article sur *Le Gardien de la Constitution*, il considérait que le pouvoir du juge de contrôler la constitutionnalité des lois ne peut porter atteinte à la séparation des pouvoirs. Pour lui, le juge ne peut en effet « empiéter » sur le législateur, dans la mesure où il « est soumis à la loi, et même s'il tranche le doute sur la validité d'une loi il ne sort pas du domaine de la pure normativité ; il fait obstacle mais

attentatoire au principe de la séparation des pouvoirs est-il devenu son instrument de protection ? Il est possible de recenser deux fondements théoriques à ce renversement paradigmatique.

Le premier est issu d'une instrumentalisation de la pensée de Montesquieu²⁰⁶. Pour lui, puisque la limitation du pouvoir est consubstantielle à l'exercice de la liberté politique, il est nécessaire que « par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir »²⁰⁷. Dans cette perspective, la Constitution permet de rendre effective la séparation – ou, plutôt, la *division* – des fonctions en plusieurs corps. Sous la V^e République, le Conseil constitutionnel serait ainsi doté de la « faculté d'empêcher » que Montesquieu attribuait à l'Exécutif²⁰⁸. La pensée du monarchiste libéral est ainsi détournée, puisqu'à un contre-pouvoir politique s'est substitué un contre-pouvoir juridictionnel²⁰⁹. La légitimation du système français de justice constitutionnelle résulterait ainsi du raisonnement suivant : *puisque la Constitution a vocation à encadrer le principe de la séparation des pouvoirs, et que la justice constitutionnelle assure le respect de la Constitution, alors la justice constitutionnelle permet de garantir le respect de la séparation des pouvoirs*. Le syllogisme est imparable.

De plus, la justice constitutionnelle n'apparaît pas seulement comme un instrument permettant d'assurer la séparation entre l'Exécutif et le Législatif, mais encore entre le pouvoir législatif et le pouvoir constituant²¹⁰. Pour comprendre le second motif de cette évolution, il convient de se référer aux écrits de Charles Eisenmann. Dans sa thèse de doctorat, il considère qu'outre les vices de forme, l'inconstitutionnalité d'une norme résulte toujours d'une violation par le législateur des règles de compétence prévues par la

n'ordonne pas ». On retrouve ici de manière assez surprenante la théorie du « législateur négatif » conceptualisée par Kelsen, C. Schmitt, *Théorie de la Constitution*, op. cit., p. 333.

²⁰⁶ De manière anecdotique, les professeurs Jean Gicquel et Jean-Eric Gicquel nous apprennent que les membres du Conseil délibèrent sous son buste, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, op. cit., p. 744.

²⁰⁷ Montesquieu, *De l'esprit des lois*, Livre XI, chapitre IV.

²⁰⁸ Montesquieu, *ibid.*, Livre XI, chapitre VI.

²⁰⁹ Ce détournement fut opéré par Kelsen, dès 1928, lorsqu'il considérait que la justice constitutionnelle est une « affirmation » de la séparation des pouvoirs, H. Kelsen, « La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle) », *art. préc.*, p. 204.

²¹⁰ Séparation qui était, pour Carré de Malberg, la condition de réalisation de la limitation de la « puissance de l'Etat », R. Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie générale de l'Etat*, op. cit., Tome I, p. 233.

Constitution, de sorte que l'inconstitutionnalité matérielle d'une norme signifie qu'elle « aurait dû être posée en la forme constitutionnelle »²¹¹. Puisque l'inconstitutionnalité matérielle de la loi est supplantée par une inconstitutionnalité procédurale, il apparaît logique que le « sens juridique de la justice constitutionnelle » soit « de garantir la répartition de la compétence entre législation ordinaire et législation constitutionnelle »²¹².

Ces présupposés théoriques ont donc conduit à confier au Conseil constitutionnel une fonction de contrôle du respect de la séparation des pouvoirs, faisant suite à la délimitation du domaine des compétences législatives et réglementaires consacrée par les articles 34 et 37 de la Constitution, afin « d'éviter l'arbitraire, et tenter d'associer à la fois autorité et liberté »²¹³. Cependant, le Conseil constitutionnel semble s'être sinon détourné de cette fonction, du moins l'avoir largement remodelée.

B) Une protection incertaine de la séparation des pouvoirs par le Conseil constitutionnel

Dans l'esprit des auteurs de la Constitution de la V^e République, le Conseil constitutionnel devait avoir pour mission de veiller à contrecarrer les empiètements du pouvoir législatif sur le pouvoir exécutif. Le contrôle juridictionnel de constitutionnalité des lois n'avait en effet pas pour fonction d'assurer le respect des droits et libertés, mais permettait simplement d'assurer le respect de la répartition des compétences telle que mise en œuvre par la Constitution. En ce sens, lors d'une réunion du groupe de travail de rédaction de la Constitution, François Luchaire affirmait que le Conseil constitutionnel « ne sera pas en réalité le gardien de la Constitution, mais permettra de régler certains litiges d'ordre juridique opposant les grands organes de l'Etat »²¹⁴.

²¹¹ C. Eisenmann, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, op. cit., p. 17. Ici, Charles Eisenmann se réapproprie la pensée de Kelsen, qui considère que « même si une loi est jugée anticonstitutionnelle, parce qu'elle a un contenu anticonstitutionnel, elle n'est anticonstitutionnelle que parce qu'elle n'a pas été adoptée comme une loi modifiant la Constitution ». H. Kelsen, *Qui doit être le gardien de la Constitution ?*, op. cit., p. 80.

²¹² C. Eisenmann, *ibid.*, p. 20.

²¹³ M. Debré, Discours devant le Conseil d'Etat du 27 août 1958.

²¹⁴ Compte rendu de la réunion du groupe de travail du 8 juillet 1958, *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958. Des origines de la loi constitutionnelle du 3 juin 1958 à l'avant-projet du 29 juillet 1958*, op. cit., p. 382.

Pourtant, depuis 1982, le Conseil assure avec assez peu de rigidité le contrôle de la séparation fonctionnelle des pouvoirs. En effet, il ne sanctionne plus, lorsqu'il est saisi en vertu de l'article 61 de la Constitution, les empiètements du pouvoir législatif sur le domaine réglementaire, considérant que les articles 37 alinéa 2 et 41 de la Constitution permettent au gouvernement d'y remédier autrement²¹⁵. Ainsi, par une lecture constructive des articles 34 et 37, le Conseil constitutionnel considère désormais qu'une loi qui empiète sur le domaine réservé par l'article 37 au pouvoir exécutif n'est pas contraire à la Constitution²¹⁶. Plus surprenant eu égard à sa vocation initiale, le Conseil a admis des atteintes substantielles à l'article 21 de la Constitution qui attribue au Premier ministre l'exercice du pouvoir réglementaire. Ainsi, en 1986, il a considéré que l'octroi par le législateur du pouvoir réglementaire à une autorité indépendante ne portait pas atteinte à l'article 21 de la Constitution²¹⁷. Dès lors, si la protection de la séparation des pouvoirs a servi de justification à la création du Conseil, celui-ci s'est largement émancipé de cette fonction première. Pour Jean Boulouis, une telle évolution était prévisible, car « il n'est pas dans la nature d'un contrôle de constitutionnalité de se borner à défendre un seul pouvoir mais au contraire de les assujettir toute à une loi commune »²¹⁸.

En réalité, la tentative de déceler qui du pouvoir exécutif ou législatif le Conseil constitutionnel protège le mieux paraît vaine. Car sa jurisprudence, bien qu'abondante en la matière, ne paraît pas obéir à des règles fixes et préétablies²¹⁹. Une décision retiendra cependant notre attention. En 2012, statuant sur une loi de finances rectificative, le Conseil constitutionnel rappelle que « le principe de la séparation des pouvoirs s'applique à l'égard du

²¹⁵ Décision n°82-143 DC du 30 juillet 1982, *Loi sur les prix et les revenus, notamment ses articles 1,3 et 4*, *JORF* du 31 juillet 1982 p. 2470.

²¹⁶ Cela a été rappelé récemment par une décision n°2012-649 DC du 15 mars 2012, *Loi relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives* (cons. 10), *JORF* du 23 mars 2012, p. 5253.

²¹⁷ Décision n°86-217 DC du 18 septembre 1986, *Loi relative à la liberté de communication*, *JORF* du 19 septembre 1986, p. 11294. Le Conseil constitutionnel a néanmoins limité la portée de ce pouvoir réglementaire spécifique : Décision n°88-248 DC du 17 janvier 1989, *Loi modifiant la loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*, *JORF* du 18 janvier 1989, p. 754.

²¹⁸ J. Boulouis, « Le défenseur de l'Exécutif », *Pouvoirs*, n°13, 1980, nouvelle éd. 1986, p. 40.

²¹⁹ Même si elles apparaissent toujours très protectrices des autorités juridictionnelles. Ainsi, il a notamment considéré que le principe de séparation des pouvoirs « implique le respect du caractère spécifique des fonctions juridictionnelles, sur lesquelles ne peuvent empiéter ni le législateur ni le Gouvernement » : Décision n°2011-192 QPC du 10 novembre 2011, *JORF* du 11 novembre 2011 p. 19005.

Président de la République et du Gouvernement »²²⁰. Il en déduit alors – et le moyen est soulevé d’office – que la fixation par le Parlement du traitement du Président de la République et du Premier ministre est contraire au principe de séparation des pouvoirs. Par conséquent, quelques jours plus tard, le Chef de l’Etat fixait son traitement par décret²²¹. Cette solution, qui n’est pas sans surprendre, est particulièrement protectrice du pouvoir exécutif, et le professeur Olivier Beaud en a formulé une vive critique. Il affirme en effet que cette décision s’éloigne de la préconisation de Montesquieu, selon laquelle le pouvoir doit arrêter le pouvoir, pour tendre à un isolement des pouvoirs ; une conception rigide de la séparation des pouvoirs pourtant étrangère à la tradition française. Plus encore, il considère que cette solution va « au rebours de toute l’histoire constitutionnelle », rappelant qu’en 1791, le passage de l’Ancien Régime au constitutionnalisme fut notamment concrétisé par l’établissement d’une liste civile, c’est-à-dire un budget du Roi, géré par un administrateur nommé par le pouvoir législatif. De même, en 1848, c’est la Constitution qui fixait directement le montant de l’indemnité du Président. Ainsi, il ne manque pas de relever qu’une telle protection du Président de la République dans un régime présidentiel paraît curieuse, évoquant une « sorte de renaissance d’une alliance originelle entre le pouvoir exécutif et le Conseil constitutionnel » au détriment du Parlement²²².

En définitive, comme l’a affirmé le Président Valéry Giscard d’Estaing dans son discours d’allocution du 28 septembre 1978 prononcé à l’occasion du XX^e anniversaire de la Constitution : « La France est devenue “Etat de droit”, c’est-à-dire que chaque autorité même la plus haute s’exerce sous le contrôle d’un juge ». Pourtant, le constitutionnalisme, s’il a servi de fondement initial au système français de justice constitutionnelle, est rapidement devenu insuffisant pour justifier l’existence du contrôle de constitutionnalité des lois. Ainsi, dès 1971, la légitimation fonctionnelle va se parer d’une nouvelle dimension. La justice constitutionnelle n’est plus seulement rendue nécessaire par les exigences de limitation du pouvoir : elle est destinée à la protection des droits et libertés.

²²⁰ Décision n°2012-654 DC du 9 août 2012, *Loi de finances rectificative pour 2012 (II)*, *JORF* du 17 août 2012.

²²¹ Décret n°2012-938 du 23 août 2012 relatif au traitement du Président de la République et des membres du Gouvernement.

²²² O. Beaud, « Le Conseil constitutionnel et le traitement du président de la République : une hérésie constitutionnelle », *Jus Politicum*, n°9.

Section 2 – La justice constitutionnelle au service du néo-constitutionnalisme

Le néo-constitutionnalisme peut être défini comme la doctrine qui tend à la protection des droits et libertés par la Constitution. Elle excède ainsi le cadre constitutionnaliste de limitation du pouvoir pour aboutir à une garantie effective des droits de l'homme et des libertés politiques. *Au constitutionnalisme qui prescrivait une interdiction d'agir contrairement au droit, de ne pas outrepasser les compétences que la Constitution délimite, le néo-constitutionnalisme propose une obligation d'agir pour donner vie à cette Constitution, pour assurer de manière active la protection des droits et libertés.* Dépassant le seul cadre de l'Etat de droit, la justice constitutionnelle est désormais justifiée par sa contribution à la réalisation de l'Etat de *droits*.

Comment se justifie la protection par le Conseil constitutionnel de l'Etat de droits ? D'une part, la justice constitutionnelle protègerait les libertés politiques, en assurant une fonction de contre-pouvoir (§1). D'autre part, elle assurerait une protection effective des droits et libertés individuelles (§2).

§1 – La protection des droits et libertés politiques : le juge constitutionnel comme contrepoids

La légitimation fonctionnelle néo-constitutionnaliste tend à démontrer que le Conseil constitutionnel assure une mission de protection des minorités politiques en faisant contrepoids au fait majoritaire (A). En période d'instabilité politique, c'est-à-dire d'alternance ou de cohabitation, cette mission est survalorisée (B).

A) Une fonction de protection des minorités politiques

L'idée que la justice constitutionnelle puisse permettre de remédier à l'iniquité entre la majorité et les minorités politiques a été développée dès 1928 par Kelsen. S'il refusait de reconnaître à la justice constitutionnelle une fonction de contrepoids du Parlement²²³, il n'en demeure pas moins qu'elle avait selon lui pour signification de rendre « supportable » la « domination » de la majorité. Et même, dira-t-il, la « dictature de la majorité »²²⁴. Puisque la majorité n'est pas en mesure de procéder à une révision constitutionnelle sans le concours de

²²³ H. Kelsen, *Qui doit être le gardien de la Constitution ?*, *op. cit.*, p. 114.

²²⁴ H. Kelsen, « La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle) », *art. préc.*, p. 253.

la minorité, le contrôle de la constitutionnalité des lois oblige la majorité à agir dans le respect de la Constitution. Si elle souhaite outrepasser les règles constitutionnelles, elle doit réviser la Constitution et donc bénéficier du soutien de la minorité. Cette théorie se rattache à ce que le maître de Vienne a appelé le « compromis » entre majorité et minorité : puisque le principe majoritaire peut conduire à une subversion de la démocratie s'il n'est pas accompagné de mécanismes de contrôle, il faut que la minorité puisse également jouer un rôle déterminant dans le processus démocratique. La justice constitutionnelle apparaît alors comme le moyen permettant de rendre compte de ce compromis, puisqu'elle oblige la majorité à prendre en compte les attentes de la minorité²²⁵.

Sous la V^e République, cette justification est particulièrement congrue. La réforme constitutionnelle de 1962, qui a instauré l'élection du Président de la République au suffrage universel direct, a en effet marqué le passage du parlementarisme au présidentielisme. Le Chef de l'Etat dispose désormais d'un gouvernement chargé de faire appliquer son programme au Parlement. La majorité parlementaire a ainsi laissé place à la majorité présidentielle, ce qui a provoqué une considérable confusion des pouvoirs. Désormais, les lois sont majoritairement issues d'initiatives gouvernementales ; initiatives qui correspondent elles-mêmes à la mise en œuvre du programme politique pour lequel le Président a été élu. Cette situation est aggravée par la possibilité qu'offre l'article 38 de la Constitution au gouvernement de légiférer par ordonnances, dont l'utilisation s'est avérée pléthorique. Le doyen Vedel a ainsi parlé d'une « overdose majoritaire » et d'une « mainmise du pouvoir majoritaire sur l'appareil d'Etat tout entier »²²⁶. Dès lors, la révision constitutionnelle de 1974, élargissant la saisine à soixante députés ou soixante sénateurs, allait permettre aux minorités politiques, désarmées face à l'omnipotence de la majorité présidentielle, de disposer d'un moyen permettant de freiner l'action gouvernementale. Le Conseil constitutionnel n'est plus le défenseur de l'exécutif, mais le contrepoids de cet exécutif. A cet égard, il paraît significatif que, dans le cadre de la procédure de contrôle *a priori*, alors que l'inconstitutionnalité de la loi peut être motivée par les *parlementaires* auteurs de la saisine à travers la production d'observations, la constitutionnalité de la loi votée n'est pas défendue par le Parlement, mais par le *Gouvernement*, dont le Secrétariat général livre ses observations

²²⁵ R. Baumert, « *Audiat et altera pars* : Justice constitutionnelle et décision démocratique dans la pensée de Hans Kelsen » in O. Beaud, P. Pasquino (sous la direction de), *La controverse sur le « gardien de la Constitution » et la justice constitutionnelle. Kelsen c/ Schmitt, op. cit.*, p. 127.

²²⁶ G. Vedel, « Neuf ans au Conseil constitutionnel », *Le Débat*, n°55, 1989, p. 61.

en défense²²⁷. Le Conseil constitutionnel est, de ce seul fait, un arbitre des conflits juridiques opposant le gouvernement et sa majorité à l'opposition. On constate ainsi depuis 1974 une augmentation fulgurante du nombre de saisines, faisant du Conseil constitutionnel un organe essentiel de participation au processus de formation de la loi. Sa légitimation en sortait renforcée. Le doyen Favoreu a fortement contribué à ce discours, puisqu'il affirmait que la légitimité de la justice constitutionnelle tient notamment à sa fonction de contrepoids de la majorité. Plus encore, l'existence d'un contrôle de constitutionnalité des lois serait rendue nécessaire par la garantie de l'équilibre entre la majorité et l'opposition, qui est l'élément essentiel des « régimes démocratiques modernes »²²⁸.

Cette forme de légitimation est évidemment problématique, puisqu'elle remet en cause les fondements de la démocratie représentative, reposant sur le principe de majorité. Car considérer que la justice constitutionnelle est nécessaire à la protection des minorités contre la majorité, c'est penser que cette dernière ne peut à elle seule garantir le respect du jeu de la démocratie. En ce sens, le professeur Michel Troper soulève le paradoxe qui consiste à vouloir remettre en cause le principe majoritaire en le soumettant au respect d'une Constitution elle-même adoptée selon le processus majoritaire. Ce faisant, il considère que « si le principe majoritaire devait être contesté, c'est la légitimité du processus constituant qu'il faudrait remettre en question »²²⁹. Cette *tension entre la légitimation fonctionnelle du juge-contrepoids et le système représentatif* explique que certains membres du Conseil se soient attachés à réfuter l'idée que la justice constitutionnelle puisse être un contre-pouvoir. Ainsi, Jacques Robert souligne que « le Conseil constitutionnel ne s'est jamais considéré comme un contre-pouvoir. Et il avait la hantise secrète qu'à l'extérieur on le considérât comme tel »²³⁰. De même, le doyen Vedel s'opposait à la légitimation du Conseil comme « régulateur chargé de combattre les extrêmes de la vie politique ». Comme Kelsen, il considérerait que le juge se contentait de rappeler que certaines lois ne peuvent être adoptées

²²⁷ Dans le cadre du contrôle *a posteriori*, la procédure s'inscrit dans la même logique puisque les observations en défense sont produites par le Premier ministre et que, lors de l'audience publique, les parties qui s'opposent sont le requérant et le représentant du Premier ministre.

²²⁸ L. Favoreu, « De la démocratie à l'Etat de droit », *Le Débat*, n°64, 1991, p. 154.

²²⁹ M. Troper, « La logique de justification du contrôle de constitutionnalité des lois », *op. cit.*, p. 928.

²³⁰ J. Robert, « Le Conseil constitutionnel a-t-il démerité ? » in *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs, Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, art. préc., p. 871.

autrement que par une révision constitutionnelle²³¹. Mais telle n'était pas l'opinion de Robert Badinter. Pour lui, la réforme constitutionnelle de 1974 a « transformé le Conseil constitutionnel d'instance de régulation en juge des différends constitutionnels entre majorité et opposition ». Plus révélateur, il considère que le mécontentement pouvant résulter de la déclaration d'inconstitutionnalité d'une loi exprimé par la majorité est celui « de tout pouvoir face à un contre-pouvoir »²³². Ce faisant, il démontre la frontière ténue – sinon inexistante – entre contrepoids et contre-pouvoir. Or, si, en période d'instabilité politique, l'existence d'un tel contre-pouvoir s'est vue fortement réprochée par les majorités successives, la justification fonctionnelle en sortait pourtant affermie.

B) Une légitimation renforcée en période d'instabilité politique

A partir de 1981, le Conseil constitutionnel a connu une période décisive durant laquelle, en dépit de la contestation permanente de sa légitimité par les majorités et gouvernements, on a assisté à un essor considérable de sa jurisprudence. Ce phénomène s'explique par la volonté de rationaliser le flux de mesures législatives faisant suite à un *changement de majorité*, dite alternance, ou à un *schisme entre la majorité parlementaire et le Président de la République*, c'est-à-dire à la cohabitation. Il s'agit donc de canaliser, par le contrôle de constitutionnalité des lois, la surenchère politique pouvant résulter d'effets d'annonces électoralistes. En ce sens, la censure par le Conseil des lois de nationalisations votées par la nouvelle majorité socialiste en 1982 est assurément la plus controversée. Depuis lors, les majorités parlementaires se succédant n'ont eu de cesse de dénoncer le pouvoir d'obstruction du Conseil. Mais peu importe ce « feu de paille », objectera le doyen Vedel : « si les majorités et les minorités, les bravos et les sifflets adressés au juge alternent, la jurisprudence du Conseil n'emprunte rien à l'alternance »²³³. Des critiques formulées par les majorités de droite comme de gauche, le juge constitutionnel en sortirait renforcé : elles sont la preuve de son indépendance. En effet, la multiplication des saisines parlementaires, et leur diversité, ont conduit à considérer que les parlementaires, en acceptant d'user de cette arme,

²³¹ G. Vedel, « Neuf ans au Conseil constitutionnel », *art. préc.*

²³² R. Badinter, « Le pouvoir et le contre-pouvoir », *Le Monde*, 23 novembre 1993.

²³³ G. Vedel, « Réflexions sur les singularités de la procédure devant le Conseil constitutionnel » in *Nouveaux Juges, Nouveaux Pouvoirs ? Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Dalloz, 1996, p. 546.

légitime l'existence de la justice constitutionnelle²³⁴. À l'inverse, les opposants au contrôle de constitutionnalité des lois ont déploré de voir les parlementaires accepter si aisément, par leurs saisines, que leurs actes puissent souffrir un tel contrôle²³⁵. La doctrine néo-constitutionnaliste, cependant, se félicite du nouveau visage que revêt le contrôle de constitutionnalité des lois, singulièrement en période d'instabilité politique. Ainsi, le doyen Favoreu constate que la justice constitutionnelle a « pour effet d'éviter un trop fort retour de balancier susceptible de rompre l'équilibre constitutionnel »²³⁶. Dans le même sens, le professeur Dominique Rousseau considère que le Conseil constitutionnel est un « organe essentiel de la régulation politique »²³⁷. Ce tourbillon d'alternances et de cohabitation a en effet rendu nécessaire l'existence d'un contrepoids, d'un tiers arbitre. C'est la « juridicisation de la vie politique, ou « la politique saisie par le droit », chère au doyen Favoreu²³⁸. La nécessité d'un contrepoids à la majorité apparaissait d'autant plus nécessaire qu'une formule a, en 1981, hanté les constitutionnalistes. Répondant à Jean Foyer lors d'un débat sur les nationalisations qui se tenait au Parlement le 13 octobre 1981, le député socialiste André Laignel affirmait : « j'aurais aimé entendre un gardien de la Constitution, je n'ai entendu qu'un défenseur du champ clos des intérêts privés, du pré carré des privilèges ». Déclarant fournir une « analyse juridique permettant de démontrer la légitimité et la légalité des nationalisations », il répondait à la question de savoir si ces nationalisations sont contraires à l'article 17 de la Déclaration de 1789 en considérant que l'argumentation de Jean Foyer « bascule du juridique au politique. De ce fait, il a juridiquement tort, car il est politiquement minoritaire »²³⁹. Les constitutionnalistes n'ont alors cessé de décrier ce qui fut décrit comme un *archaïsme* et une *dérive parlementariste*. Cette formule ne devait pas s'avérer prophétique.

Cette forme de légitimation conduit donc à reconnaître au Conseil un rôle essentiel de protection des droits de la minorité élue. Puisque, depuis l'élection du Président de la

²³⁴ L. Favoreu, P. Gaïa, R. Ghevontian, J-L. Mestre, O. Pfersmann, A. Roux, G. Scoffoni, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 366.

²³⁵ R. de Lacharrière, « Opinion dissidente », *art. préc.*, p. 133.

²³⁶ L. Favoreu, « Actualité et légitimité du contrôle juridictionnel des lois en Europe occidentale », *RDP*, 1984, p. 1196.

²³⁷ D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, p. 49.

²³⁸ L. Favoreu, etc., *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 308.

²³⁹ Ce à quoi Jean Foyer répondra : « C'est la négation du droit ! ».

République au suffrage universel direct, le fait majoritaire a conduit à une confusion des pouvoirs exécutifs et législatifs, il est apparu nécessaire qu'un juge puisse freiner ce fait majoritaire et, ce faisant, devenir un contre-pouvoir.

A elle seule, cette justification serait cependant insuffisante. En effet, elle pose d'indéniables difficultés au regard des fondements de la démocratie représentative. Comment une institution de membres non élus pourrait légitimement devenir le contre-pouvoir de représentants du peuple ? Autrement dit, *si le fait majoritaire ne suffit plus, comment le fait juridictionnel pourrait-il être admis ?* La réponse proposée par la théorie néo-constitutionnaliste est décisive : la justice constitutionnelle est légitime car elle a pour fonction de protéger les droits de l'homme.

§2 – La protection des droits et libertés individuels : le juge constitutionnel comme gardien des droits de l'homme

La protection des droits de l'homme constitue, depuis 1971, le *plus puissant vecteur de légitimation* du système français de justice constitutionnelle. Le Conseil constitutionnel apparaît désormais comme un acteur essentiel de la réalisation de l'*Etat de droits*, entendu comme l'Etat protecteur et promoteur des droits et libertés (A). Si cette fonction est précieuse pour la légitimité du juge constitutionnel, elle demeure contestée par une partie de la doctrine, qui voit dans ce discours un instrument de renforcement du rôle créateur du juge dans la constitutionnalisation des droits et libertés (B).

A) Une légitimité affermie : la participation du Conseil constitutionnel à la réalisation de l'Etat de droits

Depuis l'incorporation du Préambule de la Constitution dans son champ de contrôle, le Conseil constitutionnel se présente comme le gardien des droits de l'homme contre la volonté potentiellement dangereuse des représentants élus. Puisque le législateur doit respecter la Constitution, et que la Constitution prescrit le respect de certains droits et libertés, le juge a pour mission naturelle de veiller, par le respect de la Constitution, au respect de ces droits. De l'Etat de droit, le Conseil constitutionnel contribue à la promotion de l'*Etat de droits*, c'est-à-dire qu'il tend à la fois à *prémunir les citoyens des atteintes portées par le pouvoir à leurs droits* qu'à *conférer aux individus de nouveaux droits*. En effet, la censure d'une loi dans le cadre du contrôle *a priori*, tout comme son abrogation dans le cadre du contrôle *a posteriori*, conduit le juge à empêcher de légiférer lorsque les droits et libertés sont remis en cause, ou à

remédier à la situation dans laquelle l'individu serait privé de ses droits en raison d'une loi promulguée.

Cette forme de légitimation correspond aujourd'hui au *discours canonique*. La grande majorité des constitutionnalistes s'accordent en effet à considérer que la fonction principale du Conseil est de garantir les droits et libertés constitutionnels. La réforme de la question prioritaire de constitutionnalité a évidemment permis de *légitimer la légitimation*, puisque le Conseil, dans le cadre de son contrôle *a posteriori*, se consacre désormais exclusivement aux atteintes portées aux droits et libertés que la Constitution garantit. La légitimité du juge constitutionnel se trouve indéniablement renforcée par l'ouverture de son prétoire aux justiciables. Désormais, ils bénéficient d'un juge permettant tout à la fois de garantir leur liberté et de leur permettre de remettre en cause toute loi qu'ils jugeraient attentatoire à leurs droits. L'Etat de droits est ainsi parachevé, et la légitimité du juge constitutionnel renforcée. Aucune loi votée, en quelque domaine que ce soit, n'est à l'abri de la censure du juge, et pas une loi en vigueur ne peut échapper à son abrogation. La formule du doyen Favoreu prend alors sens et corps : la « constitutionnalisation des branches du droit » est couronnée.

Cependant, une partie de la doctrine conteste l'effectivité de la protection par le juge constitutionnel des droits et libertés que la Constitution garantit. Ainsi, si le professeur Valérie Goesel-Le Bihan présente le contrôle de proportionnalité comme une « technique de protection des libertés publiques », elle émet néanmoins des réserves, en raison de l'utilisation récente de ce contrôle par le juge²⁴⁰. De même, le contrôle de l'erreur manifeste est souvent critiqué par la doctrine, car le juge laisserait passer des inconstitutionnalités non substantielles qu'il a pourtant pour mission de censurer²⁴¹.

Le professeur Yves Poirmeur considère que la jurisprudence du Conseil n'est en réalité célébrée que par un « milieu libéral et éclairé, porteur des valeurs humanistes et attaché à la défense des droits de l'homme », c'est-à-dire qu'elle bénéficie de « l'avis d'une communauté autorisée », qui n'est pas dominante puisque « toute une frange de la doctrine s'interroge sur la réalité de l'apport du Conseil constitutionnel à la protection des droits de

²⁴⁰ V. Goesel-Le Bihan, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel, technique de protection des libertés publiques ? », *Jus Politicum*, 2011.

²⁴¹ Y. Poirmeur, « Le Conseil constitutionnel protège-t-il véritablement les droits de l'homme ? » in G. Drago, B. François, N. Molfessis (sous la direction de), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 330 et s.

l'homme »²⁴². Plus surprenant, le professeur Dominique Rousseau – qui était nommé visé par le professeur Yves Poirmeur comme faisant partie de cette « communauté autorisée » – s'est lui-même rallié à cette position en considérant que la dénomination de « gardien des libertés publiques » est une « construction doctrinale qui puise ses matériaux dans le fond commun des pensées jusnaturalistes »²⁴³. Ces contestations renvoient en réalité à la question de la légitimité du juge. Comme le montre le professeur Jacques Chevallier, on est aujourd'hui passé d'une conception formelle de l'Etat de droit, c'est-à-dire d'un Etat qui agit au moyen du droit, à une conception substantielle de l'Etat de droit, qui implique le respect de certains droits. En ce sens, il souligne que l'Etat de droit n'est pas « l'Etat de n'importe quel droit »²⁴⁴. Dans cette perspective, le rôle du juge dans la détermination des droits et libertés protégés par l'*Etat de droits* peut s'avérer contestable.

B) Une légitimité affaiblie : la participation du Conseil constitutionnel à la détermination des droits et libertés constitutionnels

Le passage de « la conception formelle de l'Etat de droit » à la « conception substantielle de l'Etat de droit » nous mène à l'interrogation suivante : de quels droits parle-t-on ? La justice constitutionnelle prend entièrement part à cette problématique puisque c'est précisément le juge qui a pour tâche, dans le cadre de son contrôle, d'identifier les droits et libertés nécessitant une protection particulière²⁴⁵. Cela pose indubitablement la question de sa légitimité. En effet, comme le souligne le professeur Dominique Rousseau, le Conseil constitutionnel « découvre régulièrement, par un travail sur l'écrit, de nouveaux droits, de nouvelles libertés non expressément formulés dans les déclarations »²⁴⁶. Ce faisant, il

²⁴² Y. Poirmeur, *ibid.*, p. 325.

²⁴³ D. Rousseau, « De quoi le Conseil constitutionnel est-il le nom ? », *Jus Politicum*, n°7, 2012.

²⁴⁴ J. Chevallier, *L'Etat de droit*, Montchrestien – Lextenso éditions, 5^e éd., 2010, p. 87.

²⁴⁵ *Contra*, le doyen Vedel considère que le juge ne fait jamais œuvre de création des normes constitutionnelles. Il affirme ainsi : « Il est étonnant d'entendre certains hommes politiques dire que le Conseil constitutionnel a inventé en bonne partie ce bloc de constitutionnalité, alors qu'il n'a fait qu'appliquer des textes, même si les auteurs de ceux-ci n'ont pas toujours compris ce qu'ils avaient écrit », G. Vedel, « Préface » in G. Drago, B. François, N. Molfessis (sous la direction de), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, XI.

²⁴⁶ D. Rousseau, « La jurisprudence constitutionnelle : quelle "nécessité démocratique" ? » in G. Drago, B. François, N. Molfessis (sous la direction de), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 366.

« produit un espace constamment ouvert à la création continue de droits et libertés »²⁴⁷. Cet espace « ouvert » a cependant l'inconvénient d'accroître les incertitudes quant à la détermination des droits de l'homme, certains droits consacrés par le Conseil ayant d'ailleurs fait l'objet de vives controverses doctrinales²⁴⁸. Kelsen reconnaissait lui-même cette difficulté. C'est la raison pour laquelle il préconisait, afin de « restreindre le pouvoir des tribunaux et donc le caractère politique de leur fonction », que les dispositions de la Constitution soient rédigées en termes précis. Il considérait en effet que l'introduction « des concepts percutants et vagues comme la "liberté", l' "égalité", l' "équité", etc » conduirait à « un glissement du pouvoir du Parlement à une même instance extérieure, non prévue par la Constitution et totalement inadéquate politiquement parlant »²⁴⁹. Or, précisément, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, le Préambule de la Constitution de 1946 et la Charte de l'environnement de 2005 sont des textes singulièrement flous, que le juge constitutionnel doit nécessairement, par un acte de volonté, interpréter. A ce titre, il semble remarquable que le rapporteur de la décision *Liberté d'association*, M. François Goguel, ait estimé que la mention par le Préambule de la Constitution de 1946 des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République était « tellement générale et tellement vague » qu'il serait « fort difficile et fort dangereux parce que nécessairement fort arbitraire ou au moins fort subjectif de l'invoquer à l'appui d'un contrôle de constitutionnalité d'une loi votée conformément aux règles fixées par la Constitution de 1958 »²⁵⁰.

Ainsi, deux raisons nous conduisent à considérer que la légitimité du Conseil sort affaiblie de cette participation à la détermination des droits et libertés. D'une part, la consécration par le juge de principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, de principes à valeur constitutionnelle ou d'objectifs de valeur constitutionnelle, qui ne découlent parfois d'aucun texte²⁵¹, est sans doute l'aspect le plus contesté de sa jurisprudence. Plus

²⁴⁷ D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, p. 562.

²⁴⁸ Y. Poirmeur, *ibid.*, p. 318. Il cite notamment les débats relatifs à la bioéthique, à l'égalité, à la propriété ou au droit des étrangers.

²⁴⁹ H. Kelsen, *Qui doit être le gardien de la Constitution ?*, *op. cit.*, p. 86.

²⁵⁰ B. Mathieu, J-P. Machelon, F. Mélin-Soucramanien, D. Rousseau, X. Philippe, *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel. 1958-1983*, Paris, Dalloz, 2009, p. 214.

²⁵¹ Par exemple, le principe fondamental reconnu par les lois de la République qui réserve au juge administratif la compétence pour le contentieux de l'annulation ou la réformation des actes de puissance publique découle de la « conception française de la séparation des pouvoirs », décision n°86-224 DC du 23 janvier 1987, *Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence*, *Recueil* p. 8. De

encore, si l'on se rallie à la théorie réaliste de l'interprétation, ces solutions ne diffèrent pas des autres dans la mesure où les normes, même écrites, ne signifient rien en soi. Le professeur Michel Troper affirme ainsi que le Conseil est toujours libre de donner la signification qu'il souhaite aux dispositions constitutionnelles, ce qui signifie qu'il n'est « soumis qu'à ses propres normes, à sa propre volonté »²⁵². Quelle que soit la position adoptée, la consécration ou non par le Conseil de principes fondamentaux reconnus par les lois de la République est perpétuellement contestée²⁵³. C'est la raison pour laquelle, depuis les années quatre-vingt-dix, et selon les préconisations du doyen Vedel, le juge fait désormais un usage parcimonieux de cette technique juridique. Néanmoins, certains refus de consacrer des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, refus dont la motivation est souvent laconique, ont également pu faire l'objet de vives critiques par la doctrine²⁵⁴. Cette liberté du juge peut donc porter préjudice à sa légitimité. Ainsi, le professeur Jean-Marie Denquin, pour dénier la qualité de gardien des libertés publiques du Conseil constitutionnel, affirme : « Un droit qui ne s'impose jamais au juge, un juge qui décide en vertu d'opportunités stratégiques voire de solidarités politiques peut-il être un gardien de quoi que ce soit ? »²⁵⁵.

D'autre part, l'opération de *conciliation* des droits et libertés qu'opère le juge entre deux principes constitutionnels contradictoires, qui permet d'éviter de hiérarchiser les dispositions constitutionnelles, s'avère également problématique. Comme le souligne le professeur Anne-Marie le Pourhiet, la conciliation traduit une « rigueur et une logique

même, l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public ne découle d'aucun texte. Enfin, on peut relever le principe de valeur constitutionnelle de continuité du service public, dont la base textuelle fait également défaut, décision n°79-105 DC du 25 juillet 1979, *Recueil* p. 33.

²⁵² M. Troper, « Justice constitutionnelle et démocratie », *art. préc.*, p. 37.

²⁵³ Le professeur Jean-Marie Denquin considère ainsi que le Conseil constitutionnel *choisit* de créer ou non de nouvelles normes constitutionnelles selon la décision qu'il souhaite adopter : s'il souhaite censurer une loi, il est libre de « découvrir un principe fondamental reconnu par les lois de la République » et, *a contrario*, s'il souhaite valider une loi, il relayera ce potentiel PFRLR en « une simple tradition républicaine », J.-M. Denquin, « La jurisprudence du Conseil constitutionnel : grandeur ou décadence du droit constitutionnel ? Un regard surplombant sur les libertés publiques », *art. préc.*

²⁵⁴ Pour un exemple très récent, v. le refus opposé par le juge dans la décision n°2013-669 DC du 17 mai 2013, *Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe* (cons. 21), *JORF* du 18 mai 2013 p. 8281. Sur la controverse doctrinale qui s'en est suivie, v. A. Viala, « Un PFRLR contre le mariage gay ? : quand la doctrine fait dire au juge le droit qu'elle veut qu'il dise », *RDLF*, 2013, chron. n°4, 21 janvier 2013 et A.-M. Le Pourhiet, « Un PFRLR contre le mariage gay ? Réponse à Alexandre Viala », *RDLF*, 2013, chron. n°5, 4 février 2013.

²⁵⁵ J.-M. Denquin, « La jurisprudence du Conseil constitutionnel : grandeur ou décadence du droit constitutionnel ? Un regard surplombant sur les libertés publiques », *art. préc.*

juridiques » qui peuvent s'avérer préjudiciables. Prenant exemple sur la conciliation qu'a opérée le juge entre le droit à la santé et le droit de propriété s'agissant de la publicité de l'alcool et du tabac, elle se demande, non sans sarcasmes : « à quand la conciliation jurisprudentielle entre le droit à la paix et la liberté d'entreprendre des marchands de canons ? »²⁵⁶. Cette conciliation s'avère en réalité malaisée car le juge se trouve en présence de textes parfois contradictoires. Le professeur Anne-Marie Le Pourhiet rappelle ainsi que, d'un côté, la Déclaration de 1789 traduit une vision libérale, consacrant des droits civils et politiques, c'est-à-dire des « droits de », tandis que le Préambule de la Constitution de 1946 correspond à l'Etat providence, consacrant des droits économiques et sociaux, c'est-à-dire des « droits à »²⁵⁷. Rattachant ces deux visions à la distinction entre liberté des anciens et liberté des modernes théorisée par Benjamin Constant, le professeur Dominique Rousseau affirme que le « débat devient alors insoutenable », car l'abandon de l'une ou de l'autre des libertés ne saurait être tolérée. D'autant que, selon lui, cette conciliation, qui tend à satisfaire tout le monde, conduit à ce qu'en pratique il ne protège ni l'une ni l'autre²⁵⁸.

Les apories de la légitimation du système français de justice constitutionnelle par la fonction de protection des droits de l'homme, et notamment de la conciliation de dispositions constitutionnelles contradictoires, peuvent aisément s'expliquer par ce que Carl Schmitt a appelé le « compromis dilatoire de façade ». Il signifie qu'en l'absence de consensus sur une disposition de la Constitution, ses rédacteurs décident de contourner la difficulté en choisissant sciemment une disposition vague qui ne tranche pas la question. Une disposition résultant d'un tel compromis dilatoire satisfait ainsi « toutes les exigences et laisse irrésolus les vrais points d'achoppement grâce à une expression ambiguë »²⁵⁹. C'est la raison pour laquelle il rejette l'hypothèse d'un gardien juridictionnel de la Constitution, puisque, selon lui, une Cour statuant sur les « conflits d'interprétation des lois constitutionnelles serait en réalité une instance de haute politique » car elle serait amenée à trancher les « doutes et divergences d'opinions qui résultent des particularités du compromis dilatoire de façade et devrait en fait prendre la décision de fond qui avait été ajournée par le compromis »²⁶⁰. Cette théorie nous

²⁵⁶ A-M. Le Pourhiet, « A propos de la bioéthique : la démocratie selon Ponce Pilate », *Pouvoirs*, n°59, 1991, p. 165.

²⁵⁷ A-M. Le Pourhiet, *Droit constitutionnel*, Paris, Economica, 4^e éd., 2012, p. 138 et s.

²⁵⁸ D. Rousseau, « De quoi le Conseil constitutionnel est-il le nom ? », *art. préc.*

²⁵⁹ C. Schmitt, *Théorie de la Constitution*, *op. cit.*, p. 162.

²⁶⁰ C. Schmitt, *ibid.*, p. 257.

paraît pouvoir être mise en parallèle avec la V^e République, singulièrement s'agissant du Préambule de la Constitution. En 1958, la question de sa valeur contraignante ou non n'était pas tranchée. Or ce préambule, en associant des textes de philosophies substantiellement opposées, est la représentation parfaite du compromis décrit par le juriste allemand. Dès lors, le Conseil constitutionnel doit nécessairement faire un choix entre deux visions contradictoires, entre l'Etat libéral et l'Etat social, ce qui explique les difficultés qu'il peut rencontrer lorsqu'il doit concilier plusieurs principes constitutionnels²⁶¹. Ce qui explique aussi les critiques de la doctrine à l'égard de ses solutions. Mais cette théorie du compromis dilatoire illustre surtout le pouvoir que possède le juge dans la détermination des normes constitutionnelles de référence.

La légitimation fonctionnelle du système français de justice constitutionnelle a donc conduit à une transmutation dogmatique en deux temps. Dans un premier temps, le constitutionnalisme a conduit au passage du dogme de la souveraineté parlementaire à la « dogmatique juridique »²⁶² de l'Etat de droit. Dans un second temps, la doctrine néo-constitutionnaliste a permis le renouvellement du dogme de l'Etat de droit en dogme de *l'Etat de droits*. Le juge est donc le moyen légitime de l'avènement de l'Etat de droit, la protection des droits de l'homme est sa fin légitime. C'est en cela que la doctrine néo-constitutionnaliste provoque un bouleversement de l'ordre constitutionnel.

²⁶¹ Pour Schmitt, « il est tout simplement impossible d'interpréter une volonté qui n'existe pas. Là où il n'y a pas de volonté, même le plus pénétrant des juristes doit baisser pavillon. Toute considération "normative" se réduit ici à une lamentable dispute sur les syllabes », C. Schmitt, *ibid.*, p. 165.

²⁶² J. Chevallier Jacques, *L'Etat de droit*, *op. cit.*, p. 111.

SECONDE PARTIE

LÉGITIMATION DU SYSTEME FRANÇAIS DE JUSTICE CONSTITUTIONNELLE ET NOUVEL ORDRE CONSTITUTIONNEL

« On attribue l'établissement du régime de droit à l'action de la personne morale Etat, mais ne serait-ce point plutôt, dans un ordre inverse, la personne morale Etat qui résulterait, par une sorte de jaillissement spontané, du régime de droit établi dans une nation ? »²⁶³

Légitimer une institution, c'est vouloir son existence dans l'ordre juridique. La justification est en effet une position de défense qui ne saurait exclure l'intention de produire un résultat. Que faut-il en déduire ? Que le processus de légitimation est affaire de dogme. Dogme de la souveraineté parlementaire pour les adversaires du contrôle de constitutionnalité des lois, dogme de l'Etat de droit pour ses défenseurs. À rebours du postulat positiviste, qui assimile la légitimité d'une institution à son existence juridique, la légitimation du système français de justice constitutionnelle ne peut faire l'économie des valeurs. En effet, si le « pouvoir légitime est un pouvoir dont le titre est juste »²⁶⁴, la question de la légitimité ne peut pas se détacher de ses présupposés axiologiques. Qu'est-ce en effet qu'un « titre juste », sinon un titre conforme à certaines valeurs posées *a priori* ?

Dès lors, si, comme l'affirme Norberto Bobbio, la légitimité « représente la fin du cercle ascendant des faits aux valeurs, et le commencement du cercle descendant des valeurs aux faits »²⁶⁵, alors la légitimation de la justice constitutionnelle en France participe de ce

²⁶³ M. Hauriou, *Principes de droit public, op. cit.*, p.73.

²⁶⁴ V. en ce sens, N. Bobbio, « Sur le principe de légitimité », *art. préc.*, p. 147.

²⁶⁵ Norberto Bobbio distingue le cycle de la règle et le cycle du pouvoir. Le cycle de la règle part de la validité pour remonter à l'efficacité et aboutir à la justice. Le cycle du pouvoir correspond à un mouvement qui passe de la légalité à l'effectivité pour aboutir à la légitimité, pour « arriver à la fin à proposer et à inculquer ses propres

double mouvement. Ascendant tout d'abord, puisque l'opération de légitimation consiste à partir du fait – le contrôle de constitutionnalité des lois – pour l'élever aux valeurs – la réalisation de l'Etat de droit. Descendant ensuite, car le fait ainsi légitimé diffusera les valeurs qui le fonde. Or chacune des formes de légitimation du système français de justice constitutionnelle se réfère à des valeurs qui lui sont propres, et chaque valeur postule une conception de l'ordre constitutionnel. Ainsi, en légitimant le Conseil constitutionnel à l'aune de certaines valeurs, celles-ci se diffusent simultanément sur l'ordre constitutionnel, ce qui explique que les discours de légitimation produisent de nouvelles réalités et de nouveaux concepts. Puisque, comme nous avons pu le constater, les valeurs dominantes qui fondent la justice constitutionnelle sont la réalisation de l'Etat de droit et la protection des droits de l'homme, légitimer la justice constitutionnelle conduit à réifier les concepts d'Etat de droit et de garantie des droits.

C'est la raison pour laquelle, par-delà l'analyse des présupposés et limites qui sous-tendent les formes de légitimation du système français de justice constitutionnelle, il convient de s'interroger sur les conséquences de ces méthodes et discours sur l'ordre constitutionnel. Qu'est-ce que l'ordre constitutionnel ? L'emploi récurrent de cette expression masque une absence de systématisation. Nous retiendrons la proposition du professeur Pierre Avril, qui définit l'ordre constitutionnel comme celui dans lequel sont réunis le droit constitutionnel juridique et le droit constitutionnel politique²⁶⁶. À cet égard, le Précis de Droit constitutionnel dirigé par le doyen Favoreu souligne, dans un chapitre consacré à l'ordre constitutionnel commun aux systèmes de justice constitutionnelle, que « dans tous les pays où la juridiction constitutionnelle a un rôle effectif, on a assisté à une mutation de l'ordre politique et de l'ordre juridique »²⁶⁷. Tel sera notre postulat.

La légitimation du système français de justice constitutionnelle participe à l'émergence d'un nouvel ordre constitutionnel par une double dynamique. Une dynamique

titres de légitimité ». C'est la raison pour laquelle il considère que la légitimité représente « la fin de l'histoire déjà faite et à la fois le commencement de l'histoire qui reste à faire », c'est-à-dire qu'« elle sert d'une fois à l'autre, selon les temps les événements et les hommes, à justifier le fait accompli et à inspirer les faits à accomplir », N. Bobbio, « Sur le principe de légitimité », *art. préc.*, p. 147.

²⁶⁶ O. Beaud, « Le droit constitutionnel par-delà le texte constitutionnel et la jurisprudence constitutionnelle – À propos d'un ouvrage récent », *CCC*, n°6, 1999.

²⁶⁷ L. Favoreu, P. Gaïa, R. Ghevontian, J-L. Mestre, O. Pfersmann, A. Roux, G. Scoffoni, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 273.

juridique d'une part, conduisant à une remise en cause des fondements du droit constitutionnel (**Chapitre 1**). Une dynamique politique d'autre part, puisqu'elle contribue à un bouleversement des paradigmes démocratiques (**Chapitre 2**).

CHAPITRE 1

Le renouvellement des fondements du droit constitutionnel

Les formes de légitimation du système français de justice constitutionnelle ont eu pour effet de renouveler les fondements du droit constitutionnel. Ces transformations s'observent tout d'abord sur sa source, puisqu'on assiste à une redéfinition de la notion de Constitution (**Section 1**). Mais elles ont également touché à sa nature, conduisant à une dépréciation du droit constitutionnel classique (**Section 2**).

Section 1 – Une redéfinition : la notion de Constitution²⁶⁸

La Constitution, quelle que soit son acception, n'est pas immuable. Pas simplement en raison des révisions dont elle fait l'objet – qui, au demeurant, sont le plus souvent des *adjonctions* – mais parce que la Constitution est à l'image de son temps. Initialement, son évolution se façonnait exclusivement au gré de l'usage qu'en faisaient les acteurs politiques²⁶⁹. À partir de 1958, le Conseil constitutionnel, en tant que gardien de la Constitution, peut remédier à ses lacunes, par une sorte d'*equity* du droit constitutionnel écrit. Le juge constitutionnel a en effet une influence déterminante sur le contenu de la Constitution, qu'il doit interpréter. Dès lors, en légitimant la justice constitutionnelle, on justifie nécessairement la notion de Constitution qu'elle postule. C'est ce qui a conduit la doctrine à promouvoir une conception normativiste de la Constitution, ce qui ne fut pas sans susciter des résistances (§1). Néanmoins, la doctrine néo-constitutionnaliste a entendu procéder à une nouvelle redéfinition, substantialisée (§2).

²⁶⁸ Nous récidivons, en pastichant cette fois – mais toujours avec la même révérence – les intitulés d'une contribution de Georges Burdeau (« Une survivance : la notion de Constitution ») et d'un article de Dominique Rousseau (« Une résurrection : la notion de Constitution »).

²⁶⁹ On peut citer à cet égard l'exemple de la « Constitution Grévy », qui a créé une pratique *contra constitutionem* que l'on associe communément au passage du régime parlementaire au régime d'assemblée.

§1 – L’approche normativiste : une définition controversée

« Concept juridique » ou « concept politique »²⁷⁰, la notion de la Constitution fait débat en droit constitutionnel. Si l’avènement de la justice constitutionnelle a conduit à faire prévaloir la notion juridique de Constitution dans le discours doctrinal (A), on constate néanmoins une rémanence de l’acception originelle de la notion (B).

A) La victoire de la thèse kelsenienne

L’approche normativiste de la Constitution procède de la pensée de Kelsen. Il a en effet imaginé un système « dynamique » du droit, dans lequel la Constitution, située au sommet de la hiérarchie, est la « norme fondamentale ». Il distingue alors la « Constitution au sens propre, originaire et strict du mot », qui est la norme de « création des normes juridiques essentielles de l’Etat » et de « détermination des organes et de la procédure de la législation », et la « Constitution au sens large », qui détermine les règles de fond des autres normes²⁷¹. Dans les deux cas, la Constitution a toujours pour fonction de servir de fondement de validité des autres normes. Kelsen tranche cependant en faveur de la Constitution au sens strict, puisqu’il considère qu’une norme n’est valable que si « elle est créée d’une certaine façon, et plus précisément, en dernière analyse, d’une façon qui est déterminée par une norme fondamentale supposée »²⁷². La Constitution ainsi définie ne se distingue des lois que parce qu’elle règle leur procédure de création. Entre la norme constitutionnelle et la norme législative, il n’y a qu’une différence de degré, et non de nature. En rupture avec le droit politique, la *Théorie pure* définit donc la Constitution comme la *norme* suprême de l’ordre juridique.

En France, cette approche est simultanément la cause et la conséquence du processus de légitimation du système français de justice constitutionnelle, la Constitution-norme et la justice constitutionnelle entretenant un lien d’interdépendance. En effet, si, comme nous l’avons montré, la justice constitutionnelle se présente comme un moyen de garantir la suprématie de la Constitution, l’institution ainsi légitimée permet à son tour de justifier l’approche normativiste de la Constitution. S’il faut un gardien juridictionnel pour assurer la

²⁷⁰ L. Favoreu, P. Gaïa, R. Ghevontian, J-L. Mestre, O. Pfersmann, A. Roux, G. Scoffoni, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 53.

²⁷¹ H. Kelsen, « La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle) », *art. préc.*, p. 205.

²⁷² H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 261.

garantie de la Constitution, réciproquement, seule une conception de la Constitution comme norme de création des autres normes peut procéder de l'existence de la justice constitutionnelle. Pour justifier l'existence du juge constitutionnel comme moyen d'assurer la suprématie de la Constitution, il faut donc postuler que cette Constitution est une norme. Par conséquent, cette acception de la Constitution est la conséquence inéluctable de la légitimation de la justice constitutionnelle. Plus encore, Norberto Bobbio a soulevé que la théorie de la norme fondamentale procède d'une volonté de diminuer le pouvoir afin de faire prévaloir la règle²⁷³. Dès lors, une telle définition de la Constitution justifie tant l'Etat de droit que son instrument, la justice constitutionnelle. C'est en cela que l'on peut considérer que la thèse kelsenienne a servi d'instrument au constitutionnalisme, précisément entendu comme la limitation du pouvoir par la Constitution. En ce sens, même la théorie la plus « pure » ne peut s'affranchir de tout présupposé idéologique.

La doctrine constitutionnaliste s'est ainsi largement fondée sur la thèse du juriste autrichien pour justifier le contrôle de constitutionnalité des lois. Par exemple, pour le doyen Favoreu, la notion de Constitution se décompose entre la « Constitution au sens formel », qui est conditionnée par l'existence d'une procédure spéciale d'adoption, et la « Constitution au sens matériel », définie comme « l'ensemble des normes de production de normes générales et abstraites »²⁷⁴. En outre, c'est cette conception qui conduit le doyen Vedel à considérer, à la suite de Kelsen, que l'inconstitutionnalité d'une norme est toujours une inconstitutionnalité de procédure. Puisque la Constitution n'est qu'une norme réglant la procédure d'adoption des autres normes, lorsque la loi est contraire à la Constitution, cela signifie qu'elle devait être adoptée sous forme de loi constitutionnelle²⁷⁵.

Comme le soulève le professeur Olivier Beaud, définir la Constitution comme une norme conduit à réduire la notion à sa sanction par le juge constitutionnel²⁷⁶. Telle est précisément l'ambition de la doctrine, qui, en faisant de la Constitution la norme suprême de

²⁷³ N. Bobbio, « Sur le principe de légitimité », *art. préc.*, p. 152.

²⁷⁴ L. Favoreu, P. Gaïa, R. Ghevontian, J-L. Mestre, O. Pfersmann, A. Roux, G. Scoffoni, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 71 et s.

²⁷⁵ G. Vedel, « Avant-propos » in C. Eisenmann, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, *op. cit.*, V.

²⁷⁶ O. Beaud « Constitution et droit constitutionnel » in D. Alland, S. Rials (sous la direction de), *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, p. 258.

l'ordre juridique, justifiait simultanément l'existence de la justice constitutionnelle²⁷⁷. C'est dans cette perspective de légitimation que le doyen Favoreu évoquait « l'activation des textes constitutionnels par le juge constitutionnel »²⁷⁸. Mais cette approche ne fait pas l'unanimité en doctrine.

B) La rémanence de la thèse schmittienne

En 1929, dans sa *Théorie de la Constitution*, Carl Schmitt condamnait fermement la notion positiviste de Constitution²⁷⁹. La qualifiant de « notion absolue », il soulève qu'elle a pour conséquence de faire de l'Etat un ordre juridique identifié à la Constitution. Il considère ainsi que « l'être ou le devenir politiques de l'unité et de l'ordre politiques » se transforme en un « fonctionnement ». La théorie de la validité est critiquée par le juriste allemand en ce qu'elle laisse de côté le juste et le rationnel, le *Sollen*, pour ne prendre en considération que l'effectivité de la règle²⁸⁰. Ce faisant, elle conduirait à une « tautologie d'une effectivité grossière », puisque la validité de la Constitution découlerait de sa simple existence. Il oppose à cette définition sa « notion positive de Constitution », qui se définit « comme choix global du genre et de la forme de l'unité politique »²⁸¹. En ce sens, la Constitution se rapporte à l'organisation des pouvoirs et au régime de l'Etat. Elle procède d'une décision du pouvoir constituant qui transcende sa seule existence normative. Les dispositions d'une Constitution qui règlent le régime politique d'un Etat sont « plus que des lois ou des normations »²⁸².

C'est évidemment la raison pour laquelle le juriste allemand ne peut admettre un gardien juridictionnel de la Constitution. En effet, ce conflit sur la notion de Constitution est

²⁷⁷ Dans le même sens, le professeur Philippe Blachère affirme qu'« admettre la supériorité normative de la norme constitutionnelle revient à justifier implicitement l'existence d'une juridiction constitutionnelle chargée de faire respecter cette prévalence dans l'ordre juridique », Ph. Blachère, *Contrôle de constitutionnalité et volonté générale*, op. cit., p. 25. Le professeur Olivier Beaud considère avec plus de cynisme que cette nouvelle conception « a pu séduire beaucoup de juristes qui ont cru, ainsi, rentrer en possession d'un bien dont ils s'étaient cru dépossédés par les politistes », O. Beaud, *ibid.*, p. 260.

²⁷⁸ L. Favoreu, « Légalité et constitutionnalité », *CCC*, n°3, 1997, p. 77.

²⁷⁹ C. Schmitt, *Théorie de la Constitution*, op. cit., p. 136 et s.

²⁸⁰ « Une unité ou un ordre normatif ne peuvent être déduits que d'énoncés systématiques, normativement conséquents, sans égard à leur validité "positive", donc justes en soi, de par leur rationalité ou leur équité », C. Schmitt, *ibid.*, p. 137.

²⁸¹ C. Schmitt, *ibid.*, p. 151 et s. Nous soulignons.

²⁸² C. Schmitt, *ibid.*, p. 155.

à l'origine du « dialogue de sourds »²⁸³ entre Kelsen et Schmitt. Si la Constitution-norme doit être garantie par un juge, *a contrario*, le décisionnisme de Schmitt ne peut qu'exclure l'existence d'un contrôle de constitutionnalité des lois. Plus encore que la notion de Constitution, ce qui marque l'opposition entre les deux auteurs résulte de leur conception de l'Etat. On ne peut en effet comprendre leur conception de la Constitution qu'à la lumière de leur définition de l'Etat. Alors que Schmitt le définit comme « un Etat essentiellement de l'exécutif » dont le statut « réside non pas dans des normes mais dans son existence politique concrète »²⁸⁴, Kelsen considère antithétiquement que « ce qu'on appelle forme de gouvernement ou forme politique n'est qu'un *cas particulier* de la forme juridique ou forme de droit en général »²⁸⁵. Le formalisme du maître de Vienne le conduit en effet à considérer que « la notion de forme de gouvernement ou forme politique sert à caractériser la *méthode de création* des normes générales que règle la Constitution »²⁸⁶. L'Etat comme « organisation politique » n'est rien d'autre qu'un « ordre juridique »²⁸⁷. Ainsi, s'il admet l'existence d'un « noyau permanent » de la notion de Constitution, d'une *essence principielle* à la norme constitutionnelle, ce noyau n'a pour fonction que de saisir, non pas la forme politique de l'Etat, mais « la base de l'ordre juridique »²⁸⁸. Dès lors, si le juge constitutionnel a toute sa place dans l'Etat-ordre juridique kelsenien, il ne peut légitimement assurer la garde de la Constitution au sein de l'Etat-ordre politique schmittien.

Or, en France, la conception normativiste de la Constitution est également remise en cause²⁸⁹. Ainsi, le professeur Olivier Beaud dénonce la consécration « majoritaire, sinon hégémonique » de la Constitution-norme par la doctrine, et plaide « en faveur d'une

²⁸³ O. Beaud, « Kelsen contre Schmitt : un dialogue de sourds ? » in O. Beaud, P. Pasquale (sous la direction de), *La controverse sur le « gardien de la Constitution » et la justice constitutionnelle. Kelsen c/ Schmitt, op. cit.*, p.197.

²⁸⁴ Cité et traduit par A. Le Divellec, « Le gardien de la Constitution de Carl Schmitt. Eléments sur les paradoxes d'une « théorie » constitutionnelle douteuse » in O. Beaud, P. Pasquino (sous la direction de), *La controverse sur le « gardien de la Constitution » et la justice constitutionnelle. Kelsen c/ Schmitt, op. cit.*, p. 43.

²⁸⁵ H. Kelsen, *Théorie pure du droit, op. cit.*, p. 371. Nous soulignons.

²⁸⁶ H. Kelsen, *ibid.* Nous soulignons.

²⁸⁷ H. Kelsen, *ibid.*, p. 378.

²⁸⁸ H. Kelsen, « La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle) », *art. préc.*, p. 204.

²⁸⁹ On pense notamment à la création de la revue *Jus Politicum*, qui s'inscrit dans une volonté de renouer les liens abandonnés entre le droit constitutionnel et le droit politique.

conception institutionnelle de la Constitution »²⁹⁰. De même, le professeur Anne-Marie Le Pourhiet définit la constitution comme « le statut juridique d'un Etat établi en fonction du modèle de société en œuvre dans celui-ci »²⁹¹. Si la légitimation du système français de justice constitutionnelle a pour conséquence de permettre à la notion de Constitution-norme d'asseoir sa prépondérance dans le discours doctrinal, la dénégation de cette notion conduit logiquement à une délégitimation de la justice constitutionnelle. Car à quoi bon assurer la garde d'une Constitution qui *est* le régime politique de l'Etat ? Si la Constitution n'est pas une norme écrite et obligatoire s'imposant aux pouvoirs publics mais le statut juridique de l'Etat, et si le juge constitutionnel ne peut empêcher d'éventuelles révolutions ou de possibles coups d'Etat – ce qu'il ne peut assurément pas – qu'aurait-il à garder ?

Désormais, cette controverse pourrait néanmoins apparaître vaine dans la mesure où la légitimation de la justice constitutionnelle par la doctrine néo-constitutionnaliste a conduit à une nouvelle définition de la notion.

§2 – L'approche néo-constitutionnaliste : une définition axiologiquement déterminée

La doctrine néo-constitutionnaliste a érigé le Conseil constitutionnel en gardien des droits et libertés. Subséquemment, la Constitution devenait l'instrument de protection des droits et libertés (A). Mais en faisant de la Constitution un idéal néo-libéral, la doctrine pourrait tendre, malgré elle, à admettre une forme de supraconstitutionnalité (B).

A) La Constitution comme instrument de protection des droits et libertés

Dans une étude sur l'évolution du constitutionnalisme, le professeur Mauro Barberis décrit le néo-constitutionnalisme comme le passage de la « constitution comme norme » à la « constitution comme valeur »²⁹². Ces valeurs, qui sont contenues dans les préambules et déclarations des droits, s'imposent à l'ensemble des pouvoirs publics. Cette notion de « Constitution comme valeur » nous paraît pouvoir se rattacher à la « notion idéale de constitution » décrite par Schmitt, qui correspondrait à la mise en œuvre du « programme

²⁹⁰ O. Beaud, « Constitution et droit constitutionnel » in D. Alland, S. Rials (sous la direction de), *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 258.

²⁹¹ A-M. Le Pourhiet, *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 35.

²⁹² M. Barberis, « Idéologies de la constitution – Histoire du constitutionnalisme » in Michel Troper, Dominique Chagnollaude (sous la direction de), *Traité international de droit constitutionnel. Théorie de la Constitution*, Tome 1, Paris, Dalloz, 2012, trad. I. Boucobza, p. 135.

politique » de l'Etat²⁹³. Il montre ainsi que dans un Etat libéral, la Constitution idéale est celle qui admet la « reconnaissance des droits fondamentaux, la séparation des pouvoirs » et « un minimum de participation du peuple au pouvoir législatif par l'intermédiaire d'une représentation populaire »²⁹⁴. Plus spécifiquement, la Constitution idéale de l'Etat de droit est celle par laquelle est assurée la limitation du pouvoir de l'Etat et la protection des droits²⁹⁵. Une telle acception de la Constitution est nécessairement axiologiquement déterminée, car sa fonction est de promouvoir les *valeurs* sur lesquelles l'Etat se fonde. Ainsi, l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen qui énonce que « toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée n'a point de constitution » conduit à considérer qu'un Etat n'a de Constitution que si celle-ci correspond à l'énoncé de valeurs libérales²⁹⁶. Cette idée se rattache d'ailleurs assez bien à la pensée de Benjamin Constant, pour qui « le bonheur des sociétés et la sécurité des individus reposent sur certains principes positifs et immuables », qui sont « vrais dans tous les climats, sous toutes les latitudes » et ne « peuvent jamais varier, quelle que soit l'étendue d'un pays, sa croyance et ses usages » et qui doivent être garantis par la Constitution²⁹⁷.

Sous la V^e République, la légitimation du système français de justice constitutionnelle est déterminante dans le passage de la notion de Constitution-norme à la notion de Constitution comme instrument axiologiquement déterminé de protection des droits et libertés. On peut à cet égard recenser deux types de discours. Le premier consiste à partir de la notion de Constitution-norme pour lui incorporer la notion de Constitution comme instrument de protection des droits et libertés, permise par la décision *Liberté d'association*. La Constitution devient alors une norme obligatoire qui tend à la fois à limiter le pouvoir législatif et à protéger les droits fondamentaux. C'est la conception du doyen Favoreu, qui considère que la constitutionnalité a pour fonction d'« être la source des sources et le véhicule

²⁹³ C. Schmitt, *Théorie de la Constitution*, *op. cit.*, p. 167 et s.

²⁹⁴ C. Schmitt, *ibid.*, p.169.

²⁹⁵ C. Schmitt, *ibid.*, p. 172.

²⁹⁶ C'est la raison pour laquelle le professeur Anne-Marie Le Pourhiet considère qu'une telle énonciation, en ce qu'elle conduit à nier que les Etats qui ne correspondent « pas aux canons du constitutionnalisme libéral » puissent avoir une Constitution, est « fausse et inacceptable », A-M. Le Pourhiet, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 35.

²⁹⁷ B. Constant, *Réflexions sur les constitutions, La distribution des pouvoirs, et les garanties, dans une monarchie constitutionnelle*, Gallica, p. 159 et s.

des valeurs essentielles ou fondamentales »²⁹⁸. Cette amphibologie n'est pourtant pas sans susciter des difficultés, puisqu'elle procède à une association singulière du positivisme et d'une certaine forme de *jusnaturalisme*. C'est ce que l'on pourrait appeler un *jusnaturalisme constitutionnaliste* : la norme – la Constitution – est le moyen, et les valeurs – les droits de l'homme – correspondent aux fins. Pourtant, les deux sont assez contradictoires, puisque la première s'attache essentiellement à la *forme*, au *valide*, à l'*effectif*, tandis que la seconde s'attache au *fond*, au *juste* et à l'*efficace*. Au surplus, Kelsen condamnait fermement cela, puisqu'il affirmait qu'« en prétendant limiter [...] la notion d'Etat de droit aux seuls Etats qui répondent aux postulats de la démocratie et de la sécurité juridique, on se condamne logiquement à admettre que seuls peuvent être considérés comme des ordres juridiques "véritables" des ordres de contrainte qui présentent ce caractère. Mais une telle idée est un préjugé de droit naturel »²⁹⁹.

Le second discours, plus radical, est formulé par le professeur Dominique Rousseau. Pour lui, la Constitution a *exclusivement* pour mission la protection des droits, puisqu'elle se définit comme la « Charte jurisprudentielle des droits et libertés »³⁰⁰. Quels sont les fondements de cette « Charte »³⁰¹ ? Il affirme qu'elle repose sur « la garantie des *droits* des gouvernés, l'officialisation d'une idée de *droit*, la création d'un espace ouvert à la *reconnaissance indéfinie de droits et libertés* »³⁰². Evoquant une « résurrection » de la notion de Constitution, il considère que la Constitution ne correspondrait plus à « la définition des rapports entre les institutions » mais à « la définition des rapports entre les citoyens et l'Etat »³⁰³. Le Conseil constitutionnel serait ainsi pour les droits et libertés « à la fois et dans

²⁹⁸ L. Favoreu, « Légalité et constitutionnalité », *art. préc.*, p. 77. De même, le Président Nicolas Sarkozy, dans son discours du 1^{er} mars 2010 à l'occasion de l'entrée en vigueur de la question prioritaire de constitutionnalité, déclarait que « la Constitution n'intéresse pas que les rapports des pouvoirs publics. La Constitution, c'est aussi le socle des valeurs fondamentales dans lesquelles chacun peut et doit se reconnaître ; des valeurs qui, au fond, définissent l'identité républicaine, disent ce que nous sommes et ce vers quoi nous voulons aller. La remettre au cœur des procédures juridictionnelles, c'est contribuer à la refondation du pacte républicain ».

²⁹⁹ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 419.

³⁰⁰ D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, *op. cit.*

³⁰¹ Qu'il nous soit permis de souligner que l'utilisation du terme « Charte » nous paraît curieuse, en ce qu'elle semble renvoyer à l'histoire de la monarchie constitutionnelle française du XIX^e siècle.

³⁰² D. Rousseau, « Une résurrection : la notion de Constitution », *art. préc.*, p. 6. Nous soulignons.

³⁰³ D. Rousseau, *ibid.*, p.8

le même temps l'instrument de leur promotion constitutionnelle et de leur protection »³⁰⁴. La justice constitutionnelle marquerait donc le « passage de la Constitution-séparation des pouvoirs à la Constitution-garantie des droits »³⁰⁵. Cette dernière, qui est la nouvelle Constitution axiologiquement déterminée, rompt avec la « chose commune » car elle « a pour projet la *société des individus* »³⁰⁶. De façon plus attentatoire aux fondements du droit constitutionnel classique, il considère que la constitution « n'est plus constitution de l'Etat, mais constitution de la société ».

Ce discours a néanmoins été contesté par la doctrine purement positiviste. Ainsi, le doyen Vedel considère que l'on ne peut résumer la justice constitutionnelle à la seule protection des droits de l'homme, puisque sa mission consiste à contrôler le respect de l'*ensemble* des dispositions constitutionnelles³⁰⁷. Dans le même sens, le professeur Michel Troper soulève que cette forme de justification ne peut s'appliquer à l'ensemble du contrôle de constitutionnalité des lois, dans la mesure où certaines dispositions ne relèvent pas du domaine des droits et libertés³⁰⁸.

Assurément, la question prioritaire de constitutionnalité donne sens à la conception du professeur Dominique Rousseau. En instaurant un mécanisme de contrôle des lois promulguées sur les dispositions de la Constitution intéressant les « droits et libertés que la Constitution garantit », le Conseil constitutionnel devient, pour une part considérable de son contentieux, le gardien de la Constitution axiologiquement déterminée. Plus encore, en restreignant la possibilité d'invoquer la non-conformité d'une loi promulguée aux *seules* dispositions intéressant les droits et libertés, ce mécanisme scinde la Constitution pour toute une partie du contentieux – et une partie déjà devenue considérable. Il n'y aurait plus *une* Constitution, mais une *Constitution axiologiquement déterminée* et une *Constitution-norme*

³⁰⁴ D. Rousseau, *ibid.*, p. 9.

³⁰⁵ D. Rousseau, « La jurisprudence constitutionnelle : quelle "nécessité démocratique" ? » in G. Drago, B. François, N. Molfessis (sous la direction de), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 366.

³⁰⁶ D. Rousseau, « Constitutionnalisme et démocratie », *La vie des idées*, 19 septembre 2008. Nous soulignons.

³⁰⁷ G. Vedel, « Préface » in G. Drago, B. François, N. Molfessis (sous la direction de), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, XIII.

³⁰⁸ M. Troper, « Quelques remarques à propos de l'analyse de Dominique Rousseau » in G. Drago, B. François, N. Molfessis (sous la direction de), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 377.

procédurale. Dans cette perspective, il ne nous semble pas vain de nous demander si le discours qui érige le juge constitutionnel en gardien de cette Constitution axiologiquement déterminée ne mène pas inéluctablement à la promotion d'une forme de supraconstitutionnalité.

B) Vers une supraconstitutionnalité ?

Si la légitimation du système français de justice constitutionnelle postule une définition axiologiquement déterminée de la Constitution, cela conduit à s'interroger sur l'hypothèse d'une supraconstitutionnalité. Dans le cadre de l'analyse des conséquences des discours de légitimation de la justice constitutionnelle, la question se pose de la manière suivante : si le juge constitutionnel est gardien de la Constitution, définie comme un ensemble de valeurs obligatoires, comment admettre qu'il puisse s'effacer en cas de révision constitutionnelle portant atteinte aux valeurs fondamentales que cette Constitution tend à promouvoir ?

La grande majorité de la doctrine contemporaine se refuse à reconnaître de façon explicite l'existence d'un droit supraconstitutionnel, entendu comme un droit intangible qui transcenderait la Constitution³⁰⁹. Toutefois, un discours tend implicitement à admettre l'existence d'une forme de supraconstitutionnalité : celui selon lequel le pouvoir constituant dérivé doit être limité. C'est le cas de Carl Schmitt, qui considère que le pouvoir de révision constitutionnelle ne doit pas être absolu, puisqu'il ne peut remettre en cause « l'identité et la continuité de la constitution dans son ensemble »³¹⁰. Bien qu'innommée, c'est bien de supraconstitutionnalité dont il s'agit, non pas au sens d'un droit naturel, mais d'une *essence* de l'Etat qui ne saurait faire l'objet d'une révision sans aboutir à un « anéantissement » de la Constitution.

Ce discours de limitation du pouvoir constituant a également été formulé par Cécile Isidoro. Rejetant la thèse de la supraconstitutionnalité, elle considère que « le contrat social est fondé sur un certain nombre de valeurs (...) sur lesquelles il est impossible de revenir sans détruire le contrat qui est à la source de notre société ». Selon elle, la « toute-puissance » du pouvoir constituant dérivé pourrait conduire à l'instauration d'un « régime certes légal mais

³⁰⁹ V. néanmoins, S. Rials, « Les incertitudes de la notion de Constitution sous la V^e République », *RDP*, 1984, p. 587.

³¹⁰ C. Schmitt, *Théorie de la Constitution*, *op. cit.*, p. 241 et s. Il prend notamment pour exemple une révision constitutionnelle qui aboutirait à un changement de régime politique.

potentiellement illégitime »³¹¹. Là encore, cette thèse conduit à admettre une forme de supraconstitutionnalité. En effet, puisque la Constitution écrite est toujours modifiable par le pouvoir constituant, considérer que certaines valeurs puissent servir de limite à ce pouvoir – souverain, de surcroît – c’est admettre qu’elles le transcendent. Un pouvoir ne peut en effet se voir limité par une règle qui se situerait en dessous de lui³¹². Cela conduit donc à reconnaître l’existence d’un droit *supraconstitutionnel*, à l’instar de certaines dispositions internationales limitant le droit interne, dites *supranationales*.

Mais, là encore, le doyen Vedel est fermement opposé à cette vision. Puisqu’il définit la Constitution d’un point de vue exclusivement formel, et donc que son contenu est parfaitement indifférent, la Constitution est la norme adoptée par le pouvoir constituant souverain qui ne peut être limité³¹³. Ce formalisme juridique inflexible le conduit à considérer que le principe de souveraineté nationale est de même valeur juridique que toutes les dispositions constitutionnelles, si bien que le pouvoir constituant *dérivé* peut parfaitement le remettre en cause par une révision³¹⁴. C’est également la position du Conseil constitutionnel, puisque, dans sa décision *Maastricht II* rendue en 1992, saisi d’un moyen soulevant la non-conformité du nouvel article 88-3 avec l’article 3 de la Constitution et le principe de souveraineté nationale, le Conseil constitutionnel considère que le pouvoir constituant est libre d’adopter des dispositions nouvelles qui « dérogent à une règle ou à un principe de valeur constitutionnelle »³¹⁵. Le gardien de la Constitution admettait donc explicitement qu’il

³¹¹ C. Isidoro, « Le pouvoir constituant peut-il tout faire ? » in *L’esprit des institutions, l’équilibre des pouvoirs, Mélanges en l’honneur de Pierre Pactet*, Dalloz, 2003, p. 241. Il ressort de cette assertion que *son présupposé de légitimité* ne repose pas sur le consentement des gouvernés. Dans le cas contraire, on ne voit pas comment une décision prise par le pouvoir constituant-peuple, qui, bien que pouvoir constituant dérivé, a formulé son *choix* de manière directe par le biais du référendum, pourrait être *illégitime*.

³¹² À ce titre, l’article 16 de la Déclaration des droits de l’homme et du citoyen de 1789 peut rendre perplexe. Si l’on conçoit en effet la Constitution comme une pure norme, comment expliquer qu’elle puisse imposer au souverain constituant les canons auxquels doivent répondre toute Constitution ? Autrement dit, si le pouvoir constituant est souverain, et si la Constitution, avec son préambule, n’est qu’une norme, comment l’empêcher d’adopter une constitution qui n’assure ni la séparation des pouvoirs, ni la garantie des droits ? Ces interrogations permettent sans doute de soulever les apories du positivisme néo-constitutionnaliste.

³¹³ G. Vedel, « Schengen et Maastricht », *art. préc.*, p. 173.

³¹⁴ G. Vedel, « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *Pouvoirs*, n°67, 1993, p. 80-81.

³¹⁵ Décision n°92-312 DC du 2 septembre 1992, *Traité sur l’Union européenne* (cons. 19), *Recueil* p. 76. Le doyen Favoreu soulève à cet égard que, alors que l’on n’admet pas qu’une supraconstitutionnalité interne puisse faire obstacle au principe de souveraineté nationale, « la supraconstitutionnalité externe peut permettre quant à

ne pouvait assumer son rôle de gardien lorsque le pouvoir constituant s'exprimait. Ce faisant, il tranchait le débat sur la supraconstitutionnalité en considérant qu'il ne pouvait légitimement assurer sa garantie.

Le débat fut néanmoins relancé durant la dernière décennie avec la notion d' « identité constitutionnelle de la France ». En effet, par une série de décisions rendues à partir de l'été 2004 sur le contrôle des lois de transposition des directives, le Conseil constitutionnel a considéré que le législateur ne pouvait déroger à l'obligation de transposition des directives – qui résulterait de l'article 88-1 de la Constitution – qu'en cas de contradiction avec une « disposition expresse contraire de la Constitution »³¹⁶. Puis, par une décision du 27 juillet 2006, le Conseil constitutionnel énonce que « la transposition d'une directive communautaire ne saurait aller à l'encontre d'une règle ou d'un principe *inhérent* à l'*identité constitutionnelle de la France*, sauf à ce que le constituant y ait consenti »³¹⁷. Il est évidemment fort tentant d'en déduire l'affirmation implicite de l'existence d'une supraconstitutionnalité. En effet, la reconnaissance de principes *inhérents* à l'identité constitutionnelle de la France signifie qu'il existe *a contrario* des principes *non inhérents* à l'identité constitutionnelle de la France. Ces principes, pourtant constitutionnels, ne font pas obstacle à l'adoption d'une loi de transposition de directives, qui échappe alors à tout contrôle de constitutionnalité. Toutefois, il faut reconnaître que cette solution semble davantage s'apparenter à une *hiérarchisation* au sein de la Constitution qu'à une supraconstitutionnalité. Car cette solution n'aboutit pas à faire primer un principe supérieur, mais à *rendre inapplicable* une disposition constitutionnelle qui ne serait pas assez fondamentale pour permettre l'exclusion d'une loi de transposition. En définitive, il ne s'agit que d'une conciliation. Celle-ci peut toutefois s'avérer fâcheuse et contestable, car elle conduit le juge à porter un jugement de valeur sur les règles constitutionnelles. Car la notion, en réalité, laisse perplexe : si, comme nous l'avons dit, même le principe de *souveraineté* – c'est-à-dire la condition d'existence d'un Etat – a été

elle de porter atteinte à la souveraineté nationale en soumettant les lois constitutionnelles à un contrôle de supraconstitutionnalité », L. Favoreu, « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *Pouvoirs*, n°67, 1993, p. 77.

³¹⁶ Décision n°2004-496 DC du 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique* (cons. 7), *Recueil* p. 101.

³¹⁷ Décision n°2006-540 DC du 27 juillet 2006, *Loi relative aux droits d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information* (cons. 19), *Recueil* p. 88. Confirmé par la décision n°2006-543 DC du 30 novembre 2006, *Loi relative au secteur de l'énergie* (cons. 6), *Recueil* p. 120. Nous soulignons.

banalisé par la jurisprudence du Conseil, a quoi pourrait bien correspondre cette *identité* constitutionnelle de la France ?³¹⁸

Le juge se refuse donc à se faire gardien d'un droit supranational. C'est ce qui conduit le doyen Vedel à considérer qu'en l'absence de juge de la supraconstitutionnalité, son caractère juridique « demeure platonique »³¹⁹. Le Conseil constitutionnel ne pourrait en effet intervenir si le pouvoir constituant dérivé décidait de réviser l'article 89 de la Constitution pour permettre de remettre en cause la forme républicaine du gouvernement, tout comme il ne pourrait s'opposer à la décision du pouvoir constituant de réviser le titre VII de la Constitution qui consacre son existence. Par conséquent, la question de la supraconstitutionnalité n'intéresse pas le juge constitutionnel, et la légitimation du système français de justice constitutionnelle ne peut avoir pour conséquence d'y conduire, car le juge ne pourra jamais légitimement être le gardien d'un droit supraconstitutionnel.

Faisant fi de la différenciation entre légalité et légitimité, ce discours tend donc à rendre possible toute révision qui respecte les garanties procédurales prévues par la Constitution. S'il procède d'un *positivisme paroxystique*, il s'insère néanmoins assez largement dans la *logique démocratique* : le Conseil constitutionnel, en tant qu'organe constitué – et dont les membres ne sont pas élus – ne saurait légitimement juger de l'opportunité des décisions prises par le peuple souverain. Le doyen Vedel, en légitimant la justice constitutionnelle, réconcilie ainsi la France avec la pensée de Jean-Jacques Rousseau, qui affirmait : « un peuple est toujours le maître de changer ses lois, même les meilleures ; car s'il lui plaît de se faire du mal à lui-même, qui est-ce qui a le droit de l'en empêcher ? ». Pas les membres du Conseil constitutionnel³²⁰.

³¹⁸ De même, puisqu'une grande partie des droits et libertés constitutionnels trouvent leur équivalent dans les textes européens, la notion d'identité constitutionnelle de la France pourrait aisément être écartée s'agissant des dispositions intéressant les droits fondamentaux. Que reste-t-il ?

³¹⁹ G. Vedel, « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *art. préc.*, p. 80.

³²⁰ *Contra*, Cécile Isidoro considère qu'il apparaît nécessaire, afin de « protéger la démocratie contre elle-même », de contrôler les décisions qui émanent du peuple. Elle suggère ainsi un « compromis », qui résiderait dans la possibilité offerte au juge constitutionnel de contrôler le projet ou la proposition de référendum avant qu'il soit soumis au peuple, afin d'« éviter que l'identité de la Constitution soit dénaturée », C. Isidoro, « Le pouvoir constituant peut-il tout faire ? » in *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs, Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, *op. cit.*, p. 237.

Mais la légitimation du système français de justice constitutionnelle a également conduit à remettre en cause les fondements du droit constitutionnel classique.

Section 2 – Le droit constitutionnel institutionnel en perte

La remise en cause du droit constitutionnel institutionnel procède de l'apparition de deux nouvelles figures. En premier lieu, la légitimation du système français de justice constitutionnelle, parce qu'elle a contribué à asseoir l'autorité du Conseil, a provoqué une survalorisation du contentieux constitutionnel au détriment du droit constitutionnel institutionnel (§1). En second lieu, l'apparition du citoyen-individu, acteur nouveau du droit constitutionnel, conduit à une subjectivisation³²¹ de ce droit (§2).

§1 – La juridictionnalisation du droit constitutionnel

La prééminence du juge, acteur principal du droit constitutionnel, procède d'une volonté de la doctrine de permettre au droit constitutionnel d'égaliser, voire de dominer, les autres branches du droit (A). Cette construction doctrinale a conduit à une juridictionnalisation sans précédents du droit constitutionnel (B).

A) Les facteurs de transformation du droit constitutionnel classique

Le droit constitutionnel classique, entendu comme la discipline intéressant les institutions politiques, a vécu, à partir de la IV^e République, ce qui fut décrit comme une crise, une scission avec la science politique³²². Par la suite, la légitimation de la justice constitutionnelle a frappé d'obsolescence la conception classique de ce droit. La justification organique, c'est-à-dire la légitimation de la nature juridictionnelle du Conseil, s'est en effet accompagnée d'une volonté de réduire le droit constitutionnel institutionnel au profit de l'étude de la jurisprudence du Conseil. En ce sens, comme le souligne le professeur Dominique Rousseau, « affirmer la nature juridictionnelle du Conseil constitutionnel, c'est se classer parmi les partisans du contrôle de constitutionnalité des lois, défendre la naissance

³²¹ Le terme de « subjectivisation du droit » a déjà été formulé par Luc Ferry et Alain Renaut pour désigner le fait pour les individus de pouvoir se prévaloir des droits qui leur sont conférés, L. Ferry, A. Renaut, *Philosophie politique, III Des droits de l'homme à l'idée républicaine*, PUF, 1985, cité par J. Chevallier, *L'Etat de droit*, Montchrestien – Lextenso éditions, 5^e éd., 2010, p. 52.

³²² O. Beaud « Constitution et droit constitutionnel » in D. Alland, S. Rials (sous la direction de), *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 258.

d'un "vrai" droit constitutionnel et militer pour la réappropriation par les juristes de la chose politique »³²³. C'est dans cette perspective que s'inscrit la publication des *Grandes décisions du Conseil constitutionnel* en 1975³²⁴, qui, à l'instar des *Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, témoigne de l'importance du contentieux dans la construction de ce droit. Le principal artisan de cette métamorphose est le doyen Favoreu. Puisque le Conseil constitutionnel est une juridiction, sa jurisprudence devait constituer la source principale du droit constitutionnel. Grâce au contrôle de constitutionnalité des lois, le droit constitutionnel n'est plus un instrument au service de la politique, il est une véritable discipline, dispensé par de vrais spécialistes. Il se « rejuridicise »³²⁵. Le Conseil constitutionnel aurait ainsi « assuré la montée du droit »³²⁶. Cette construction doctrinale n'est évidemment pas dépourvue d'intérêt pour les constitutionnalistes : en légitimant la justice constitutionnelle, ils légitimaient également leur propre expansion³²⁷.

Mais la doctrine n'en restait pas là. Par-delà la spécialisation et la technicisation, elle a manifesté le souhait de placer le droit constitutionnel non pas seulement à distance de la politique, mais au-dessus des autres disciplines. Dans une étude consacrée à la doctrine néo-constitutionnaliste, le professeur Bastien François démontre que la construction pyramidale du droit a permis à ce courant de hiérarchiser les disciplines juridiques. Puisque la Constitution est au sommet de l'ordre juridique et que les autres normes sont soumises à son respect, le droit constitutionnel est également la source principale des autres droits³²⁸. Ainsi, le droit serait désormais « saisi par le droit constitutionnel »³²⁹. En ce sens, on peut aisément

³²³ D. Rousseau, *Sur le Conseil constitutionnel. La doctrine Badinter et la démocratie*, op. cit., p. 50.

³²⁴ L. Favoreu, L. Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, op. cit.

³²⁵ L. Favoreu, « L'apport du Conseil constitutionnel au droit public », art. préc., p. 23.

³²⁶ D. Rousseau, *Sur le Conseil constitutionnel. La doctrine Badinter et la démocratie*, op. cit., p. 10.

³²⁷ Le professeur Olivier Jouanjan affirme ainsi que « la discipline du droit constitutionnel fut (...) armée d'une vraie jurisprudence, en même temps qu'elle contribuait à la légitimation du Conseil, elle assurait la sienne propre et garantissait tout le sérieux de sa démarche par d'impressionnants montages théoriques qui organisaient et simplifiaient la profusion du monde en distinguant un modèle "américain" et un modèle "européen" de justice constitutionnelle, ce dernier pouvant s'appuyer sur l'autorité inébranlable d'un maître viennois », O Jouanjan, « Le Conseil constitutionnel est-il une institution libérale ? », *Droits*, n°43, 2006, p. 77.

³²⁸ B. François, « La constitution du droit ? La doctrine constitutionnelle à la recherche d'une légitimité juridique et d'un horizon pratique » in Yves Poirmeur, Alain Bernard, *La doctrine juridique*, Paris, PUF, 1993, p. 220.

³²⁹ B. François, *ibid.*, p. 221. Il ajoute que « les néo-constitutionnalistes cherchent à se faire les porte-parole de l'ordre juridique dans son entier et de tous ceux qui y sont assujettis, c'est-à-dire nous tous », *ibid.*, p. 228.

considérer que le phénomène de « constitutionnalisation des branches du droit », conceptualisé par le doyen Favoreu, correspond en réalité à une *hiérarchisation des branches du droit*. Car ce phénomène conduit à considérer que le droit constitutionnel est un droit supérieur en ce qu'il a pour objet l'étude de la Constitution, norme suprême de l'ordre juridique, mais également du contentieux constitutionnel, c'est-à-dire des décisions qui, selon l'article 62 de la Constitution, « s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles ». C'est d'ailleurs ce qui ressort des propos du doyen Favoreu lorsqu'il oppose la constitutionnalisation des branches du droit à la « banalisation du droit administratif et de la juridiction administrative »³³⁰. Mais cette construction doctrinale, selon laquelle le contentieux constitutionnel supplanterait le droit constitutionnel institutionnel, a surtout conduit à une juridictionnalisation profonde de la discipline.

B) La prééminence du juge constitutionnel

La légitimation du système français de justice constitutionnelle a conduit à une juridictionnalisation sans précédent, ceci alors que le droit constitutionnel avait initialement pour objet l'étude des institutions politiques. Le Conseil constitutionnel, en tant que gardien et interprète de la Constitution, est désormais présenté comme l'acteur principal de ce droit. On pourrait ainsi reprendre la formule prononcée par le Général de Gaulle lors du discours de Bayeux pour le transposer au Conseil constitutionnel dans la nouvelle discipline du droit constitutionnel : c'est donc du Conseil constitutionnel, placé au-dessus des pouvoirs publics, nommé par les instances politiques, que doit procéder l'autorité de la Constitution. Au Conseil constitutionnel la charge de limiter le pouvoir législatif. À lui la tâche d'assurer la protection des droits et libertés. À lui l'attribution de contrôler la constitutionnalité des lois.

Si « tout procède de la Constitution »³³¹ et que le juge en est l'interprète, la juridictionnalisation du droit constitutionnel s'avérait inéluctable. Pourtant, l'avènement du Conseil constitutionnel a entraîné de profondes transformations, puisque, depuis la Révolution, l'*autorité* juridictionnelle se situait traditionnellement en bas de la hiérarchie des pouvoirs. La légitimation du système français de justice constitutionnelle a donc conduit à inverser la hiérarchie : le juge, en tant que gardien de la Constitution, est compétent pour limiter l'action du *pouvoir* législatif.

³³⁰ L. Favoreu, « L'apport du Conseil constitutionnel au droit public », *art. préc.*, p. 24.

³³¹ Selon l'expression du juge Ronny Abraham, cité par le professeur Baptiste Bonnet, « Le Conseil d'Etat, la Constitution et la norme internationale », *art. préc.*, p. 61.

Mais ce phénomène n'est pas spécifique au droit constitutionnel français. Il correspond à une dynamique européenne de juridictionnalisation, que le professeur Marc Verdussen a appelé la naissance d'une « société des Cours »³³². On assiste en effet en Europe à un accroissement considérable des pouvoirs des juges, constitués par les Cours constitutionnelles mais également – et surtout – par la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'homme. Si bien qu'en France, il y a désormais « cinq Cours suprêmes » habilitées à statuer sur les lois adoptées par les représentants du peuple³³³. Cette « juridictionmania »³³⁴ est fortement critiquée par une partie de la doctrine qui ne souhaite pas voir le droit constitutionnel réduit à l'activité du Conseil constitutionnel. En réalité, la querelle entre les partisans du droit constitutionnel jurisprudentiel et du droit politique pourrait aisément être surmontée par l'admission de la nature *politique* du Conseil. En effet, le caractère véritablement problématique de cette transformation réside dans la justification organique, qui tend à affirmer que la légitimité du Conseil tient à ce qu'il est une véritable juridiction. Cette forme de légitimation conduit à opérer une scission entre le droit et la politique. Or, comme le soulève Carl Schmitt, la séparation du droit public et de la politique est « impossible à réaliser », car cela reviendrait à désétatiser ce droit³³⁵. La remise en cause de la séparation des deux disciplines serait d'autant plus opportune que le Conseil ne dispose pas d'un pouvoir d'auto-saisine. Dès lors, si le contentieux constitutionnel occupe une place prépondérante, son existence est néanmoins soumise à la bonne volonté des autorités politiques de saisir le Conseil constitutionnel³³⁶. On ne saurait donc oublier que les institutions politiques sont les acteurs principaux et la condition d'existence du droit constitutionnel. Cette réalité se voit néanmoins partiellement remise en cause par un second phénomène constitué, avec la question prioritaire de constitutionnalité, par l'apparition de droits subjectifs constitutionnels.

³³² M. Verdussen, « Un procès constitutionnel légitime » in *Renouveau du Droit constitutionnel, Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Paris, Dalloz, 2007, p. 473.

³³³ D. de Béchillon, « Cinq cours suprêmes ? Apologie (mesurée) du désordre », *Pouvoirs*, n°137, 2011, p. 33.

³³⁴ A-M. Le Pourhiet, « A propos de la bioéthique : la démocratie selon Ponce Pilate », *art. préc.*, p. 166.

³³⁵ Ce qui serait « une fiction bien douteuse », C. Schmitt, *Théorie de la Constitution, op. cit.*, p. 257.

³³⁶ Volonté qui, au surplus, procède davantage de la part des parlementaires d'une tactique de mise en échec des réformes que souhaite entreprendre la majorité que d'une vocation à faire respecter le droit.

§2 – La « subjectivisation » du droit constitutionnel

Le mouvement de juridictionnalisation du droit constitutionnel, permis par la légitimation du système français de justice constitutionnelle, s'est accompagné d'un phénomène de subjectivisation. En effet, avec le constitutionnalisme libéral, les droits subjectifs des individus ont progressivement fait leur apparition en droit constitutionnel (A). La mise en place de la question prioritaire de constitutionnalité, en créant un statut de citoyen-justiciable, a parachevé le processus (B).

A) Les prémices de la subjectivisation : le constitutionnalisme libéral

En 1971, nous n'avons eu de cesse de le rappeler, le Conseil constitutionnel élargissait son contrôle au Préambule de la Constitution, s'affirmant ainsi compétent pour reconnaître un nombre considérable – et illimité – de droits pour l'individu. Faut-il les énumérer ? La construction jurisprudentielle des droits et libertés que la Constitution garantit est cyclopéenne. Chacun des dix-sept articles de la Déclaration des droits de 1789 a conduit le Conseil à consacrer – d'aucuns diraient « découvrir » – de nouveaux droits³³⁷. De même, le Préambule de la Constitution de 1946 a permis la reconnaissance d'un nombre toujours plus important de droits sociaux et de droits créances³³⁸. Enfin, l'incorporation de la Charte de l'environnement dans les normes de référence du contrôle de constitutionnalité a favorisé l'apparition de « droits de solidarité »³³⁹. Quelle que soit la philosophie intrinsèque de ces textes, ils tendent tous, après l'effort d'interprétation du Conseil, à la protection des droits et libertés de l'individu. En effet, il importe peu que la Déclaration des droits de l'homme ou que le Préambule de la Constitution de 1946 consacrent des droits substantiellement antagonistes car, *en présence d'une disposition constitutionnelle imprécise ou vague, le rôle*

³³⁷ Par exemple, à partir de l'article 2 de la Déclaration des droits de 1789, le Conseil reconnaît le droit au respect de la vie privée, le droit à la sûreté, le droit au secret des correspondances, la liberté individuelle, la liberté personnelle, la liberté de mariage, la liberté d'aller et venir et le droit de propriété.

³³⁸ On peut citer, de nouveau à titre d'exemple, l'alinéa 5 du Préambule de la Constitution de 1946, à partir duquel le Conseil reconnaît le droit d'obtenir un emploi et la prohibition de toute discrimination négative dans le travail. De même, l'alinéa 6 a permis la reconnaissance de la liberté syndicale et l'alinéa 7 le droit de grève. Ou encore, l'alinéa 11 lui a permis de reconnaître le droit à des moyens convenables d'existence, la protection de la santé et de la sécurité matérielle, le droit à la protection sociale, la politique de solidarité nationale en faveur des travailleurs retraités, le droit à la protection de la santé et le droit au repos.

³³⁹ A-M. Le Pourhiet, *Droit constitutionnel, op. cit.*, p. 138 et s. Il s'agit par exemple du droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé, du devoir de prendre part à la préservation et à l'amélioration de l'environnement, du droit d'accès aux informations, du droit de participation, etc.

du juge est d'absorber le contenu du texte afin de le rendre conforme au système, à la société dans laquelle il évolue. Cette société, c'est la société libérale, c'est-à-dire celle qui tend à la limitation du pouvoir de l'Etat au profit des individus. Ce système, c'est l'Etat de droit. Ainsi, dès 1971, le droit constitutionnel originairement destiné à régir l'exercice des pouvoirs devient un droit régissant les rapports humains, les droits individuels, les libertés personnelles. À côté du droit constitutionnel institutionnel, a donc surgi ce que le doyen Favoreu a appelé le « droit constitutionnel relationnel », c'est-à-dire le droit destiné à la protection des droits et libertés par le juge constitutionnel³⁴⁰.

Ce processus s'inscrit en réalité dans un phénomène plus global, que le professeur Jean-Bernard Auby a appelé la « désétatisation de la société », résultant notamment d'un mouvement « de réduction de l'espace de l'Etat au profit des citoyens »³⁴¹. Ainsi, en droit administratif, on a assisté à une évolution progressive du contentieux avec une augmentation sans précédent de recours subjectifs. Plus encore, dans l'ensemble des disciplines juridiques, on a assisté à ce que le doyen Carbonnier a qualifié de « pulvérisation du droit objectif en droits subjectifs », engendré par « l'exaltation permanente des droits de l'homme » au détriment des « valeurs collectives (le peuple, la démocratie, la république) »³⁴². La subjectivisation du droit est à cet égard un phénomène depuis longtemps décrit en droit privé.

En droit constitutionnel, ce phénomène de subjectivisation procède du discours néo-constitutionnaliste, qui tend à présenter la justice constitutionnelle comme instrument indispensable de protection des droits et libertés. Il conduit à une transformation du droit constitutionnel classique, qui est un *droit fondamentalement objectif* destiné à régir les règles d'organisation du pouvoir. En ce sens, le professeur Dominique Rousseau préconise de « changer de position, de point de vue ; partir du citoyen et non des pouvoirs publics, de la société civile et non de l'Etat »³⁴³. Cette préconisation pourrait apparaître prophétique : avec la question prioritaire de constitutionnalité, les fondements du droit constitutionnel classique vont en effet plus que jamais être renversés.

³⁴⁰ L. Favoreu, « Le droit constitutionnel jurisprudentiel. Chronique constitutionnelle », *RDP*, 1986, p. 473.

³⁴¹ J.-B. Auby, « La bataille de San Romano. Réflexions sur les évolutions récentes du droit administratif », *AJDA*, 2001, p. 914.

³⁴² J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la V^e République*, Flammarion, Coll. Champs Essais, 2008, p.121.

³⁴³ D. Rousseau, « Une résurrection : la notion de Constitution », *art. préc.*, p. 8.

B) La concrétisation de la subjectivisation : l'apparition du citoyen-individu justiciable

Les *droits subjectifs* sont les droits conférés à un individu et dont il peut se prévaloir. Ces droits sont classiquement qualifiés par la doctrine de « droits à » ou de « droits de ». En ce sens, si la question prioritaire de constitutionnalité marque la concrétisation du processus de subjectivisation du droit constitutionnel, c'est précisément parce qu'elle confère au *citoyen-individu*³⁴⁴ la possibilité de se prévaloir de la violation de droits et libertés qui leur sont conférés par la Constitution. En effet, depuis le 1^{er} mars 2010, tout justiciable peut soulever, au cours d'un litige, une question tendant à remettre en cause la conformité d'une disposition législative à un droit ou une liberté que la Constitution garantit. La loi organique du 10 décembre 2009 précise que la disposition contestée doit être applicable au litige ou à la procédure ou constituer le fondement des poursuites³⁴⁵. Il ne s'agit donc pas d'un « procès fait à un acte », selon la célèbre formule d'Edouard Laferrière, mais bien d'une prétention personnelle : une demande d'abrogation d'une loi attentatoire à un droit ou une liberté dont le *citoyen-individu* se prévaut. Chaque justiciable peut donc désormais faire valoir ses droits en tant que demandeur devant le juge civil, en tant que requérant devant le juge administratif et en tant que *citoyen-individu* devant le juge constitutionnel. S'ajoutent à cela les recours ouverts aux justiciables dans l'ordre européen ; force est de constater que le droit au recours ne peut être que sureffectif.

Le Conseil constitutionnel a accueilli avec une grande bienveillance cette nouvelle procédure, en ouvrant les portes de l'aile Montpensier du Palais Royal aux justiciables, mais également au public grâce à la mise en place d'une salle de retransmission des audiences. En outre, il est apparu nécessaire de faire connaître l'existence du droit constitutionnel des droits fondamentaux aux citoyens justiciables. Outre la parution foisonnante d'ouvrages sur la question prioritaire de constitutionnalité destinés au tout public, la quatrième de couverture des *Grandes décisions du Conseil constitutionnel* s'adresse directement aux nouveaux justiciables, puisqu'a été ajouté à sa présentation : « Cet ouvrage permettra aussi aux justiciables de mieux connaître l'ensemble des droits et libertés que la Constitution garantit et

³⁴⁴ L'expression *citoyen-individu*, qui peut paraître singulière, nous permet de marquer la différence avec le citoyen politique. Le citoyen politique est celui qui jouit de ses droits civils et politiques. Le *citoyen-individu*, en revanche, est celui qui peut se prévaloir, en droit constitutionnel, de droits et libertés individuelles.

³⁴⁵ Article 23-2 de la loi organique n°2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution.

dont ils peuvent désormais se prévaloir »³⁴⁶. Dans le même esprit, en 2013, le Conseil constitutionnel a publié un « guide pratique de la QPC » destiné aux citoyens-individus.

Légitimer la question prioritaire de constitutionnalité, c'est donc aussi admettre le changement de nature du droit constitutionnel. La légitimation du système français de justice constitutionnelle, en faisant du juge un gardien de la norme constitutionnelle et un garant des droits et libertés, a participé tout à la fois à une normativisation et une substantialisation de la Constitution. Cette double redéfinition a entraîné une confusion de la notion de Constitution, qui apparaît ainsi à la fois comme un *texte normatif obligatoire* et un *socle sociétal axiologiquement déterminé*. À cela s'ajoute le double phénomène de *juridictionnalisation* et de *subjectivisation* du droit constitutionnel, qui conduit à retrancher le droit constitutionnel institutionnel au rang de droit politique désuet et inopportun, pour en faire un droit comme les autres et dont les citoyens-individus peuvent désormais se prévaloir. Tout cela pourrait nous conduire à penser, avec le professeur Jean-Marie Denquin que le Conseil constitutionnel, *loin de renouveler les fondements du droit constitutionnel*, « l'a plutôt banalisé et obscurci »³⁴⁷.

Mais les difficultés résultant de la légitimation du système français de justice constitutionnelle ne s'arrêtent pas là, puisqu'elle a également, et surtout, eu pour conséquence de bouleverser les postulats de la démocratie.

³⁴⁶ L. Favoreu, L. Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*

³⁴⁷ J.-M. Denquin, « La jurisprudence du Conseil constitutionnel : grandeur ou décadence du droit constitutionnel ? Un regard surplombant sur les libertés publiques », *art. préc.*

CHAPITRE 2

Le bouleversement des paradigmes démocratiques

Les efforts de légitimation du Conseil constitutionnel sont le fruit d'un bouleversement profond des paradigmes démocratiques, c'est-à-dire des postulats et présupposés qui fondent, sous la V^e République, en France, l'idée de démocratie. Un *paradigme démocratique* est ici entendu au sens d'un modèle systémique de démocratie admis dans une société. Ce modèle, c'est le « gouvernement du peuple, par le peuple, pour le peuple »³⁴⁸, dans lequel la « souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum »³⁴⁹.

Puisque le système français de justice constitutionnelle est fondamentalement incompatible avec la démocratie, la doctrine néo-constitutionnaliste a entendu penser une démocratie qui serait compatible avec lui, voire renforcée par lui (**Section 1**). De l'intention à la concrétisation, la quête (quasi)victorieuse de légitimité du juge a provoqué des bouleversements factuels, constitués par une érosion de la démocratie au profit de l'Etat de droit (**Section 2**).

Section 1 – Les bouleversements idéels des paradigmes démocratiques

Le contrôle du juge sur les actes des représentants élus du peuple, et la légitimation qui l'accompagne, conduisent à une subversion sans précédents des paradigmes de la souveraineté nationale (§1). L'un des moyens de surmonter cette difficulté a été de repenser la démocratie, afin de le rendre compatible avec la justice constitutionnelle (§2).

§1 – La subversion des paradigmes de la souveraineté

La justice constitutionnelle, parce qu'elle participe à l'exercice du pouvoir, a renversé les schémas de la souveraineté sous la V^e République (A). La légitimation du Conseil constitutionnel s'est alors accompagnée d'un discours tendant à démontrer que le juge est le défenseur du peuple souverain (B).

³⁴⁸ Article 2 de la Constitution du 4 octobre 1958.

³⁴⁹ Article 3 de la Constitution du 4 octobre 1958.

A) La participation du juge à l'exercice du pouvoir

En contrôlant la constitutionnalité des lois, le juge ne se contente pas de limiter le pouvoir du législateur, il participe à l'exercice de ce pouvoir. Le professeur Philippe Blachère montre ainsi que, par sa décision du 23 août 1985 dans laquelle il énonce que « La loi votée (...) n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution »³⁵⁰, le Conseil constitutionnel officialise cette participation. Dans sa thèse de doctorat, il souligne ainsi qu'il existe, en sus du régime légicentriste traditionnel, un « régime constitutionnaliste d'expression de la volonté générale »³⁵¹, dans lequel « le "tiers pouvoirs" se retrouve dans la figure du juge constitutionnel »³⁵². Dans le même sens, le professeur Dominique Rousseau constate le passage « d'un régime de monopole à un régime concurrentiel », dans lequel le législateur n'est « plus maître de la loi »³⁵³. La loi serait désormais le fruit de trois pouvoirs, que sont le pouvoir législatif, le pouvoir exécutif et le Conseil constitutionnel. Le professeur Michel Troper va plus loin. Selon lui, puisque « le juge constitutionnel exprime la volonté générale » et que l'article 6 de la Déclaration de 1789 prévoit que « la loi est l'expression de la volonté générale », alors le Conseil constitutionnel est lui aussi un représentant³⁵⁴.

Si, comme nous l'avons montré dans nos précédents développements, cette participation pose des difficultés quant à la légitimation organique du Conseil constitutionnel, elle s'avère également extrêmement malaisée quant au paradigme démocratique de la souveraineté nationale, qui veut que celle-ci appartienne au peuple. En effet, ce qui caractérise la souveraineté, c'est la *décision*. Le Souverain est celui qui *décide*. Il peut se voir limité, mais cette limitation ne lui est pas extérieure, c'est de lui-même qu'il décide d'organiser des moyens de limitation. Dès lors, si, en vertu de l'article 3 de la Constitution, la souveraineté du peuple s'exprime par la représentation ainsi que par le procédé référendaire, cela signifie que l'activité des représentants élus constitue l'une des formes de prise de décision du peuple souverain. D'où la formule de « loi expression de la volonté générale », ou, pour reprendre les mots de Carré de Malberg, de « dogme de la représentation par le Parlement de la volonté

³⁵⁰ Décision n°85-197 DC du 23 août 1985, *Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie* (cons. 27), *préc.*

³⁵¹ Ph. Blachère, *Contrôle de constitutionnalité et volonté générale*, *op. cit.*, p. 127 et s.

³⁵² Ph. Blachère, *ibid.*, p. 129.

³⁵³ D. Rousseau, *La justice constitutionnelle en Europe*, *op. cit.*, p. 140 et s.

³⁵⁴ M. Troper, « Justice constitutionnelle et démocratie », *art. préc.*, p. 40 et s.

générale »³⁵⁵. Ainsi, lorsque le juge contrôle la constitutionnalité des lois adoptées par le Parlement, ne contrôle-t-il pas, indirectement, la volonté du Souverain ? Dans ce cas, sa légitimité en sortirait affaiblie. Plus encore, *si le juge constitutionnel est un représentant, exprime-t-il lui aussi la souveraineté nationale ?*

À ces questions, on pourrait répondre qu'à l'instar du Conseil constitutionnel, le Parlement est un pouvoir constitué. Mais l'argument sera aisément réfuté, dans la mesure où le Parlement jouit d'une légitimité démocratique par le système de l'élection, ce qui n'est évidemment pas le cas du juge constitutionnel. On pourrait également objecter qu'il importe peu que la loi soit l'expression de la volonté générale, puisque le contrôle de constitutionnalité des lois est prévu par la Constitution voté par le peuple constituant originaire. Autrement dit : la question de la légitimité du contrôle de constitutionnalité des lois ne se pose pas, puisque l'article 61 le prévoit³⁵⁶. Cet argument positiviste ne saurait être recevable. D'une part, comme nous l'avons dit, notre présupposé de légitimité n'est pas celui de la validité. D'autre part le Conseil constitutionnel n'est plus, depuis 1971 avec la décision *Liberté d'association*, 1974 avec l'ouverture de la saisine aux parlementaires et 2010 avec la question prioritaire de constitutionnalité, le timide « organe régulateur de l'activité des pouvoirs publics » qu'il fut à l'origine. Enfin, on pourrait soutenir, à l'instar du doyen Favoreu, que la participation concurrentielle du pouvoir ne pose pas de difficulté puisque « *la loi exprime une volonté majoritaire* et non une volonté générale »³⁵⁷. Cependant, cette volonté majoritaire correspond bien à une réalité : elle est l'expression majoritaire du peuple. Si bien que l'on ne voit pas comment le Conseil constitutionnel pourrait remédier à cette situation ; sauf à considérer qu'il est le représentant du peuple minoritaire, ce qui, de toute évidence, n'est pas le cas. AU surplus, si la volonté majoritaire n'exprime pas la volonté générale en dépit du système électif, comment le juge constitutionnel pourrait l'exprimer ? Le problème demeure donc entier.

Pourtant, la participation du juge à l'exercice du pouvoir législatif ne fut pas toujours perçue comme une difficulté, puisque cette circonstance a précisément été utilisée par certains

³⁵⁵ R. Carré de Malberg, *La loi, expression de la volonté générale*, op. cit., p. 221.

³⁵⁶ À l'instar, si l'on peut se permettre cette digression, du Commissaire du gouvernement Frydman qui, dans ses conclusions sous la décision *Nicolo*, justifiait les difficultés que pouvaient susciter le contrôle de conventionnalité des lois par la formule suivante : « Tel est le dispositif prévu par l'article 55 ». V. en ce sens, P. Frydman, Conclusions sous CE Ass. 20 octobre 1989, *Nicolo*, *RFDA*, 1989, p. 812.

³⁵⁷ L. Favoreu, « De la démocratie à l'Etat de droit », *art. préc.*, p. 155.

auteurs pour justifier le rôle de la justice constitutionnelle. En effet, une partie de la doctrine considère que l'existence d'un contrôle de constitutionnalité des lois a facilité la rupture – souhaitée – de la « fiction » de la loi, expression de la volonté générale³⁵⁸. Or, il est vrai que le juge constitutionnel a contribué à amoindrir le mythe qui entourait la souveraineté parlementaire. Ainsi, Mauro Cappelletti se félicitait, déjà en 1981, de ce qu'« une bonne partie de l'illusion occidentale concernant la parfaite capacité qu'ont les branches “politiques” d'incarner le consentement de ceux qui sont gouvernés – ou du moins, de la majorité d'entre eux – est en voie de se dissiper »³⁵⁹. De même, pour le professeur Dominique Rousseau, le Conseil est un « organe régulateur du régime concurrentiel d'énonciation de la volonté générale »³⁶⁰ qui rompt avec la parole monolithique du Parlement en obligeant les pouvoirs publics à débattre et à échanger sur le sens des énoncés constitutionnels et des lois qu'ils adoptent. Il propose ainsi de remplacer le concept de gouvernement des juges par celui de « régime d'énonciation concurrentielle de la volonté normative ou de la parole constituante »³⁶¹.

En légitimant la justice constitutionnelle, la doctrine se félicite d'avoir pu rompre la fiction de la représentation. Cependant, une chose est de constater que le Conseil constitutionnel a permis de remettre en cause la suprématie de la loi, une autre est de considérer que le Conseil constitutionnel peut légitimement participer à l'exercice du pouvoir. Si bien que la fiction dénoncée a été remplacée par une autre : celle de la préservation par le juge de la souveraineté du peuple.

B) La protection par le juge de la volonté du peuple souverain

Si le Conseil constitutionnel participe à l'exercice du pouvoir, c'est pour protéger le peuple. Autrement dit, le juge, lorsqu'il contrôle la constitutionnalité des lois, est la *bouche du*

³⁵⁸ Carré de Malberg lui-même avait d'ailleurs affirmé qu'« il faudrait être bien crédule pour se laisser persuader que les volontés énoncées par une oligarchie sont l'expression de la volonté générale de la communauté », R. Carré de Malberg, *La loi, expression de la volonté générale*, op. cit.

³⁵⁹ M. Cappelletti, « Nécessité et légitimité de la justice constitutionnelle », *RIDC*, 1981, n°2, p. 640. De même, le professeur Bertrand Mathieu constate que le contrôle de constitutionnalité « concrétise l'idée selon laquelle le législateur est soumis au respect de la Constitution, expression de la volonté du peuple souverain », B. Mathieu, *Constitution : rien ne bouge et tout change*, op. cit., p. 78.

³⁶⁰ D. Rousseau, « Constitutionnalisme et démocratie », *La vie des idées*, 19 septembre 2008.

³⁶¹ D. Rousseau, « L'émergence d'un concept ? » in S. Brondel, N. Foulquier, L. Heuschling (sous la direction de), *Gouvernement des juges et démocratie*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2001, p. 332.

peuple. Cette thèse est formulée par le professeur Dominique Rousseau, qui considère que le juge permet d'assurer la « dissociation gouvernés-gouvernants »³⁶², c'est-à-dire que la justice constitutionnelle a pour fonction de rappeler au Parlement qu'il n'est qu'un représentant, et qu'il doit respecter la Constitution, qui émane du peuple souverain. Le juge assure donc « la mise en représentation de la représentation »³⁶³. Il oppose ainsi le juge constitutionnel, qui serait le gardien du peuple et de sa souveraineté, aux représentants, qui, en tant qu'acteurs politiques, ne seraient pas en mesure d'exprimer à eux seuls la volonté générale. En effet, puisque les parlementaires n'ont plus la confiance du peuple, le Conseil constitutionnel apparaît comme « l'instrument de la société civile contre la société politique », ce qui, « dans l'affaiblissement de la croyance en la vertu du politique, participe à sa légitimation »³⁶⁴. Cette méfiance du politique que postule le professeur Dominique Rousseau le conduit à considérer que le juge, loin d'entacher la volonté du peuple souverain, la permet. En effet, par le contrôle de constitutionnalité des lois, c'est le souverain qui s'exprime et contrôle que les lois votées respectent la Constitution. Plus encore, le contrôle de constitutionnalité des lois est une « nécessité démocratique », il est consubstantiel à l'exercice de la souveraineté, puisqu'en son absence « la parole constitutionnelle est sans normativité et sans efficacité »³⁶⁵. Le Conseil constitutionnel permettrait ainsi d'assurer les intérêts du peuple contre les intérêts de la volonté législative, en lui rappelant la nécessité de respecter de la Constitution. La justice constitutionnelle constituerait donc un « progrès démocratique »³⁶⁶.

Cette thèse nous paraît contestable pour deux raisons. Tout d'abord, il nous paraît difficile d'affirmer que, dans le fonctionnement du système français de justice constitutionnelle, le Conseil constitutionnel puisse être « l'espace des citoyens ». Comment, en effet, le peuple pourrait-il, grâce au Conseil constitutionnel, contrôler la volonté des

³⁶² D. Rousseau, « La jurisprudence constitutionnelle : quelle "nécessité démocratique" ? » in G. Drago, B. François, N. Molfessis (sous la direction de), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, op. cit., p. 368.

³⁶³ D. Rousseau, *ibid.*

³⁶⁴ D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, op. cit., p. 56.

³⁶⁵ D. Rousseau, « Y a-t-il trop de contrôle de constitutionnalité des lois en France ? » in B. Mathieu et M. Verpeaux (sous la direction de), *La constitutionnalisation des branches du droit*, Actes de l'atelier du III^e Congrès de l'AFDC, Economica PUAM, 1998, p. 22.

³⁶⁶ D. Rousseau, « La jurisprudence constitutionnelle : quelle "nécessité démocratique" ? » in G. Drago, B. François, N. Molfessis (sous la direction de), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, op. cit., p. 369.

représentants élus alors que le laconisme de la motivation de ses décisions est unanimement décrié ? Certes, la publication de communiqués de presse et de commentaires tend à remédier à cela. Mais ses délibérations restent secrètes, si bien qu'il paraît difficile de comprendre comment le peuple pourrait, même indirectement, participer avec la justice constitutionnelle au contrôle des représentants³⁶⁷. A l'inverse, les débats et votes du Parlement sont publics et les représentants sont élus, si bien que leur confiance est renouvelée lors de chaque élection. S'agissant du juge constitutionnel, en réalité, *le peuple ne peut que constater la décision prise par le juge, mais ne dispose d'aucune arme pour la remettre en cause*. Tout d'abord, parce que les membres du Conseil ne sont pas responsables devant le peuple. Ensuite, parce que, si le dernier mot revient effectivement au pouvoir constituant, le peuple ne dispose pas du pouvoir d'initiative de la révision constitutionnelle. En effet, le référendum d'initiative populaire, consacré par le troisième alinéa de l'article 11 de la Constitution depuis la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008, ne saurait réellement être considéré comme une « initiative populaire » dans la mesure où il doit procéder de « l'initiative d'un cinquième des membres du Parlement, soutenue par un dixième des électeurs inscrits sur les listes électorales ». Plus encore, la proposition de référendum devrait, en tout état de cause, faire l'objet d'un contrôle, non pas seulement de régularité de la procédure, mais de conformité à la Constitution par... le Conseil constitutionnel³⁶⁸. On voit donc mal, dans ces circonstances, comment le peuple pourrait s'opposer à une décision prise par le Conseil constitutionnel. En réalité, seuls les parlementaires réunis en Congrès à Versailles le peuvent, ce qui nous mène à la seconde objection.

Qualifiant le peuple de « souverain sous contrôle », le professeur Stéphane Caporal affirme que le Conseil constitutionnel « est venu ajouter à la fragilité du pouvoir constituant reconnu au peuple »³⁶⁹. Il montre en effet que le refus du Conseil de contrôler la constitutionnalité des projets de révisions constitutionnelles émanant du Congrès traduit une

³⁶⁷ Pour Paul Thibaud, avec le secret des délibérés, le Conseil constitutionnel apparaît comme « l'oracle de la République », L. Hamon, P. Thibaud, « Le Conseil constitutionnel et la démocratie. Léo Hamon, Paul Thibaud : un échange », *art. préc.*, p. 69 et s.

³⁶⁸ C'est ce qui ressort du projet de loi organique portant application de l'article 11 de la Constitution du 12 juin 2013, modifié par le Sénat en deuxième lecture : « Le Conseil constitutionnel vérifie, dans le délai d'un mois à compter de la transmission de la proposition de loi 3° (...) qu'aucune disposition de la proposition ne porte atteinte à la Constitution ».

³⁶⁹ S. Caporal, « Le peuple : un souverain sous contrôle », *VIIe Congrès français de droit constitutionnel – Atelier n°3 : Constitution et pouvoir constituant*, Paris, 25-26-27 septembre 2008.

indifférenciation entre « l'expression directe et l'expression indirecte qu'est le vote par le Parlement » de la souveraineté nationale³⁷⁰. Par conséquent, les représentants, décrits par le professeur Dominique Rousseau comme limités par le peuple à travers le juge constitutionnel, pourront parfaitement revenir sur sa décision. Si bien qu'*en réalité, le dialogue décrit comme un « progrès démocratique » n'a lieu qu'entre le Parlement et le Conseil constitutionnel. Le peuple n'a pas sa place dans ce conflit de pouvoirs.* Par ailleurs, si cette réalité anéantit le discours de légitimation du juge constitutionnel comme protecteur de la volonté du peuple souverain, elle conduit également à remettre en cause celle qui consiste à ériger le Conseil constitutionnel en gardien des droits de l'homme. Car après tout, si le peuple représenté en Congrès souhaitait porter atteinte, par une révision, à un droit ou une liberté, qui l'en empêcherait ? On pourrait alors aisément considérer, avec le professeur Jean-Marie Denquin, que le juge constitutionnel assure en réalité « la volonté des parlementaires-constituants sur celle des parlementaires-législateurs »³⁷¹.

La légitimation du système français de justice constitutionnelle a donc conduit à une subversion des paradigmes de la souveraineté. Du schéma initial de la souveraineté du peuple notamment exercée par ses représentants, elle conduit à envisager une souveraineté du peuple partagée entre les représentants et le juge. Cette transformation idéelle a abouti à une redéfinition du concept de démocratie.

§2 – Une démocratie repensée

Pour réduire l'antagonisme entre la démocratie et le contrôle de constitutionnalité à un artefact, la doctrine a entendu dépasser les schémas initiaux de la démocratie représentative à

³⁷⁰ S. Caporal, *ibid.* Le professeur Stéphane Caporal montre notamment que le caractère problématique de ce refus est constitué par le fait que le Congrès est parfaitement habilité à réviser les modalités de révision des articles 11 et 89 de la Constitution, car « ce que le Congrès du Parlement donne au peuple, le Congrès du Parlement peut le reprendre ». Qu'il nous soit permis d'ajouter à ce constat dressé en 2008, que *le Congrès peut également revenir sur les décisions qui émanent de l'expression directe de la souveraineté nationale.* Ainsi, alors que le peuple constituant a refusé, en 2005, la ratification du traité établissant une constitution pour l'Europe, le Parlement réuni en Congrès a adopté le 4 février 2008 une loi constitutionnelle portant révision du titre XV de la Constitution et tendant à la ratification du traité de Lisbonne. Saisi préalablement à la révision constitutionnelle par le Président de la République, le Conseil constitutionnel n'a pas considéré problématique que le Congrès puisse revenir sur la volonté du pouvoir constituant. Il a simplement exigé que la ratification du traité intervienne après révision constitutionnelle, sans distinction du vote en Congrès ou du référendum constituant. V. Décision n° 2007-560 DC du 20 décembre 2007, *Traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la communauté européenne*, Recueil p. 459.

³⁷¹ Ce qui le conduit à constater que « la volonté du peuple a disparu dans l'opération et avec elle la légitimation démocratique supposée du contrôle de la constitutionnalité », J.-M. Denquin, « Que veut-on dire par "démocratie" ? L'essence, la démocratie et la justice constitutionnelle », *Jus Politicum*, n°2, 2009.

travers une redéfinition du concept de démocratie. En ce sens, l'affirmation du professeur Dominique Rousseau selon laquelle « le contrôle de constitutionnalité des lois est légitime parce qu'il produit une définition de la démocratie qui le légitime »³⁷² est symptomatique (A). Mais la difficulté d'une telle entreprise de légitimation se caractérise par une altération du présupposé de légitimité démocratique (B).

A) L'obsolescence de la démocratie représentative

La démocratie, parce qu'elle se définit comme le régime dans lequel la souveraineté émane du peuple³⁷³, fait obstruction aux efforts de justification du système français de justice constitutionnelle. En effet, le présupposé de légitimité démocratique réside nécessairement dans l'élection des représentants et leur responsabilité, ce qui signifie que le pouvoir doit émaner d'une autorité élue par le peuple souverain et responsable devant lui³⁷⁴. C'est la raison pour laquelle la participation par le Conseil constitutionnel – dont les membres ne sont ni élus, ni responsables – à l'exercice du pouvoir législatif soulève tant de difficulté quant à sa légitimité. Pour surmonter ces apories, le premier discours tend à considérer que la justice constitutionnelle a modifié les paradigmes démocratiques initiaux. C'est ce qu'affirme le professeur Michel Troper, en considérant que l'on a désormais affaire à un « gouvernement mixte » dans lequel le pouvoir législatif est partagé entre le Parlement, qui est une autorité démocratique, et le Conseil constitutionnel, qui est une autorité aristocratique³⁷⁵. Ce discours présente l'avantage de tirer les conséquences des transformations profondes qu'a pu susciter le contrôle de constitutionnalité des lois sur les schémas classiques de la démocratie représentative. Mais, comme le rappelle le professeur Troper, il n'a pas vocation à justifier la justice constitutionnelle en démocratie. Le second discours tend en revanche à considérer que la justice constitutionnelle permet d'améliorer la démocratie. C'est ce que suggère l'affirmation du doyen Favoreu, selon laquelle le passage de la légalité à la constitutionnalité rend « le processus de décision plus démocratique et plus transparent, en ce sens que

³⁷² D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, p. 557.

³⁷³ C'est un truisme de rappeler qu'étymologiquement, démocratie provient du grec *dêmos*, qui signifie le peuple, et *kratos*, qui signifie la force, le pouvoir.

³⁷⁴ « La représentation et la responsabilité sont, dans nos régimes démocratiques contemporains, les catégories *a priori* de la légitimité », D. Baranger, *Le droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 97.

³⁷⁵ M. Troper, « La logique de justification du contrôle de constitutionnalité des lois » *art. préc.*, p. 935.

l'exigence de constitutionnalité accroît l'exigence de débat public et démocratique »³⁷⁶. Il considère donc que la démocratie représentative est dépassée par les exigences nouvelles d'une démocratie participative, qui renforce la démocratie... tout en modifiant ses caractéristiques. Ce qui nous amène au dernier discours.

Pour justifier le rôle de la justice constitutionnelle, le professeur Dominique Rousseau procède en deux étapes. La *déconstruction* tout d'abord, puisqu'il considère que la notion de démocratie telle qu'elle apparaît sous la V^e République, c'est-à-dire reposant sur le principe électif, correspond à une « *doxa* démocratique »³⁷⁷. Pour lui, la « forme électorale de la démocratie » est insuffisante, car la participation du peuple ne s'exprime qu'au moment des élections³⁷⁸. La protection des droits fondamentaux ne saurait être efficacement assurée par les seuls représentants, qui ne sont pas aptes à produire le débat continu sur les droits fondamentaux. Ce constat étant dressé, *il suggère de faire fi de cette conception de la démocratie pour découvrir quelle démocratie émane de la justice constitutionnelle*. Il considère ainsi qu'au lieu de se fonder « sur une définition *a priori* de la démocratie, le plus souvent formulée avant la naissance de la justice constitutionnelle », il faut « faire apparaître quelle vérité démocratique ce mécanisme rend possible, et qui le légitime en retour »³⁷⁹. Cette vérité démocratique, c'est la « démocratie continue », qui correspond à une forme de démocratie délibérative dans laquelle le pouvoir ne s'exerce pas exclusivement par des représentants élus, mais se caractérise par la production dialogique du pouvoir de décision par plusieurs institutions. Le juge constitutionnel serait tout à la fois le créateur³⁸⁰ et l'acteur principal de ce nouveau régime, puisqu'il obligerait chacune des autorités à s'interroger sur le sens des textes, singulièrement de la « Charte des droits et libertés ». Le Conseil, dans cette démocratie, « produit un espace constamment ouvert à la création continue de droits et

³⁷⁶ L. Favoreu, P. Gaïa, R. Ghevontian, J-L. Mestre, O. Pfersmann, A. Roux, G. Scoffoni, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 374. V. également, L. Favoreu, « Légalité et constitutionnalité », *art. préc.*, p. 81.

³⁷⁷ D. Rousseau, « La jurisprudence constitutionnelle : quelle "nécessité démocratique" ? » in G. Drago, B. François, N. Molfessis (sous la direction de), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 371.

³⁷⁸ D. Rousseau, « Constitutionnalisme et démocratie », *La vie des idées*, 19 septembre 2008.

³⁷⁹ D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, p. 556.

³⁸⁰ « Le Conseil construit une définition de la démocratie différente de la période précédente », D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, p.558.

libertés »³⁸¹. Il n'apparaît pas, pour le professeur Dominique Rousseau, comme le gardien des droits et libertés, mais il est le « nom de la mesure démocratique », notamment parce qu'il crée un écart entre les représentés, c'est-à-dire « l'espace des droits fondamentaux », et les représentants, soit « l'espace de la loi »³⁸².

Or, si le contrôle de constitutionnalité des lois conduit effectivement à une altération diachronique des fondements de la démocratie, cette altération apparaît comme un instrument de légitimation.

B) Du présupposé de légitimité démocratique à une légitimité présupposée démocratique

Comme nous l'avons exposé dans nos propos introductifs, un *présupposé de légitimité* est un fondement sur lequel repose une définition *a priori* de la légitimité. Ce fondement peut être la légitimité démocratique, la légitimité divine, l'adhésion des gouvernés, la légalité, etc. Par exemple, si le présupposé de légitimité sur lequel le discours de légitimation se fonde est la légitimité divine, alors la justice constitutionnelle est illégitime – sauf à considérer que les membres du Conseil sont les représentants de Dieu sur terre. En revanche, si le présupposé de légitimité sur lequel le discours de légitimation se fonde est la légalité, alors le Conseil constitutionnel est légitime puisque son existence est consacrée par la Constitution. *Définir un présupposé de légitimité ne conduit donc pas à altérer la réalité*. Le fait est statique, immuable ; le présupposé seul varie. S'interroger sur la légitimité d'une institution, c'est donc se demander si cette institution est compatible avec le présupposé sur lequel on fonde la notion de légitimité. Il est parfaitement possible de s'appuyer sur des présupposés différents, afin de savoir si l'institution répond à chacun de ces présupposés. Mais, puisque la France est une démocratie, et que c'est précisément en cela que la justice constitutionnelle soulève des difficultés, nous avons précisé que nous postulions exclusivement le présupposé de légitimité reposant sur la légitimité démocratique. La question est donc la suivante : le Conseil constitutionnel est-il compatible avec la démocratie et la légitimité qu'elle sous-tend ?

Répondre à cette question en considérant que c'est la légitimité qui procède du fait apparaît contestable. En effet, affirmer que « le Conseil constitutionnel est légitime parce qu'il produit une définition de la démocratie qui le légitime », c'est transformer le présupposé de

³⁸¹ D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, op. cit., p. 562.

³⁸² D. Rousseau, « De quoi le Conseil constitutionnel est-il le nom ? », *Jus Politicum*, n°7, 2012.

légitimité en une *légitimité présupposée*. La légitimité présupposée, c'est celle qui conduit à modifier la réalité pour la rendre compatible avec un même fondement de légitimité. Une légitimité présupposée démocratique, c'est donc celle qui conserve le fondement de la démocratie en adaptant la réalité de façon à la rendre compatible avec ce fondement. Or si une légitimité peut être présupposée, alors tout deviendrait justifiable.

Cette légitimité présupposée peut susciter une seconde difficulté. Pour le professeur Dominique Rousseau, la démocratie représentative aurait cédé la place à la « démocratie continue », dans laquelle le peuple aurait retrouvé sa souveraineté perdue grâce au juge constitutionnel, qui donne vie à la Constitution. *Mais n'est-il pas paradoxal de fonder cette nouvelle démocratie sur sa capacité à valoriser la Constitution, alors que cette même Constitution prévoit toute autre chose que la « démocratie continue » ?* Si l'article 1^{er} proclame que la France est une démocratie, que son article 2 énonce que cette démocratie se définit comme le « gouvernement du peuple, par le peuple, pour le peuple », et que son article 3 prévoit que « la souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum », c'est bien que *le pouvoir constituant originaire a manifesté l'intention d'instaurer une démocratie dans laquelle le pouvoir s'exerce, non par un processus dialogique qui associe les pouvoirs exécutif, législatif et le Conseil constitutionnel, mais par la représentation et le procédé référendaire*. Si l'on prétend au contraire que le juge constitutionnel est légitime parce qu'il produit une nouvelle définition de la démocratie, cela conduit paradoxalement à le *dé légitimer*. En effet, si tel est le cas, cela veut dire que *le Conseil constitutionnel a outrepassé la volonté du pouvoir constituant originaire qui a organisé les conditions d'exercice d'une démocratie représentative*.

Les discours de légitimation de la doctrine néo-constitutionnaliste conduisent donc à des bouleversements idéels du concept de démocratie et de souveraineté. En pratique, les transformations procèdent d'un discours plus global de promotion de l'Etat de droit.

Section 2 – Les bouleversements factuels des paradigmes démocratiques

Comme le souligne le professeur Bertrand Mathieu, « l'émergence d'un nouveau système juridique fondé essentiellement sur les droits fondamentaux est l'une des caractéristiques essentielles de l'évolution du droit »³⁸³. Or la légitimation du système français de justice constitutionnelle, qui repose très largement sur le discours de protection des droits et libertés constitutionnels, contribue évidemment à cette évolution. Les bouleversements des paradigmes démocratiques sont ainsi occasionnés par une érosion de la démocratie (§1), à laquelle succède une transformation substantielle de sa nature (§2).

§1 – L'érosion de la démocratie

L'affaiblissement de la démocratie procède tout d'abord de son *antagonisme principal avec l'Etat de droit* (A). Il s'explique également par l'apparition d'une *Raison juridictionnelle*, qui remet en cause l'*efficacité du politique* (B).

A) Une démocratie limitée par l'Etat de droit

La démocratie et l'Etat de droit présentent des finalités inverses : alors que la démocratie se rapporte à une certaine organisation de *l'exercice du pouvoir*, l'Etat de droit tend à sa *limitation*. La première traduit une participation du peuple, le second une restriction du pouvoir de l'Etat. En ce sens, on peut aisément considérer que la démocratie et l'Etat de droit ne sont pas interdépendants. D'abord, l'Etat de droit n'est pas consubstantiel à la démocratie, mais seulement à ce que l'on appelle désormais la « démocratie constitutionnelle »³⁸⁴, entendue comme la démocratie qui tend à la garantie des droits par une limitation du pouvoir. Ensuite, nous pourrions soutenir que la démocratie n'est pas consubstantielle à l'Etat de droit³⁸⁵. Comme le relève Carl Schmitt, l'Etat de droit peut se réaliser dans le cadre d'une monarchie, ce qui conduit à l'appellation de « monarchie constitutionnelle »³⁸⁶. Plus encore, on peut concevoir que la promotion de l'Etat de droit se

³⁸³ B. Mathieu, *Constitution : rien ne bouge et tout change*, op. cit., p. 23.

³⁸⁴ D. Rousseau, « Constitutionnalisme et démocratie », *La vie des idées*, 19 septembre 2008. V. également, C. Schmitt, *Théorie de la Constitution*, op. cit., p. 338.

³⁸⁵ Nous écartons ici les Etats totalitaires, car nous entendons la notion d'Etat de droit au sens de ce que le professeur Jacques Chevallier a appelé « substantiel », c'est-à-dire l'Etat de droit qui tend à la promotion de certaines valeurs et à la garantie des droits individuels, J. Chevallier, *L'Etat de droit*, op. cit.

³⁸⁶ C. Schmitt, *Théorie de la Constitution*, op. cit., p. 338.

réalise hors du cadre étatique. C'est le cas de l'Union européenne, qui repose sur les valeurs de promotion de l'Etat de droit sans être un Etat³⁸⁷. En dépit de cela, *l'association de la démocratie et de l'Etat de droit se présente aujourd'hui comme un axiome* : toute démocratie doit tendre vers la réalisation de l'Etat de droit, et inversement, tout Etat de droit doit tenter de se démocratiser. Cependant, *présenté comme un moyen d'améliorer la démocratie, l'Etat de droit conduit en réalité à borner son exercice*. Si on reprend en effet la définition de la démocratie proposée par Carl Schmitt, à savoir « l'identité du dominant et du dominé, du gouvernant et du gouverné, de celui qui commande et de celui qui obéit »³⁸⁸, on constate que l'Etat de droit tend à rompre cette identité, puisqu'il repose sur l'idée de limitation du pouvoir au profit des droits individuels. L'Etat de droit conduit donc à altérer la démarcation entre la société civile et la société politique, en réduisant la sphère du politique au profit de la sphère privée par un contrôle de toutes les activités normatives.

C'est la raison pour laquelle l'idée de « démocratie par le droit », par laquelle la doctrine néo-constitutionnaliste justifie le contrôle de constitutionnalité des lois, peut s'avérer problématique quant à la question démocratique. En effet, le professeur Jean-Marie Denquin soulève que si l'on définit la démocratie comme tendant à promouvoir le règne des droits fondamentaux, alors la démocratie par le droit se réduit à une tautologie puisqu'elle signifie en réalité « "les droits fondamentaux par le droit", autrement dit le droit par le "droit" ». Ce qui le conduit à considérer que le droit est « seul fondement et seul gardien de lui-même, il ne renvoie à rien qui lui soit extérieur ». Il est « souverain et autosuffisant »³⁸⁹. *La finalité axiologique de l'Etat de droit peut donc conduire à déposséder le peuple de sa souveraineté, au nom de sa protection*³⁹⁰. Dans cette perspective, le juge a un rôle déterminant puisqu'il aura pour tâche de réguler, par le droit, les activités politiques. Si l'idéal de l'Etat de droit

³⁸⁷ Article 2 TUE : « L'Union est fondée sur les valeurs de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, de l'Etat de droit, ainsi que de respect des droits de l'homme ».

³⁸⁸ C. Schmitt, *ibid.*, p. 372.

³⁸⁹ J.-M. Denquin, « Que veut-on dire par "démocratie" ? L'essence, la démocratie et la justice constitutionnelle », *art. préc.*

³⁹⁰ V. dans le même sens, M.-J. Redor, « La démocratie dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et dans ses représentations » in G. Drago, B. François, N. Molfessis (sous la direction de), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 345. Elle affirme notamment que « les définitions qui sont aujourd'hui proposées de la démocratie placent le peuple non plus au centre, mais à la périphérie, le citoyen devient un élément décoratif, une référence incantatoire et l'on se contente des garanties libérales pour définir la démocratie ».

« culmine dans une « *juridictionnalité générale (allgemeine Justizförmigkeit)* »³⁹¹, la limitation du pouvoir par le juge peut cependant s'avérer délicate. Elle conduit en effet à renverser les paradigmes de la démocratie, puisque le juge, qui n'est ni responsable ni élu par le peuple, va se voir doté d'un pouvoir considérable contre les autorités investies de la légitimité démocratique. Comme le souligne le professeur Bertrand Mathieu, cela conduit à « créer une légitimation du pouvoir, pour partie en dehors du politique »³⁹². Mais, comme nous l'avons démontré, le peuple se trouve en réalité désarmé dans ce jeu de balance et de limitation des pouvoirs, si bien que l'on peut être conduit à se demander qui limitera le juge. La légitimation du système français de justice constitutionnelle, qui se fonde sur la nécessité d'une « politique saisie par le droit », ou « valorisée par le droit »³⁹³, pourrait être considérée comme une *politique saisie par le juge*.

B) L'émergence d'une Raison juridictionnelle

Le soubassement de la légitimation du contrôle de constitutionnalité des lois repose sur l'idée que le politique peut être amené à prendre des décisions, sinon iniques, du moins contraire à la Constitution. Pour qu'une loi soit de qualité, le juge doit participer à son processus d'élaboration. C'est en ce sens que le doyen Favoreu considère que la politique est « valorisée par le droit » : le contrôle de constitutionnalité du juge est nécessaire car la « légitimité » de la décision politique « découlera non seulement de ce qu'elle a été prise par une majorité démocratiquement élue, mais aussi de ce qu'elle a respecté les limites fixées par la constitution »³⁹⁴. Une bonne décision est donc celle qui émane d'une instance démocratique, le Parlement, mais dont les ardeurs, les passions et la logique partisane sont rationalisés par des juges : les « sages ». Affirmer que la justice constitutionnelle permet de soumettre la politique au respect du droit, c'est donc tenter d'anéantir les aléas politiques par la rationalisation d'un juge et, ainsi, de juridiciser la vie politique. C'est en ce sens qu'il nous paraît possible de considérer qu'émerge une forme de *Raison juridictionnelle*, c'est-à-dire une Raison qui émane du juge en tant que « sage », en tant que « gardien », et qui lui permet de bénéficier de larges prérogatives dans un but de limitation du pouvoir politique. Plus radicalement, Michel Guénaire considère que « la Constitution signe la fin de la politique »,

³⁹¹ C. Schmitt, *Théorie de la Constitution*, op. cit., p. 271.

³⁹² B. Mathieu, *Constitution : rien ne bouge et tout change*, op. cit., p. 106.

³⁹³ L. Favoreu, « De la démocratie à l'Etat de droit », *art. préc.*, p.157.

³⁹⁴ L. Favoreu, *ibid.*, p. 158.

parce que la volonté générale a laissé place à « la raison jurislatrice » qui conduit à une « soumission de la politique à l'empire de la raison. »³⁹⁵.

De manière significative, le professeur Dominique Rousseau évoque l'émergence d'une « Raison-éthique », au motif que « les juges constitutionnels apparaissent mieux que les élus du peuple comme la figure moderne de l'idéal démocratique »³⁹⁶. Cependant, ce « transfert de l'isoloir vers le prétoire »³⁹⁷ pourrait tout au contraire apparaître comme un facteur d'érosion de la démocratie, en ce qu'il conduit à attribuer au juge un pouvoir de décision qui prime sur celui du politique. Il serait en effet possible de soutenir que le juge constitutionnel, lorsqu'il statue sur la constitutionnalité des lois, *décide* du sens du texte. Son contrôle consiste en effet à vérifier que la production du langage qui émane de la loi votée par le Parlement est bien conforme à la préservation du système constitutionnel. En cela, il est *producteur de vérité*. En cela, on peut également déduire une prétention à la Raison juridictionnelle. Par ailleurs, le professeur Stéphane Rials souligne que les décisions du législateur comme du juge constitutionnel ne sont pas le produit de *vérités* mais de *volontés*. Cependant, le juge, puisqu'il ne peut légitimement opposer à la volonté du législateur la sienne propre, doit trancher en termes de vérité. C'est ce qui conduit pour l'auteur à « l'idolâtrie », à une « force politique inquiétante » et à un « juridisme moralisateur tout à la fois hautain et inefficace »³⁹⁸. C'est donc à ce niveau que les efforts de légitimation trouvent leur limite : lorsqu'ils tranchent sur la conformité ou la non-conformité des lois à la Constitution, les membres nommés du Conseil sont en conflit avec le législateur. Cette circonstance conduit à se demander comment le juge peut légitimement opposer sa *vérité* à la *volonté* des représentants élus du peuple souverain. Une partie de la doctrine ne manque pas de relever ces difficultés, pour en conclure que la justice constitutionnelle est illégitime. Ainsi, le professeur Pierre Brunet considère que l'existence du Conseil constitutionnel et

³⁹⁵ M. Guénaire, « La Constitution ou la fin de la politique », *Le Débat*, n°64, 1991, p. 146. Il se demande à cet égard quel aurait été le « sort qu'auraient eu les prodigieuses inventions du législateur de 1789, si celui-ci avait été soumis à un contrôle de constitutionnalité ». Dans le même sens, Claude Emeri considère que, depuis 1981, le Conseil constitutionnel est devenu le « commandeur dont la volonté s'impose à la foule des acteurs politiques », C. Emeri, « Gouvernement des juges ou veto des sages ? », *RDP*, 1990, p. 340.

³⁹⁶ D. Rousseau, *La justice constitutionnelle en Europe*, *op. cit.*, p. 151 et s. Il évoque également une « raison procédurale garantissant la circulation des arguments », D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, p. 561.

³⁹⁷ A-M. Le Pourhiet, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p.134.

³⁹⁸ S. Rials, « Entre artificialisme et idolâtrie. Sur l'hésitation du constitutionnalisme », *Le Débat*, n° 64, 1991, p.159.

l'absence de contrôle sur ses décisions dévoile une « conception aristocratique du pouvoir dans laquelle le contrôle de constitutionnalité reste l'ultime moyen de tenir le peuple – même représenté – en dehors du jeu politique »³⁹⁹. Plus encore, le professeur Anne-Marie Le Pourhiet dénonce le franchissement du « seuil de la puissance illégitime de l'Empire du droit »⁴⁰⁰. La réponse qui pourrait être faite à cela serait que le juge n'oppose pas sa vérité, mais la vérité de la Constitution. Cependant, le caractère flou de certaines dispositions constitutionnelles lui laisse une marge de manœuvre considérable dans l'interprétation du sens des énoncés constitutionnels. Cette marge de manœuvre ne saurait être négligée, car elle peut conduire à d'immenses bouleversements, comme ce fut le cas le 16 juillet 1971. On pourrait objecter que cette interprétation authentique n'est pas spécifique au juge constitutionnel, puisque le Président de la République dispose également, par la pratique politique, d'un pouvoir immense dans l'interprétation du sens de la Constitution. Cependant, le Président de la République est élu et responsable devant le peuple souverain, si bien que si son interprétation – qui n'est pas immuable – déplaît, le peuple pourra ne pas lui renouveler sa confiance.

En définitive, il semble que Benjamin Constant avait fait preuve de clairvoyance lorsqu'il affirmait : « La sobriété dans les articles constitutionnels a cet avantage, qu'alors on peut changer tout ce qui n'est pas compris dans ces articles, sans effrayer l'opinion sur ces changements, et sans donner à l'Etat une secousse toujours dangereuse »⁴⁰¹.

§2 – Les mutations de la démocratie

Aux dénonciations de l'érosion de la démocratie ont succédé de profondes mutations. Les exigences de la démocratie se sont en effet vues largement supplantées par celles de l'Etat de droit (A). De plus, les fondements de la légitimité démocratique sont profondément remis en cause (B).

³⁹⁹ P. Brunet, « Le juge constitutionnel est-il un juge comme les autres ? Réflexions méthodologiques sur la justice constitutionnelle » in C. Grewe, O. Jouanjan, E. Maulin, P. Wachsmann (sous la direction de), *La notion de « justice constitutionnelle »*, op. cit., p. 115.

⁴⁰⁰ A-M. Le Pourhiet, « Marbury v. Madison est-il transposable en France ? » in Elisabeth Zoller (sous la direction de), *Marbury v. Madison : 1803-2003. Un dialogue franco-américain*, op. cit., p. 135.

⁴⁰¹ B. Constant, *Réflexions sur les constitutions. La distribution des pouvoirs, et les garanties, dans une monarchie constitutionnelle*, Gallica.

A) La survalorisation de l'Etat de droit

Les mutations de la démocratie peuvent notamment s'expliquer par l'importance croissante de l'Etat de droit dans les discours de légitimation de la justice constitutionnelle. L'Etat de droit serait en effet devenu un « mythe », et tout Etat devrait « se parer des couleurs chatoyantes de l'Etat de droit, qui est devenu un véritable standard international »⁴⁰². Or les juges, nationaux et internationaux, sont tout à la fois les acteurs et les promoteurs de ce standard. Il y aurait ainsi un face à face entre les représentants, qui symbolisent la démocratie, et les juges, qui assurent la protection de l'Etat de droit. La survalorisation de ce dernier s'accompagne donc naturellement d'une prépondérance du juge, et, inversement, plus le juge est influent, plus l'Etat de droit se perfectionne. C'est la raison pour laquelle la réalisation de l'Etat de droit est un élément crucial pour la légitimation de la justice constitutionnelle. C'est ce que confirme la doctrine constitutionnaliste la plus autorisée, puisque le doyen Favoreu reconnaît que « le droit constitutionnel moderne met l'accent sur l'Etat de droit plus que sur la démocratie »⁴⁰³. Mais les acteurs de la vie publique contribuent également à ériger l'Etat de droit en standard incontournable de toute société moderne, dans lequel la justice constitutionnelle joue un rôle décisif. Ainsi, les déclarations publiques n'omettent jamais de valoriser cette fonction de protection de l'Etat de droit⁴⁰⁴.

Par conséquent, ce qui caractérise le plus nettement la transformation de la démocratie, c'est qu'elle n'est désormais plus envisagée indépendamment des exigences de l'Etat de droit. Ainsi, le doyen Favoreu a pu considérer que les conséquences de la justice constitutionnelle sur la démocratie sont irréversibles, puisqu'il ne pourrait « plus y avoir de Constitution réellement démocratique sans l'existence d'une justice constitutionnelle assurant le règne de

⁴⁰² J. Chevallier, *L'Etat de droit*, *op. cit.*

⁴⁰³ L. Favoreu, « De la démocratie à l'Etat de droit », *art. préc.*, p. 157.

⁴⁰⁴ Le recours par les acteurs de la vie publique à l'idée de « progrès de l'Etat de droit » pour justifier le rôle de la justice constitutionnelle a été opéré pour la première fois par le Président Valéry Giscard d'Estaing lors de son discours d'allocation à l'occasion du XX^e anniversaire de la Constitution du 28 septembre 1978. Depuis, l'invocation de la réalisation de l'Etat de droit par la justice constitutionnelle est systématique. Par exemple, pour le Président Nicolas Sarkozy, « le juge a pour mission de faire en sorte que l'Etat de droit soit une réalité », N. Sarkozy, Discours du 1^{er} mars 2010 à l'occasion de l'entrée en vigueur de la question prioritaire de constitutionnalité. Dans le même sens, le Président du Conseil Jean-Louis Debré considère que la réforme de la question prioritaire de constitutionnalité « a permis de très grands progrès de l'Etat de droit », J-L. Debré, Discours de vœux au Président de la République, 7 janvier 2013.

l'Etat de droit »⁴⁰⁵. De même, le président Badinter écrivait que la suppression du contrôle de constitutionnalité des lois conduirait à une méconnaissance « des exigences de l'Etat de droit dans une démocratie moderne »⁴⁰⁶. L'Etat de droit apparaît donc, dans les discours de légitimation, comme la condition d'existence de la démocratie. Cet argument permet alors de justifier le rôle du Conseil constitutionnel car, si le contrôle de constitutionnalité des lois n'est pas indispensable à la démocratie – et l'exemple anglais permet de l'attester – il est effectivement une condition de réalisation de l'Etat de droit. Affirmer que la démocratie ne peut plus se détacher des valeurs de l'Etat de droit, c'est donc affirmer que la démocratie a besoin d'une justice constitutionnelle.

La survalorisation de l'Etat de droit opérée dans le cadre de la légitimation de la justice constitutionnelle a donc contribué à un *glissement sémantique*, faisant de la démocratie un idéal insuffisant pour la protection des individus. Cette dernière n'est désormais plus définie comme le régime dans lequel la souveraineté appartient au peuple, qui l'exerce par ses représentants, mais comme celui dans lequel la garantie des droits et la limitation du pouvoir doivent être assurés⁴⁰⁷. Il nous paraît significatif de noter à cet égard que pour Kelsen, la dissolution du dualisme entre l'Etat et le droit, c'est-à-dire la considération que tout Etat est un Etat de droit, permettait d'anéantir « l'une des plus efficaces idéologies de légitimité »⁴⁰⁸.

B) L'altération du présupposé de légitimité démocratique

La transformation des paradigmes démocratiques, qui se manifeste notamment par un rejet de la représentation politique, peut s'analyser comme une insuffisance du principe majoritaire. Parce que le fait majoritaire et l'élection ne suffisent plus, les nouveaux acteurs du droit constitutionnel, que sont le juge et le citoyen-individu, sont appelés à remédier à cette carence. C'est ainsi que, par-delà les mécanismes de contrôle des gouvernants, on assiste à une altération du présupposé de légitimité démocratique. La promotion de l'Etat de droit, l'internationalisation croissante du droit ainsi que la place prépondérante qu'occupe le juge dans l'ordre constitutionnel ont assurément contribué à cela. Désormais, la légitimité ne tient

⁴⁰⁵ L. Favoreu, « Annexe » in C. Eisenmann, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, op. cit., p. 374.

⁴⁰⁶ R. Badinter, « Le pouvoir et le contre-pouvoir », *Le Monde*, 23 novembre 1993.

⁴⁰⁷ Les auteurs évoquent ainsi la « démocratie des droits », la « démocratie libérale », la « démocratie constitutionnelle », etc.

⁴⁰⁸ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 419.

plus seulement à l'élection et à la responsabilité politique, mais à la réalisation de certaines fins. *La légitimité démocratique ne réside plus dans les moyens d'accession au pouvoir et de son exercice, mais dans sa fin, c'est-à-dire l'effectivité de la protection des droits de l'homme*⁴⁰⁹. Dès lors, l'altération du présupposé de légitimité démocratique se traduit par une survalorisation des fins légitimes au détriment des moyens. En effet, le présupposé de légitimité démocratique se rapporte exclusivement aux moyens, que sont l'élection et la responsabilité. Cependant, si l'on s'interroge sur la fin légitime, la finalité axiologique de l'exercice d'un pouvoir, le régime politique de l'Etat est indifférent. Ainsi, Aristote, pour justifier ses trois formes idéales de gouvernement – que sont la monarchie, l'aristocratie et le gouvernement constitutionnel – se fonde sur la nécessité de gouverner « en vue de l'intérêt général »⁴¹⁰. Peu importe alors la forme du régime, tant qu'il a pour but la réalisation de cette fin. De même, aujourd'hui, *si la finalité d'un pouvoir est la protection des droits fondamentaux, le régime démocratique, aristocratique ou monarchique est sans incidence sur cette légitimité. Mais si, pourtant, la légitimation d'un pouvoir en fonction des valeurs qu'il tend à défendre continue à se justifier comme une légitimité démocratique, alors il y aura un glissement de la légitimité comme moyen vers la légitimité comme fin, c'est-à-dire une altération du présupposé de légitimité.*

Parce que la légitimité du Conseil constitutionnel ne peut se fonder sur le principe électif, la doctrine a donc eu recours aux valeurs. En ce sens, le Conseil constitutionnel est légitime – il est *juste* – parce qu'il assure la protection des droits fondamentaux. La justification de la justice constitutionnelle consiste donc à écarter le présupposé de légitimité démocratique, qui repose sur les moyens d'exercice du pouvoir, pour lui préférer la légitimité axiologique, fondée sur les fins poursuivies.

L'*idéal démocratique* est donc supplanté par l'*idéal d'efficacité*. La notion de légitimité s'en trouve elle-même altérée puisque, comme le souligne le professeur Bertrand Mathieu « la légitimité n'est plus celle tirée de l'expression majoritaire du peuple mais celle de l'impartialité, de la réflexivité, de la proximité, de l'expertise, de l'efficacité »⁴¹¹. L'exigence d'efficacité que représente la protection des droits de l'homme est le substrat de la

⁴⁰⁹ Dans le même sens, v. B. Mathieu, *Constitution : rien ne bouge et tout change, op. cit.*

⁴¹⁰ Aristote, *Politique*, Livre III, VII, 2 : « Quand cet individu ou le petit nombre ou la masse gouverne en vue de l'intérêt général, ces constitutions sont nécessairement correctes, mais quand les régimes ont en vue l'intérêt particulier ou d'un seul individu ou du petit nombre ou de la masse, ce sont des déviations ».

⁴¹¹ B. Mathieu, *Constitution : rien ne bouge et tout change, op. cit.*, p. 89.

légitimation du système français de justice constitutionnelle. En effet, l'ensemble des discours de justification sont désormais fondés sur cette exigence d'efficacité. Ainsi, le professeur Michel Troper considère que l'existence du juge-représentant permet à la loi d'être « de meilleure qualité »⁴¹². De même, pour le doyen Favoreu la considération essentielle est celle de savoir ce que « gagnent en définitive la démocratie et donc les individus »⁴¹³. Enfin, le professeur Dominique Rousseau formule une objection dirimante aux arguments tendant à délégitimer la justice constitutionnelle : « les droits de l'homme, parce qu'ils représentent des bornes à l'action des autorités élues, sont-ils antidémocratiques ? »⁴¹⁴. La légitimité du juge résiderait donc dans ses vertus d'efficacité, dans l'effectivité de la protection des droits fondamentaux. Pourtant, il nous semble possible de considérer, avec Jean Rivero, que « l'efficacité n'est pas du côté de l'autorité, fut-elle technocratique, mais du côté de l'adhésion, c'est-à-dire de la démocratie »⁴¹⁵.

⁴¹² M. Troper, « Justice constitutionnelle et démocratie », *art. préc.*, p. 42 et s.

⁴¹³ L. Favoreu, « Légalité et constitutionnalité », *art. préc.*, p. 81. Nous soulignons.

⁴¹⁴ D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, p. 561.

⁴¹⁵ J. Rivero, « À propos des métamorphoses de l'administration d'aujourd'hui : démocratie et administration » in *Mélanges offerts à René Savatier*, Paris, Dalloz, 1965, p.825.

CONCLUSION GENERALE

La légitimation du système français de justice constitutionnelle revêt des formes multiples. La justification organique consiste à ériger le gardien juridictionnel en moyen légitime d'assurer la suprématie de la Constitution, même si les débats sur la nature de ce gardien ne sont pas épuisés. Mais l'obstacle majeur à cette forme de légitimation procède de la particularité du système français de justice constitutionnelle. En effet, le Conseil constitutionnel est certes décrit comme une juridiction, mais une juridiction politique, puisqu'il est conduit à *légiférer*, voire à *délégiférer*. Le juge constitutionnel tente ainsi de neutraliser les conséquences fâcheuses – puisque délégitimantes – de son caractère politique, ce qui est aujourd'hui largement salué par la doctrine et les pouvoirs publics. La seconde forme de légitimation est fonctionnelle : elle s'attache à la défense de la limitation du pouvoir et la garantie des droits. Or, pour le constitutionnalisme moderne, profondément libéral, la liberté se caractérise par une liberté de faire, permise par l'intervention la plus limitée possible du pouvoir dans la vie privée des individus. C'est l'Etat de droit. En revanche, le discours néo-constitutionnaliste aujourd'hui dominant tend à la promotion de la participation active de la justice constitutionnelle dans la protection des droits et libertés des individus. C'est *l'Etat de droits*. Autrement dit, *alors que le constitutionnalisme signifiait la limitation de l'Etat par le droit, le néo-constitutionnalisme justifie son expansion au profit de la protection des droits et libertés*.

C'est ainsi que la légitimation du système français de justice constitutionnelle a conduit à réifier certains présupposés axiologiques. En justifiant le contrôle de constitutionnalité des lois, la doctrine et le Conseil constitutionnel ont contribué de concert à l'avènement d'un nouvel ordre constitutionnel. Les fondements du droit constitutionnel et les paradigmes démocratiques se sont alors vus fortement altérés. La Constitution-norme, puis la Constitution axiologiquement déterminée ont successivement permis de justifier l'existence d'un contrôle de constitutionnalité des lois. Ainsi redéfinie, la Constitution n'est plus, conformément à la vision du Général de Gaulle, « un esprit, des institutions, une pratique », mais *une norme, un juge, un instrument de protection des droits*. Or cette Constitution nouvelle a précisément servi d'instrument à une juridictionnalisation et une subjectivisation profonde du droit constitutionnel, renforcées par le mécanisme de la question prioritaire de constitutionnalité. De manière subséquente, les fondements du régime politique allaient

connaître un profond bouleversement. La justice constitutionnelle n'étant pas indispensable à la démocratie, il fallait créer un système dans lequel toute absence de contrôle de constitutionnalité des lois serait impensable. C'est ainsi que s'est opérée une redéfinition des concepts. Puis, la démocratie s'est vue effectivement transformée, puisque neutralisée dans ses effets par l'Etat de droit. Le contrôle de constitutionnalité des lois, l'élargissement du contrôle au préambule de la Constitution, la constitutionnalisation des branches du droit, la juridicisation de la vie politique : des progrès considérables pour la protection des droits de l'homme, dans cette course à l'efficacité que le Conseil constitutionnel mène avec la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de Luxembourg. Aucune loi portant atteinte à un droit ou à une liberté dont un individu peut se *prévaloir* ne doit désormais échapper au contrôle du juge. D'une démocratie « du peuple, par le peuple pour le peuple » s'est donc substituée une *démocratie du juge, par le droit pour l'individu*.

À travers cette étude des formes de légitimation du système français de justice constitutionnelle et leurs conséquences sur l'ordre constitutionnel, nous espérons avoir montré les limites qui sous-tendent chaque justification du contrôle de constitutionnalité des lois.

Ces limites nous font entendre deux mélodies qui se jouent synchroniquement dans une cacophonie déconcertante : pendant que les discours de légitimation entonnent le cinquième mouvement de la *Symphonie Fantastique* de l'Etat de droit, on entend résonner le *Requiem* de la démocratie.

BIBLIOGRAPHIE

I – OUVRAGES GENERAUX

BARANGER Denis, *Le droit constitutionnel*, Paris, PUF, coll. Que sais-je, 4^e éd., 2009, 127 p.

CARBONNIER Jean, *Droit et passion du droit sous la V^e République*, Flammarion, Coll. Champs Essais, 2008, 276 p.

CARCASSONNE Guy, *La Constitution*, Seuil, 11^e éd., 2013, préface Georges Vedel, 465 p.

CARRE DE MALBERG Raymond, *Contribution à la Théorie générale de l'Etat*, Sirey, 1920-1922, rééd., Dalloz, 2004, préface Eric Maulin, 638 p.

DUGUIT Léon, *Traité de droit constitutionnel. La théorie générale de l'Etat*, Tome III, Paris, E. de Boccard, 1930, 856 p.

DRAGO Guillaume, *Contentieux constitutionnel français*, Paris, PUF, 3^e éd., coll. Thémis, 2011, 683 p.

FAVOREU Louis, PHILIP Loïc, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, avec la collaboration de Patrick Gaïa, Richard Ghevontian, Ferdinand Mélin-Soucramanien, André Roux, Dalloz, 16^e éd., 2011, 591 p.

FAVOREU Louis, GAIA Patrick, GHEVONTIAN Richard, MESTRE Jean-Louis, PFERSMANN Otto, ROUX André, SCOFFONI Guy, *Droit constitutionnel*, Précis Dalloz, 2013, 15^e éd., 1055 p.

GICQUEL Jean, GICQUEL Jean-Eric, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Montchrestien, 26^e éd., 2012, 882 p.

GOESEL-LE BIHAN Valérie, *Contentieux constitutionnel*, Ellipses, 2010, 286 p.

HAURIOU Maurice, *Principes de droit public*, 1910, éd. Dalloz, 2010, préf. O. Beaud, 734 p.

KELSEN Hans, *Théorie pure du droit*, trad. C. Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962, 496 p.

LE POURHIET Anne-Marie, *Droit constitutionnel*, Paris, Economica, 4^e éd., 2012, 547 p.

MATHIEU Bertrand, MACHELON Jean-Pierre, MELIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand, ROUSSEAU Dominique, PHILIPPE Xavier, *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel. 1958-1983*, Paris, Dalloz, 2009, 473 p.

MATHIEU Bertrand, *Constitution : rien ne bouge et tout change*, Lextenso éditions, 2013, 191 p.

ROUSSEAU Dominique, *Droit du contentieux constitutionnel*, Domat-Montchrestien, 9^e éd., préface Georges Vedel, 586 p.

SCHMITT Carl, *Théorie de la Constitution*, Paris, PUF, 1993, préface Olivier Beaud, 576 p.

II – MONOGRAPHIES

AGUILA Yann, *Le Conseil constitutionnel et la philosophie du droit*, Paris, LGDJ, 1994, 123 p.

AVRIL Pierre, GICQUEL Jean, *Le Conseil constitutionnel*, Montchrestien – Lextenso éditions, 6^e éd., 2011, 160 p.

BEAUD Olivier, PASQUINO Pasquale (sous la direction de), *La controverse sur le « gardien de la Constitution » et la justice constitutionnelle. Kelsen c/ Schmitt*, Paris, Panthéon-Assas éditions, 2007, 212 p.

BOBBIO Norberto, *L'État et la démocratie internationale*, trad. Nicola Giovannini, Paul Magnette, Jean Vogel, Editions Complexe, 2001, 277 p.

BRONDEL Séverine, FOULQUIER Norbert, HEUSCHLING Luc (sous la direction de), *Gouvernement des juges et démocratie*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2001, 373 p.

CARRE DE MALBERG Raymond, *La loi, expression de la volonté générale*, Economica, coll. « Classiques », série Politique et constitutionnelle, 1984, 228 p.

CHAGNOLLAUD Dominique (sous la direction de), *Aux origines du contrôle de constitutionnalité. XVIII^e-XX^e siècle*, Paris, Editions Panthéon-Assas, 2003, 216 p.

CHEVALLIER Jacques, *L'Etat de droit*, Montchrestien – Lextenso éditions, 5^e éd., 2010, 158 p.

DRAGO Guillaume, FRANCOIS Bastien, MOLFESSIS Nicolas (sous la direction de), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, Economica, 1999, 415 p.

FAVOREU Louis, MASTOR Wanda, *Les cours constitutionnelles*, Dalloz, 2011, 161 p.

GREWE Constance, JOUANJAN Olivier, MAULIN Eric, WACHSMANN Patrick (sous la direction de), *La notion de « justice constitutionnelle »*, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », 2005, 415 p.

KELSEN Hans, *Qui doit être le gardien de la Constitution ?*, Michel Houdiard, 2006, trad. et intro. Sandrine Baume, 138 p.

ROUSSEAU Dominique, *Sur le Conseil constitutionnel. La doctrine Badinter et la démocratie*, Descartes et Cie, 1997, 194 p.

ROUSSEAU Dominique, *La justice constitutionnelle en Europe*, Montchrestien, coll. « Clefs-Politique », 3^e éd., 1998, 160 p.

ROUSSEAU Dominique (sous la direction de), *Le Conseil constitutionnel en questions*, L'Harmattan, broché, 2004, 175 p.

ROUSSILLON Henry, ESPLUGAS Pierre, *Le Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, 7^eme éd., 2011, 218 p.

SCHMITT Carl, *Du politique. « Légalité et légitimité » et autres essais*, Puiseaux, Pardès, 1990, coll. « Révolution conservatrice », préface Alain de Benoist, 257 p.

TURPIN Dominique, *Le Conseil constitutionnel. Son rôle, sa jurisprudence*, Paris, Hachette, 1995, 160 p.

VERPEAUX Michel, BONNARD Maryvonne (sous la direction de), *Le Conseil constitutionnel*, Paris, La documentation française, 2007, 168 p.

III – THESES

BLACHER Philippe, *Contrôle de constitutionnalité et volonté générale*, Paris, PUF, 2001, 246 p.

EISENMANN Charles, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, préface H. Kelsen, 1928, rééd. Economica-PUAM, 1986, avant-propos G. Vedel, 383 p.

IV – ARTICLES, NOTES DE JURISPRUDENCE

AMSELEK Paul, « Réflexions critiques autour de la conception kelsénienne de l'ordre juridique », *RDJ*, 1978, p. 5.

AUBY Jean-Bernard, « La bataille de San Romano. Réflexions sur les évolutions récentes du droit administratif », *AJDA*, 2001, p. 912.

BADINTER Robert, « Le pouvoir et le contre-pouvoir », *Le Monde*, 23 novembre 1993.

BARANGER Denis, « Sur la manière française de rendre la justice constitutionnelle », *Jus Politicum*, n°7, mars 2012.

BARBERIS Mauro, « Idéologies de la constitution – Histoire du constitutionnalisme » in Michel Troper, Dominique Chagnollaude (sous la direction de), *Traité international de droit constitutionnel. Théorie de la Constitution*, Tome 1, Paris, Dalloz, 2012, trad. Isabelle Boucobza, p. 113.

BECHILLON (de) Denys, « Malaise dans la Constitution », *RFDA*, 1998, p. 225.

BECHILLON (de) Denys, « Le gouvernement des juges : une question à dissoudre », *D.* 2002, chron., p. 973.

BECHILLON (de) Denys, « Plaidoyer pour l'attribution aux juges ordinaires du pouvoir de contrôler la constitutionnalité des lois et la transformation du Conseil constitutionnel en Cour Suprême » in *Renouveau du Droit constitutionnel, Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Paris, Dalloz, 2007, p. 109.

BECHILLON (de) Denys, « Cinq cours suprêmes ? Apologie (mesurée) du désordre », *Pouvoirs*, n°137, 2011, p. 33.

BEAUD Olivier, « Le Souverain », *Pouvoirs*, n°67, 1993, p. 33.

BEAUD Olivier, « Le droit constitutionnel par-delà le texte constitutionnel et la jurisprudence constitutionnelle – À propos d'un ouvrage récent », *CCC*, n°6, 1999.

BEAUD Olivier, « Les mutations de la V^e République. Ou comment se modifie une Constitution écrite », *Pouvoirs*, n°99, 2001, p. 19.

BEAUD Olivier, « A la recherche de la légitimité de la Ve République » in *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Economica, 2006, p. 154.

BEAUD Olivier, WACHSMANN Patrick, « Révisons la Constitution ! », *Le Monde*, 11 mars 2011.

BEAUD Olivier, « Le Conseil constitutionnel et le traitement du président de la République : une hérésie constitutionnelle », *Jus Politicum*, n°9, avril 2013.

BLACHER Philippe, « Le Conseil constitutionnel en fait-il trop ? », *Pouvoirs*, n°105, 2003, p. 17.

BLACHER Philippe, PROTIERE Guillaume, « Le Conseil constitutionnel, gardien de la Constitution face aux directives communautaires », *RFDC*, 2007, p. 123.

BLACHER Philippe, « Vers un gouvernement du juge constitutionnel ? », *AJDA*, 2010, p. 465.

BLACHER Philippe, « QPC : censure vaut abrogation ! », *LPA*, n°89, 2011, p. 14.

BOBBIO Norberto, « Sur le principe de légitimité », *Droits*, n°32, 2000, p. 147.

BOULOUIS Jean, « Le défenseur de l'Exécutif », *Pouvoirs*, n°13, 1980, nouvelle éd. 1986, p. 33.

BRUNET Pierre, « La démocratie, entre essence et expérience. Réponse à Dominique Rousseau », *La vie des idées*, 9 octobre 2008.

CAMBY Jean-Pierre., « Supra-constitutionnalité : la fin d'un mythe », *RDP*, 2003, p. 671.

CAPORAL Stéphane, « Le peuple : un souverain sous contrôle », *VIIe Congrès français de droit constitutionnel – Atelier n°3 : Constitution et pouvoir constituant*, Paris, 25-26-27 septembre 2008.

CAPPELLETTI Mauro, « Nécessité et légitimité de la justice constitutionnelle », *RIDC*, 1981, n°2, p. 625.

CHAGNOLLAUD Dominique, GENEVOIS Bruno, JAN Pascal, LUCHAIRE François, ROBERT Jacques, ROUSSEAU Dominique, « Six constitutionnalistes répondent à six questions concernant le Conseil constitutionnel », *RDP*, 2002, p. 509.

CHEVALLIER Jacques, « Le juge constitutionnel et l'effet Becket », in *Renouveau du Droit constitutionnel, Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Paris, Dalloz, 2007, p. 83.

COLLET Martin, « Les Sages en font-ils trop ? », *Le Monde*, 3 janvier 2013

COLLET Martin, « Le Conseil constitutionnel teste sa légitimité », *Libération*, 21 mars 2013.

DEBRE Michel, Discours devant le Conseil d'Etat du 27 août 1958.

DEBRE Jean-Louis, « Le Conseil constitutionnel, une réussite inattendue de la V^e République » in *AFDC, 1958-2008, 50^e anniversaire de la Constitution*, Dalloz, 2008, p. 309.

DEBRE Jean-Louis, Discours de vœux au Président de la République du 7 janvier 2013.

DENQUIN Jean-Marie., « Sur le "respect de la Constitution" » in *1958-2008. Les 50 ans de la Constitution*, Paris, LexisNexis, 2008, p. 113.

DENQUIN Jean-Marie, « Situation présente du constitutionnalisme. Quelques réflexions sur l'idée de démocratie par le droit », *Jus Politicum*, n°1, octobre 2008.

DENQUIN Jean-Marie, « Que veut-on dire par "démocratie" ? L'essence, la démocratie et la justice constitutionnelle », *Jus Politicum*, n°2, 2009.

DENQUIN Jean-Marie, « La jurisprudence du Conseil constitutionnel : grandeur ou décadence du droit constitutionnel ? Un regard surplombant sur les libertés publiques », *Jus Politicum*, n°7, mars 2012.

DRAGO Guillaume, « Réformer le Conseil constitutionnel ? », *Pouvoirs*, n°105, 2003, p. 73.

DRAGO Guillaume, « Le Conseil constitutionnel à la croisée des chemins » in *AFDC, 1958-2008, 50^e anniversaire de la Constitution*, Dalloz, 2008, p. 315.

EISENMANN Charles, « Le contrôle juridictionnel des lois en France » in *Ecrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, Textes réunis par Charles Leben, Paris, Edition Panthéon-Assas, 2002, p. 525.

EMERI Claude, « Gouvernement des juges ou veto des sages ? », *RDP*, 1990, p. 335.

FAVOREU Louis, « L'apport du Conseil constitutionnel au droit public », *Pouvoirs*, n°13, 1980, p. 17.

FAVOREU Louis, « Actualité et légitimité du contrôle juridictionnel des lois en Europe occidentale », *RDP*, 1984, p. 1147.

FAVOREU Louis, « Le droit constitutionnel jurisprudentiel. Chronique constitutionnelle », *RDP*, 1986, p. 434.

FAVOREU Louis, « De la démocratie à l'Etat de droit », *Le Débat*, n°64, 1991, p. 154.

FAVOREU Louis, « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *Pouvoirs*, n°67, 1993, p. 71.

FAVOREU Louis, « Légalité et constitutionnalité », *CCC*, n°3, 1997, p. 73.

FRANCOIS Bastien, « La constitution du droit ? La doctrine constitutionnelle à la recherche d'une légitimité juridique et d'un horizon pratique » in Yves Poirmeur, Alain Bernard, *La doctrine juridique*, Paris, PUF, 1993, p. 210.

FROMONT Michel, « La justice constitutionnelle en France ou l'exception française » in *Le nouveau constitutionnalisme. Mélanges en l'honneur de Gérard Conac*, Paris, Economica, 2001, p. 167.

GOESEL-LE BIHAN Valérie, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel, technique de protection des libertés publiques ? », *Jus Politicum*, 2011.

GUENAIRE Michel, « La Constitution ou la fin de la politique », *Le Débat*, n°64, 1991, p. 146.

HEUSCHLING Luc, « La Constitution formelle » in *Traité international de droit constitutionnel. Théorie de la Constitution*, Tome 1, Dalloz, 2012, p. 265.

HAMON Léo, THIBAUD Paul, « Le Conseil constitutionnel et la démocratie. Léo Hamon, Paul Thibaud : un échange », *Le Débat*, n° 43, 1987, p. 69.

ISIDORO Cécile, « Le pouvoir constituant peut-il tout faire ? » in *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs, Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Dalloz, 2003, p. 237.

JAN Pascal, « Le Conseil constitutionnel », *Pouvoirs*, n°99, 2001, p. 71.

JAN Pascal, « Le Conseil constitutionnel et le dernier mot sur la loi » in *1958-2008. Les 50 ans de la Constitution*, Paris, LexisNexis, 2008, p. 323.

JAUME Lucien, « Sieyès et le sens du jury constitutionnaire : une réinterprétation », *Historia Constitucional* (revista electronica), n°3, 2002.

JOUANJAN Olivier, « Le Conseil constitutionnel est-il une institution libérale ? », *Droits*, n°43, 2006, p.73.

KELSEN Hans, « La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle) », *RDP*, 1928, p. 197.

KELSEN Hans, « Le contrôle de constitutionnalité des lois. Une étude comparative des constitutions autrichienne et américaine », *RFDC*, n°1, 1990, p. 17.

LACHARRIERE (de) René, « Opinion dissidente », *Pouvoirs*, n°13, 1980, p. 133.

LARCHE Jacques, « Le Conseil constitutionnel organe du pouvoir d'Etat », *AJDA*, 1972, p. 132.

LEBLOND-MASSON Romain, « La fragilisation de la norme constitutionnelle dans la théorie de l'Etat de droit », *Politeia*, n°20, 2011, p.279.

LEMAIRE Elina, « Dans les coulisses du Conseil constitutionnel. Comment le rôle de gardien des droits et libertés constitutionnellement garantis est-il conçu par les membres de l'institution ? », *Jus Politicum*, n°7, mars 2012.

LE POURHIET Anne-Marie, « A propos de la bioéthique : la démocratie selon Ponce Pilate », *Pouvoirs*, n°59, 1991, p. 159.

LE POURHIET Anne-Marie, « Marbury v. Madison est-il transposable en France ? » in Elisabeth Zoller (sous la direction de), *Marbury v. Madison : 1803-2003. Un dialogue franco-américain*, Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », 2003, p. 135.

LE POURHIET Anne-Marie, « L'injustice constitutionnelle » in *Renouveau du Droit constitutionnel, Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Paris, Dalloz, 2007, p. 223.

LE POURHIET Anne-Marie, « Politiquement correct mais juridiquement incorrect », *Constitutions*, 2010, p. 366.

LE POURHIET Anne-Marie, « Définir la démocratie », *RFDC*, n°87, 2011, p. 453.

LE POURHIET Anne-Marie, « Un PFRLR contre le mariage gay ? Réponse à Alexandre Viala », *RDLF*, 2013, chron. n°5, 4 février 2013.

LUCHAIRE François, « Le Conseil constitutionnel est-il une juridiction ? », *RDP*, 1979, p. 27.

PASQUINO Pasquino, « Gardien de la Constitution ou justice constitutionnelle ? Carl Schmitt et Hans Kelsen » in Lucien Jaume, Michel Troper (sous la direction de), *1789 ou l'invention de la Constitution*, L.G.D.J Bruylant, 1994, p. 143.

PAULSON Stanley, « Kelsen et la constitutionnalité. Aperçu », in Lucien Jaume, Michel Troper (sous la direction de), *1789 ou l'invention de la Constitution*, L.G.D.J Bruylant, 1994, trad. Françoise Michaut, p. 124.

PICARD Etienne, « Les droits de l'homme et l' "activisme judiciaire" », *Pouvoirs*, n°93, 2000, p. 113.

PIERRE-CAPS Stéphane, « Le Conseil constitutionnel et la question du dèmos » in *Renouveau du Droit constitutionnel, Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Paris, Dalloz, 2007, p.387.

POULLAIN Bernard, « Remarques sur le modèle français de contrôle de constitutionnalité des lois », *Pouvoirs*, n°30, 1984, p. 121.

PUIG Pascal, « La QPC, prioritaire mais pas première », *RTD Civil*, 2010, p. 66.

RAPHAEL Romi, « Le Président de la République, interprète de la Constitution », *RDP*, 1987, p.1265.

RIALS Stéphane, « Les incertitudes de la notion de Constitution sous la V^e République », *RDP*, 1984, p. 587.

RIALS Stéphane, « Entre artificialisme et idolâtrie. Sur l'hésitation du constitutionnalisme », *Le Débat*, n° 64, 1991, p. 159.

RIGAUDIERE Albert, « L'invention de la souveraineté », *Pouvoirs*, n°67, 1993, p. 5.

RIVERO Jean, note sous la Décision du 16 juillet 1971, *AJDA*, 1971, p. 537.

RIVERO Jean, note sous la Décision du 15 janvier 1975, *AJDA*, 1975, p.134.

RIVERO Jean, « À propos des métamorphoses de l'administration d'aujourd'hui : démocratie et administration » in *Mélanges offerts à René Savatier*, Paris, Dalloz, 1965, p.825.

RIVERO Jean, « Fin d'un absolutisme », *Pouvoirs*, n°13, 1980, nouvelle éd. 1986, p. 5.

ROBERT Jacques, « Le Conseil constitutionnel a-t-il démérité ? » in *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs, Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Dalloz, 2003, p. 861.

ROUSSEAU Dominique, « Une résurrection : la notion de Constitution », *RDP*, 1990, p. 5.

ROUSSEAU Dominique, « Y a-t-il trop de contrôle de constitutionnalité des lois en France ? » in Bertrand Mathieu, Michel Verpeaux (sous la direction de), *La constitutionnalisation des branches du droit*, Actes de l'atelier du III^e Congrès de l'AFDC, Economica PUAM, 1998, p.19.

ROUSSEAU Dominique, « Faut-il une Cour constitutionnelle pour contrôler la constitutionnalité des lois ? » in *Constitution et pouvoirs, Mélanges en l'honneur de Jean Gicquel*, Montchestien, Lextenso, 2008, p. 465.

ROUSSEAU Dominique, « L'Etat de droit est-il un Etat de valeurs particulières ? » in *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs. Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Dalloz, 2003, p. 885.

ROUSSEAU Dominique, « Constitutionnalisme et démocratie », *La vie des idées*, 19 septembre 2008.

ROUSSEAU Dominique, « De quoi le Conseil constitutionnel est-il le nom ? », *Jus Politicum*, n°7, 2012.

SAINT-BONNET François, « De la longévité de la Ve République. Le nouveau droit constitutionnel et ses gardiens » in *1958-2008. Les 50 ans de la Constitution*, Paris, LexisNexis, 2008, p. 135.

STONE SWEET Alec, « Le Conseil constitutionnel et la transformation de la République », *CCC*, n°25, 2009.

TROIANELLO Antonio, « Les droits fondamentaux, fossoyeurs du constitutionnalisme ? », *Le Débat*, n°124, 2003, p. 58.

TROPER Michel, « Justice constitutionnelle et démocratie », *RFDC*, n°1, 1990, p. 31.

TROPER Michel, « Démocratie continue et justice constitutionnelle » in Dominique Rousseau (sous la direction de), *La démocratie continue*, Paris, LGDJ-Bruylant, 1995.

TROPER Michel, « La logique de justification du contrôle de constitutionnalité des lois » in *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs. Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Dalloz, 2003, p. 911.

VEDEL Georges, « Le Conseil constitutionnel, gardien du droit positif ou défenseur de la transcendance des droits de l'homme ? », *Pouvoirs*, n°13, 1980, p. 209.

VEDEL Georges, « Neuf ans au Conseil constitutionnel », *Le Débat*, n°55, 1989, p. 61.

VEDEL Georges, « Schengen et Maastricht », *RFDA*, 1992, p. 173.

VEDEL Georges, « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *Pouvoirs*, n°67, 1993, p. 79.

VEDEL Georges, « La Constitution comme garantie des droits, le droit naturel » in Lucien Jaume, Michel Troper (sous la direction de), *1789 ou l'invention de la Constitution*, LGDJ Bruylant, 1994, p. 205.

VEDEL Georges, « Réflexions sur les singularités de la procédure devant le Conseil constitutionnel » in *Nouveaux Juges, Nouveaux Pouvoirs ? Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Dalloz, 1996, p. 537.

VERDUSSEN Marc, « Un procès constitutionnel légitime » in *Renouveau du Droit constitutionnel, Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Paris, Dalloz, 2007, p. 473.

VIALA Alexandre, « Un PFRLR contre le mariage gay ? : quand la doctrine fait dire au juge le droit qu'elle veut qu'il dise », *RDLF*, 2013, chron. n°4, 21 janvier 2013.

VIDAL-NAQUET Ariane, « Les cas d'ouverture dans le contrôle de constitutionnalité des lois », *RFDA*, 2008, p. 899.

WALINE Jean, « Existe-t-il un gouvernement du juge constitutionnel en France ? » in *Renouveau du Droit constitutionnel, Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Paris, Dalloz, 2007, p. 487.

V – TRAVAUX PREPARATOIRES

Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958. Des origines de la loi constitutionnelle du 3 juin 1958 à l'avant-projet du 29 juillet 1958, Vol. 1, Paris, La Documentation Française, 1987, 613 p.

Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958. Du Conseil d'Etat au référendum. 20 août - 28 septembre 1958, Vol. 3, Paris, La Documentation Française, 1991, 777 p.

VI – DICTIONNAIRES

ALLAND Denis, RIALS Stéphane (sous la direction de), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, 1640 p.

DUHAMEL Olivier, MENY Yves (sous la direction de), *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, PUF, 1992, 1112 p.

CABRILLAC Rémy (sous la direction de), *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, Paris, LexisNexis, 2014, 5^e éd., 521 p.

TABLE DES MATIERES

| | |
|--|----|
| INTRODUCTION..... | 1 |
| | |
| PREMIERE PARTIE – LES FORMES DE LEGITIMATION DU SYSTEME FRANÇAIS DE JUSTICE CONSTITUTIONNEL..... | 15 |
| | |
| CHAPITRE 1 – La justification organique : la justice constitutionnelle comme moyen légitime..... | 17 |
| Section 1 – La légitimation d’un gardien juridictionnel de la Constitution..... | 17 |
| §1 – La justice constitutionnelle comme garantie de la suprématie de la Constitution..... | 17 |
| A) L’opportunité d’un gardien juridictionnel de la Constitution..... | 17 |
| B) La normativisation de la Constitution..... | 21 |
| §2 – La justification de la nature juridictionnelle du Conseil constitutionnel..... | 25 |
| A) La nature polémogène du Conseil constitutionnel..... | 25 |
| B) Un débat renouvelé par l’institution de la question prioritaire de constitutionnalité..... | 28 |
| Section 2 – La neutralisation de l’idiosyncrasie du juge constitutionnel..... | 33 |
| §1 – Les apories de l’immixtion du juge constitutionnel dans la législation..... | 33 |
| A) La participation du juge au processus d’élaboration des lois..... | 33 |
| B) Une immixtion exacerbée par le pouvoir d’abrogation des lois en vigueur.. | 36 |
| §2 – L’œuvre d’auto-légitimation du Conseil constitutionnel..... | 38 |
| A) L’autolimitation du juge constitutionnel..... | 38 |
| B) La subordination du juge constitutionnel à la volonté du pouvoir constituant..... | 42 |
| | |
| CHAPITRE 2 – La justification fonctionnelle : la justice constitutionnelle comme fin légitime..... | 47 |

| | |
|---|----|
| Section 1 – Les bases constitutionnalistes de la justice constitutionnelle..... | 47 |
| §1 – La justice constitutionnelle comme instrument de limitation du pouvoir..... | 47 |
| A) La genèse du contrôle de constitutionnalité des lois comme instrument de limitation du pouvoir..... | 48 |
| B) De la limitation du pouvoir à la limitation d’un pouvoir..... | 50 |
| §2 – La justice constitutionnelle comme garantie de la séparation des pouvoirs..... | 53 |
| A) La genèse de la justice constitutionnelle comme garantie de la séparation des pouvoirs..... | 53 |
| B) Une protection incertaine de la séparation des pouvoirs par le Conseil constitutionnel..... | 55 |
| Section 2 – La justice constitutionnelle au service du néo-constitutionnalisme..... | 58 |
| §1 – La protection des droits et libertés politiques : le juge constitutionnel comme contrepoids..... | 58 |
| A) Une fonction de protection des minorités politiques..... | 58 |
| B) Une légitimation renforcée en période d’instabilité politique..... | 61 |
| §2 – La protection des droits et libertés individuels : le juge constitutionnel comme gardien des droits de l’homme..... | 63 |
| A) Une légitimité affermie : la participation du Conseil constitutionnel à la réalisation de l’Etat de droits..... | 63 |
| B) Une légitimité affaiblie : la participation du Conseil constitutionnel à la détermination des droits et libertés constitutionnels..... | 65 |
| | |
| SECONDE PARTIE – LÉGITIMATION DU SYSTEME FRANÇAIS DE JUSTICE CONSTITUTIONNELLE ET NOUVEL ORDRE CONSTITUTIONNEL..... | 71 |
| CHAPITRE 1 – Le renouvellement des fondements du droit constitutionnel.... | 75 |
| Section 1 – Une redéfinition : la notion de Constitution..... | 75 |
| §1 – L’approche normativiste : une définition controversée..... | 76 |

| | |
|--|-----|
| A) La victoire de la thèse kelsenienne..... | 76 |
| B) La rémanence de la thèse schmittienne..... | 78 |
| §2 – L’approche néo-constitutionnaliste : une définition axiologiquement déterminée... | 80 |
| A) La Constitution comme instrument de protection des droits et libertés..... | 80 |
| B) Vers une supraconstitutionnalité ? | 84 |
| Section 2 – Le droit constitutionnel institutionnel en perdition..... | 88 |
| §1 – La juridictionnalisation du droit constitutionnel..... | 88 |
| A) Les facteurs de transformation du droit constitutionnel classique..... | 88 |
| B) La prééminence du juge constitutionnel..... | 90 |
| §2 – La subjectivisation du droit constitutionnel..... | 92 |
| A) Les prémices de la subjectivisation : le constitutionnalisme libéral..... | 92 |
| B) La concrétisation de la subjectivisation : l’apparition du citoyen-individu justiciable..... | 94 |
| CHAPITRE 2 – Le bouleversement des paradigmes démocratiques..... | 97 |
| Section 1 – Les bouleversements idéels des paradigmes démocratiques..... | 97 |
| §1 – La subversion des paradigmes de la souveraineté..... | 97 |
| A) La participation du juge à l’exercice du pouvoir..... | 98 |
| B) La protection par le juge de la volonté du peuple souverain..... | 100 |
| §2 – Une démocratie repensée..... | 103 |
| A) L’obsolescence de la démocratie représentative..... | 104 |
| B) Du présumé de légitimité démocratique à une légitimité présumée démocratique..... | 106 |
| Section 2 – Les bouleversements factuels des paradigmes démocratiques..... | 108 |
| §1 – L’érosion de la démocratie..... | 108 |
| A) La démocratie limitée par l’Etat de droit..... | 108 |
| B) L’émergence d’une Raison juridictionnelle..... | 110 |

| | |
|---|-----|
| §2 – Les mutations de la démocratie..... | 112 |
| A) La survalorisation de l’Etat de droit..... | 113 |
| B) L’altération du présupposé de légitimité démocratique..... | 114 |
| CONCLUSION GENERALE..... | 117 |
| BIBLIOGRAPHIE..... | 119 |

Collection des mémoires de l'Equipe de droit public de Lyon

- **N° 1 Culte, culture et domanialité publique – L'organisation de concerts dans les églises**
Elise Untermaier, Mémoire pour le DEA de droit public fondamental, sous la direction de Sylvie Caudal, Publications de l'Université Jean Moulin Lyon 3, Lyon, 2005.
- **N° 2 L'adoption : un défi potentiel pour une Union européenne en mutation**
Amélie Demange, Mémoire pour le DEA de droit communautaire, sous la direction de Cyril Nourissat, Publications de l'Université Jean Moulin Lyon 3, Lyon, 2005.
- **N° 3 L'octroi de Lyon, 5 fructidor an VIII – 28 avril 1816 – Les péripéties du rétablissement d'un impôt local supprimé par la Révolution**
Agathe Leclerc, Mémoire pour le Master 2 Droit public Recherche mention Finances publiques et sociales, sous la direction de Catherine Fillon, Publications de l'Université Jean Moulin Lyon 3, Lyon, 2006.
- **N° 4 Occupations d'églises et droit public**
Maëlle Perrier, Mémoire pour le DEA de droit public fondamental, sous la direction de Sylvie Caudal, Publications de l'Université Jean Moulin Lyon 3, Lyon, 2007.
- **N° 5 La rénovation parlementaire à travers l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi**
Jean-François Kerléo, Mémoire pour le DEA de droit public fondamental, sous la direction de Thierry Debard, Publications de l'Université Jean Moulin Lyon 3, Lyon, 2007.
- **N° 6 Contribution à la définition des compétences intercommunales - Etude des établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre du département du Rhône**
Thomas Billet, Mémoire pour le Master 2 Recherche finances publiques et fiscalité, sous la direction de Jean-Luc Albert, Publications de l'Université Jean Moulin Lyon 3, Lyon, 2007.
- **N° 7 L'insaisissabilité des biens des personnes publiques : vers la mise en place d'un critère fonctionnel ?**
Christophe Roux, Mémoire pour le Master 2 Recherche droit public fondamental, sous la direction de Sylvie Caudal, Publications de l'Université Jean Moulin Lyon 3, Lyon, 2008.
- **N° 8 Les clauses relatives aux droits de l'homme dans les accords internationaux conclus pour la Communauté européenne - Ambitions et réalité**
Loïc Robert, Mémoire pour le Master 2 Recherche droit public fondamental, sous la direction de Christine Ferrari-Breuer, Publications de l'Université Jean Moulin Lyon 3, Lyon, 2009.
- **N° 9 La protection du ciel nocturne - Le droit de l'environnement et la pollution lumineuse**
Adeline Meynier, Mémoire pour le Master 2 Recherche droit de l'environnement, sous la direction de Jean Untermaier, Publications de l'Université Jean Moulin Lyon 3, Lyon, 2009.

- **N° 10 La protection de la biodiversité à Lyon**
Mélanie Dajoux, Mémoire pour le Master 2 Recherche de droit de l'environnement, sous la direction de Jean Untermaier, Publications de l'Université Jean Moulin Lyon 3, Lyon, 2009.
- **N° 11 Protection et gouvernance de l'eau dans le bassin versant de la Drôme**
Julia Gudefin, Mémoire pour le Master 2 Recherche de droit de l'environnement, sous la direction de Jean Untermaier, Publications de l'Université Jean Moulin Lyon 3, Lyon, 2010.
- **N° 12 La collégialité et les juridictions administratives à compétence générale**
Yvan Herzig, Mémoire pour le Master 2 Recherche droit public fondamental, sous la direction de Sylvie Caudal, Publications de l'Université Jean Moulin Lyon 3, Lyon, 2010.
- **N° 13 La liberté d'aller et venir à l'épreuve du domaine public naturel**
Fanny Tarlet, Mémoire pour le Master 2 Recherche droit public fondamental, sous la direction de Sylvie Caudal, Publications de l'Université Jean Moulin Lyon 3, Lyon, 2010.
- **N° 14 Forêt et droit international - Les aspects juridiques de la protection internationale des forêts**
Antoine Chatenet, Mémoire pour le Master 2 Recherche de droit de l'environnement, sous la direction de Stéphane Doumbé-Billé, Publications de l'Université Jean Moulin Lyon 3, Lyon, 2010.
- **N° 15 Le contrôle parlementaire du pouvoir de nomination du Président de la République**
Christophe Testard, Mémoire pour le Master 2 Recherche droit public fondamental, sous la direction de Sylvie Caudal, Publications de l'Université Jean Moulin Lyon 3, Lyon, 2011.
- **N° 16 La réglementation des semences et la protection de la biodiversité**
Léonie Lombardo, Mémoire pour le Master 2 Recherche de droit de l'environnement, sous la direction de Philippe Billet, Publications de l'Université Jean Moulin Lyon 3, Lyon, 2011.
- **N° 17 Les études d'impact des projets de lois : premier bilan de la réforme**
Géraldine FAURE, Mémoire pour le Master 2 Recherche droit public fondamental, sous la direction de Sylvie Caudal, Publications de l'Université Jean Moulin Lyon 3, Lyon, 2012.
- **N° 18 Les cessions de biens publics immobiliers**
Aurélien BARBATO, Mémoire pour le Master 2 Recherche droit public fondamental, sous la direction de Caroline Chamard-Heim, Publications de l'Université Jean Moulin Lyon 3, Lyon, 2012.
- **N° 19 Les règles de droit public applicables aux personnes publiques transformées en sociétés anonymes. Conséquences juridiques de la privatisation statutaire des entreprises publiques.**
Lucien Breteau, Mémoire pour le Master 2 Recherche droit public fondamental, sous la direction de Sylvie Caudal, Publications de l'Université Jean Moulin Lyon 3, Lyon, 2013.
- **N° 20 Les contrats entre personnes publiques.**
Hugo Devillers, Mémoire pour le Master 2 Recherche droit public fondamental, sous la direction de Bertrand Dacosta, Publications de l'Université Jean Moulin Lyon 3, Lyon, 2013.

**Imprimé par le Service Édition
de l'Université Jean Moulin Lyon 3**